





**D**

**O**

**X**

**A**

CUADERNOS DE  
FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

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

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

© DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO  
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

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

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

Depósito legal: M-27.661-1989

Diseño de cubierta: n estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: TOP PRINTER PLUS

C/ Pto. Guadarrama, 48 - Pol. Ind. Las Nieves - 28935 Móstoles (Madrid)

MADRID, 2011

*Printed in Spain*

Seminario de Filosofía  
del Derecho de la  
Universidad de  
Alicante

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

Alicante, 2010



# ÍNDICE



**A los cincuenta años de la segunda edición de la teoría pura del Derecho**

*On the 50th Anniversary of the Second Edition of the Pure Theory of Law*

Ulises Schmill Ordóñez:

**Hans Kelsen. Aportaciones teóricas de la teoría pura del Derecho**

*Hans Kelsen. Theoretical Contributions of the Pure Theory of Law*..... 17

Juan Ruiz Manero:

**Cincuenta años después de la segunda edición de la Reine Rechtslehre.**

**Sobre el trasfondo de la teoría pura del Derecho y sobre lo que queda de ella**

*Fifty Years from the Second Edition of Reine Rechtslehre. On the Background of the Pure Theory of Law, and on What is Left of It*..... 37

Ulises Schmill Ordóñez:

**Contestación a la réplica de Juan Ruiz Manero**

*A Reply to Juan Ruiz Manero's Reply*..... 47

**En torno al razonamiento jurídico**

*On Legal Reasoning*

Neil MacCormick:

**Argumentación e interpretación en el Derecho**

*Argumentation and Interpretation in Law* ..... 65

Thomas Bustamante:

**Conflictos normativos y decisiones contra legem: una explicación de la derrotabilidad normativa a partir de la distinción entre reglas y principios**

*Normative Conflicts and contra legem Decisions: an Explanation of Normative Defeasibility from the Distinction between Rules and Principles*..... 79

José Manuel Cabra Apalategui: <b><i>La unidad de razonamiento práctico en la teoría del discurso jurídico</i></b> <i>The Unity of Practical Reasoning in Legal Discourse Theory</i> .....	109
Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro: <b><i>Fundamentar y decidir (Sobre la obra homónima de Carsten Bäcker, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts)</i></b> <i>Justifying and Deciding (On the Homonymous Work by Carsten Bäcker, Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts)</i> .....	129
Giovanni Battista Ratti: <b><i>Algunos aspectos de la lógica jurídica de Luigi Ferrajoli</i></b> <i>Some Aspects of Luigi Ferrajoli's Legal Logic</i> .....	143
 <b>Democracia y liberalismo político</b> <i>Democracy and Political Liberalism</i>	
Oswaldo Guariglia: <b><i>Democracia: origen, concepto y evolución según Aristóteles</i></b> <i>Democracy: Origin, Concept and Evolution according to Aristotle</i> .....	157
Cristiane Aquino de Souza: <b><i>La legitimidad de la democracia y la política de la presencia</i></b> <i>The Legitimacy of Democracy and the Politics of Presence</i> .....	191
Mariano Garreta Leclercq: <b><i>Liberalismo político, justificación pública y verdad</i></b> <i>Political Liberalism, Public Justification, and Truth</i> .....	215
Luciano Venecia: <b><i>Liberalismo político: moral, no epistemológico</i></b> <i>Political Liberalism: Moral, not Epistemological</i> .....	239
Emilio José Rojas Molina: <b><i>La «metafísica» del joven Rawls: una teología con implicaciones éticas y políticas</i></b> <i>Young Rawls's «Metaphysics»: a Theology with Ethical and Political Implications.</i>	249

## Una discusión con Eugenio Bulygin

*A Debate with Eugenio Bulygin*

Eugenio Bulygin:

### **Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición**

*On the Pragmatic Equivalence between Permission and Non-Prohibition* ..... 283

Juan Ruiz Manero:

### **Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del Derecho**

*We Keep Discussing on Permissions and Conceptions of Law*..... 297

Juan Carlos Bayón:

### **Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: respuesta a Bulygin**

*Permissions, Gaps, and Judicial Discretion: a Reply to Bulygin* ..... 307

## Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica

*A Debate on the Theories of Legal Argumentation*

Enrique P. Haba:

### **Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación**

*Reasons Not to Believe in Current (Illusionist) Theories of Argumentation*..... 321

Manuel Atienza:

### **Crítica de la crítica crítica. Contra Enrique Haba y consortes**

*A Critique of the Critical Critique. Against Enrique Haba and his Consorts*..... 361

Enrique P. Haba:

### **Callar o no callar... That is the question! (Entre «crítica crítica» y las críticas-poco-críticas)**

*To Speak out or Not to Speak out... That is the Question! (Between «Critical Critique» and «Not-so-Critical-Critiques»)*..... 369

Manuel Atienza:

### **Entre callar y no callar: decir lo justo**

*Between Speaking out and Not Speaking out: Speaking Just Enough* ..... 399

Enrique P. Haba:

### **Avatares de lo «racional» y lo «razonable»**

*Ups and Downs of «The Rational» and «The Reasonable»* ..... 409

Óscar Sarlo:

### **Algunas observaciones críticas al trabajo de Enrique P. Haba**

*Some Critical Remarks to Enrique P. Haba's Paper* ..... 419

Enrique P. Haba: <b>Para acudir a la TEA como «mal menor» (Puntualizaciones en torno al comentario de Óscar Sarlo)</b> <i>To Turn to the STA as the «Lesser Evil» (Some Remarks around Óscar Sarlo's Comment)</i> .....	429
Juan Antonio García Amado: <b>¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica? Acotaciones breves a un debate intenso</b> <i>Is the Theory of Argumentation Realist? Some Brief Comments to a Heated Debate</i> .....	441
<b>Artículos</b> <i>Articles</i>	
Aulis Aarnio: <b>Esbozo de una interpretación hermenéutica del realismo escandinavo. Reinterpretando a Alf Ross</b> <i>Outlines of a Hermeneutic Interpretation of Scandinavian Realism. Alf Ross Reinterpreted</i> .....	453
Josep M. Vilajosana: <b>Una defensa del convencionalismo jurídico</b> <i>A Defense of Legal Conventionalism</i> .....	471
Héctor Óscar Arrese Igor: <b>La ley como acción de la autoconciencia moral en la ética de Hermann Cohen</b> <i>Law as Action of the Moral Self-consciousness in Hermann Cohen's Ethics</i> .....	503
Juan Iosa: <b>Wolff entre autoridad y autonomía. Un análisis de la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación y de sus consecuencias respecto de la tesis de la incompatibilidad conceptual entre autoridad y autonomía</b> <i>Wolff between Authority and Autonomy. An Analysis of the Will Conception of Autonomy as Self-legislation, and of its Consequences on the Thesis of the Conceptual Incompatibility between Authority and Autonomy</i> .....	515
Maribel Narváez Mora: <b>Detectar concepciones: el test de la negación</b> <i>Spotting Conceptions: the Negation Test</i> .....	553

	<u>Pág.</u>
Sergio Raponi: <b>Meta-metaética</b> <i>Meta-metaethics</i> .....	571
Ricardo García Manrique: <b>La semántica confusa de la igualdad</b> <i>The Blurry Semantics of Equality</i> .....	591
Francisco J. Campos Zamora: <b>Pensar el castigo. Evolución de las formas penales en Michel Foucault</b> <i>Thinking about Punishment. Evolution of Criminal Forms in Michel Foucault</i> .....	625
Daniel Gamper: <b>La religión en la escuela: cultura, enseñanza y símbolos religiosos</b> <i>Religion at School: Culture, Education and Religious Symbols</i> .....	639
 <b>Notas</b> <i>Notes</i>	
Ramón Alzate Sáez de Heredia y Cristina Merino Ortiz: <b>Principios éticos y código de conducta para personas y entidades mediadoras</b> <i>Ethical Principles and Deontological Code for Mediation Institutions and Agents</i> . .....	659
Cristián A. Fatauros: <b>Normas, Acciones y Posibilidad (Una reflexión sobre la naturaleza de las normas y de las acciones)</b> <i>Norms, Actions and Possibility (A Reflection on the Nature of Norms and Actions)</i> .....	671
Luis Manuel Sánchez: <b>Iusnaturalismo, positivismo y necesidades básicas: una lectura de la obra del profesor Ernesto Garzón Valdés</b> <i>Natural Law Theorg, Positivism and Basic Needs: A Reading of the Work of Prof. Ernesto Garzón Valdés</i> .....	679
 <b>Sobre la prohibición de los espectáculos taurinos</b> <i>On the Banning of Bullfighting Shows</i>	
Francisco Lara: <b>Los toros y la legislación española. A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 854/2001 de 11 de julio</b> <i>Bullfighting and Spanish legislation. On the Superior Court of Justice of Catalonia decision 854/2001, July 11<sup>th</sup></i> .....	705

Tomás-Ramón Fernández:

***Sobre la constitucionalidad de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña***

*On the Constitutionality of the Bullfighting Ban in Catalonia* ..... 725

Pablo de Lora:

***Corridas de toros, cultura y Constitución***

*Bullfighting, Culture and Constitution* ..... 739

**Entrevista**

*Interview*

Cristina Redondo:

***Entrevista con Ricardo Caracciolo***

*Interview to Ricardo Caracciolo* ..... 767

**A LOS CINCUENTA AÑOS DE LA SEGUNDA  
EDICIÓN DE LA TEORÍA PURA  
DEL DERECHO**

*ON THE 50TH ANNIVERSARY  
OF THE SECOND EDITION OF THE PURE  
THEORY OF LAW*



# HANS KELSEN

## APORTACIONES TEÓRICAS DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO \*

Ulises Schmill Ordóñez

ITAM (México)

**RESUMEN.** La finalidad fundamental es la de presentar brevemente las aportaciones de KELSEN a diversos campos del pensamiento jurídico y filosófico. Por ello, se expone tanto el concepto de la pureza metódica como la construcción conceptual en los «Problemas Capitales» de la norma coactiva y de la imputación (*Sollen*). Se expone la tesis de la identidad del Derecho y el Estado y se indica cómo se plantean y resuelven jurídicamente los problemas relativos al Estado. Dentro de la Dinámica Jurídica se analizan escuetamente las formas de Estado y sus relaciones con las concepciones del mundo. Se hace mención a la primera edición de la *Teoría pura del Derecho* y de la publicación de la *Teoría general del Derecho y del Estado*. Se presentan las aportaciones a la teoría de la constitución y del Derecho internacional y se enumeran todos los ensayos sobre la filosofía de PLATÓN y sobre el origen de la ley de causalidad a partir de conceptos normativos, en especial el principio de retribución, así como las críticas a la teoría política y jurídica del marxismo y del comunismo.

**Palabras clave:** KELSEN, pureza metódica, orden coactivo, elementos del Estado, formas de Estado y concepción del mundo, Derecho internacional, Derecho constitucional, PLATÓN, Derecho natural, causalidad y retribución.

**ABSTRACT.** The main purpose is to briefly introduce KELSEN's contributions to different fields of legal, philosophical and sociological thinking. Thus, the article explains the concept of methodological purity and also exposes the conceptual construction, outlined in the «Capital Problems...» (Hauptprobleme), of law as a coercive order and the concept of attribution (*Sollen*). It describes the thesis of the identity of Law and the State, and shows how to juridically introduce and solve problems regarding the State. It briefly discusses the State forms and their relationships with different world-views. The first edition of the *Pure Theory of Law* and the publication of the *General Theory of Law and the State* are mentioned. The contributions to the theory of the constitution and international law are presented; in the same way all the essays on the philosophy of PLATO are listed and the origin of the law of causality from normative concepts, especially the principle of retribution. It mentions the critics of the political and legal theory of Marxism and communism.

**Keywords:** KELSEN, methodical purity, coercive order, elements of the State, State forms and world's conception, international Law, constitutional Law, PLATO, natural Law, causality and retribution.

---

\* Fecha de recepción: 1 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 30 de junio de 2010.

## 1. ¿POR QUÉ KELSEN?

La pregunta de este epígrafe es importante contestarla, pues de ello depende el sentido histórico de una teoría y su potencia o fuerza explicativa (si se me permite la utilización de estas metáforas) a la problemática relativa al Derecho.

Lo que me importa en este lugar es presentar el presupuesto y decisión metodológica fundamental de KELSEN para abordar el estudio del Derecho, o lo que es lo mismo, del Estado. Dice en el primer apartado de su gran libro *Teoría general del Estado*:

«En la exposición de la *Teoría general del Estado*, lo que interesa es más bien establecer, mediante al análisis de los problemas corrientemente tratados en esta disciplina, aquel concepto de Estado en torno al cual giran todos o algunos, los más importantes, de aquellos problemas, es decir, el concepto de Estado que presuponen la doctrina del poder, del territorio, del pueblo, de la Constitución, de la forma, de los órganos, de las uniones entre Estados, etcétera»<sup>1</sup>.

Este párrafo establece una exigencia metodológica fundamental sobre la completitud de la operancia explicativa de la tesis que se proponga. A continuación KELSEN se pregunta sobre el objeto y la ciencia del Estado. Intenta contestar cómo se determina el objeto desde el punto de vista de la ciencia. Veamos sus palabras:

«Se trata de establecer el concepto de Estado propio de la *Teoría general del Estado*; y esto no es posible más que a condición de aceptar el hecho de esta ciencia en cuanto tal, de considerar esta ciencia como la unidad de un determinado complejo de problemas, tal como históricamente ha venido desarrollándose; dando como resultado el que tan sólo se eleva a concepto aquella significación verbal más adecuada precisamente a este complejo de problemas históricamente dado»<sup>2</sup>.

El objeto de una ciencia no es un objeto dado, ya constituido de antemano, de manera que la teoría sólo tuviera que reproducir los caracteres observables del objeto presente con todas sus cualidades y características. La ciencia no es un espejo de los objetos. El objeto de conocimiento es un conjunto de problemas y soluciones parciales a los mismos, históricamente dados. Pero hay una exigencia fundamental para la construcción de la ciencia de un objeto: la hipótesis que se construya, la conjetura que se imagine (para emplear la terminología de K. R. POPPER) ha de poder resolver esa problemática históricamente planteada de manera lo más completa posible. Una teoría que resuelve la totalidad de la problemática en el tiempo  $t_1$  es preferible a otra teoría que resuelve un número menor de problemas en el mismo tiempo  $t_1$  o en un tiempo  $t_2$  posterior. Debe aceptarse para establecer la preferibilidad de una teoría sobre otras el criterio cuantitativo del número de problemas tratados y resueltos y, también, la economía en las soluciones correspondientes.

En esta plática intentaré describir brevemente la problemática a la que se enfrentó KELSEN y la solución unitaria que postuló.

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1975, 6.

<sup>2</sup> *Ibid.*

## 2. VIENA A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

Es conveniente bosquejar, en este lugar, el ambiente social y cultural de donde surgió la teoría pura del Derecho, con el objeto de colocarla en su contexto histórico y, con ello, poner las condiciones mínimas necesarias para su exacta caracterización.

En Viena, la capital del imperio austro-húngaro, se desarrolló una notable sociedad, dentro de la que floreció una cultura brillante, que ha constituido la base fundamental de la cultura del siglo XX. Por sus rendimientos culturales, puede considerársele la Atenas del siglo XX o la Florencia del Renacimiento, por más que su trasfondo social y económico tenga una siniestra fisonomía totalmente distinta, en contraste radical con la brillantez de sus aportaciones en las diversas ramas de la cultura.

Aquí se dieron la escuela psicoanalítica de FREUD y sus discípulos S. FERENCZY, O. RANK, E. JUNG y otros; la música dodecafónica de A. SCHÖNBERG, A. BERG y A. WEBERN, así como G. MAHLER; el positivismo lógico de M. SCHLICK, O. NEURATH, R. CARNAP y, de algún modo también, K. R. POPPER; L. WITTGENSTEIN era austriaco; la jurisprudencia pura de H. KELSEN, A. MERKL, A. VERDROSS, F. WEYR, F. SANDER, J. L. KUNZ, L. PITAMIC y R. A. MÉTALL, entre otros que sería prolijo enumerar; la termodinámica estadística de BOLTZMAN; en literatura A. SCHNITZLER, R. M. RILKE y H. VON HOFFMANNSTAL; la pintura del Jugendstil de G. KLIMT, E. SCHIELE y O. KOKOSCHKA, así como el movimiento de secesión; igualmente aparecen los precursores de la escuela de arquitectura del Bauhaus con A. LOOS y O. WAGNER, independientemente de figuras tan ilustres como, predominantemente, K. KRAUS, F. MAUTHNER, O. WEININGER, R. MUSIL, H. BROCH, el gran físico E. MACH, la escuela austriaca de economistas de L. VON MISES, BOHM-BAWERK y MENGER. Esta sociedad burguesa y conservadora, era barroca, cortesana, hipócrita, musical, a veces de opereta, constituyendo el objeto contra el que lucharon las corrientes culturales mencionadas<sup>3</sup>. En este juego de espejos, de incesante influencia mutua, que reproducían formas de vida y lenguajes, en diversos perfiles y aspectos, la comunicación resultaba difícil y compleja.

F. MAUTHNER, al que KELSEN describe como «ingenioso autor» en el inicio de su *Teoría general del Estado*, teórico poco conocido, coloca el problema del lenguaje y la teoría del conocimiento en primer plano, problemática que retomará L. WITTGENSTEIN posteriormente, así como los miembros del Círculo de Viena, con lo que se inicia el «giro lingüístico», según expresión acuñada por Richard Rorty, para describir la transformación del sentido de la filosofía en el siglo XX. Dice MAUTHNER: «La filosofía es teoría del conocimiento y la teoría del conocimiento es crítica del lenguaje»<sup>4</sup>. Este planteamiento ha determinado la casi totalidad del pensamiento filosófico del siglo XX.

<sup>3</sup> Cfr. S. ZWEIG, *Die Welt von Gestern* (hay traducción castellana: *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, trad. J. Fontcuberta y A. Arzeszek, Barcelona, El Acantilado, 2002), y A. JANIK y S. TOULMIN, *Wittgenstein's Viena*, Weidenfield and Nicolson, 1973.

<sup>4</sup> JANIK y TOULMIN, *op. cit.*, 122.

### 3. LA PUREZA METÓDICA

KELSEN es un producto típico de su época. No podría ser de otra manera. Aunque es muy conocido el concepto de la «pureza metódica» es conveniente en este momento presentarla brevemente. La preocupación central de KELSEN consistió en librar a la ciencia jurídica de elementos ajenos, ideológicos, ético-políticos y sociológicos. En uno de los primeros párrafos de la *Teoría pura del Derecho* de 1934, al exponer las razones por las que califica de «pura» a su teoría jurídica, se encuentra claramente expresada la tensión histórico-sociológica y epistemológica de la Viena de principios del siglo XX, tal como se presentaba en el campo de la jurisprudencia, la que era un espejo de la cultura de la Viena finisecular y de principios del siglo pasado. Dice que:

«[...] si ella se califica como teoría “pura” del Derecho, es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho. Es decir: quiere librar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños»<sup>5</sup>.

La pureza metódica informa toda la labor jurisprudencial de KELSEN. Es necesario reconocer que el concepto fundamental de su teoría aparece en su primera obra de 1911, los *Hauptprobleme* (HP) (Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica).

### 4. LOS HAUPTPROBLEME DE 1911

«Si se toman las obras de KELSEN como obras separadas, creo que de todas ellas, la de 1911 es aún hoy la más genial. Como Pallas Atenea de la cabeza de Zeus, así apareció en esta obra la *Teoría pura del Derecho* con rasgos geniales y en su aspecto fundamental. Ya está allí claramente delineada, en verdad, la *Teoría pura del Derecho*. Hallamos la base filosófica kantiana, la estricta separación entre los mundos del ser y del deber ser, entre las ciencias naturales y las ciencias normativas, entre causalidad e imputación jurídica, entre ciencia del Derecho y sociología, entre ley causal y norma. Vemos la concentración de la teoría en el concepto de la norma jurídica. En verdad, el título completo de la obra es: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Ya encontramos allí: la comprensión de la norma jurídica como juicio hipotético; el Derecho como sistema de normas; la doctrina de la personalidad jurídica como punto final de imputación jurídica, como personificación de un orden jurídico parcial; la idea de la norma básica; los primeros comienzos de la doctrina de la identidad del Estado y el orden jurídico nacional»<sup>6</sup>.

Tiene razón KUNZ. En esta primera obra de KELSEN, publicada cuando tenía treinta años, se establecen los fundamentos de toda su obra posterior. En realidad, puede irse más allá de lo dicho por KUNZ, pues sus afirmaciones no presentan la totalidad de los temas de importancia teórica que aparecen en esta obra: las relaciones o el paralelismo entre la teoría jurídica y la teología, el surgimiento de la ley de causalidad a partir del principio de retribución, el análisis de las doctrinas del Derecho penal y civil en lo que se refiere al concepto de la voluntad, la crítica definitiva al postulado de que

<sup>5</sup> H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, trad. J. G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941, 25.

<sup>6</sup> J. L. KUNZ, *op. cit.*, *supra* nota 3, 18.

la relación teleológica constituye la ley explicativa de la normatividad, la teoría de la interpretación jurídica, etcétera.

## 5. LA HIPÓTESIS FUNDAMENTAL: LA NORMA COACTIVA

Podría exponer de manera muy breve y sucinta la tesis central de la teoría kelseniana: el Derecho entendido como un *orden coactivo de la conducta humana*. Con esta oración ya está dado el concepto del Derecho en la teoría pura. Sin embargo, una formulación escueta no logra desarrollar los conceptos implícitos en tal formulación y exponer el camino, a menudo tortuoso y siempre difícil, de los razonamientos para llegar a tal formulación.

A partir de un análisis muy detallado del concepto psicológico de la voluntad, KELSEN lleva a cabo una caracterización de lo que los juristas entienden por «voluntad jurídica», que constituye un concepto radicalmente diferente del psicológico. El problema de la voluntad del Estado es un problema de carácter jurídico, pues con ese concepto se intenta determinar cuáles son los actos que pueden imputarse o referirse al Estado, *i. e.*, cuáles son los actos estatales.

«¿Qué quiere decir el que ciertos actos realizados por determinadas personas físicas hayan de considerarse, desde el punto de vista jurídico, no como actos de esas mismas personas, sino de otra, distinta de ella? Sencillamente, que se trata de un caso especial de *imputación* [...] Los individuos cuyos actos dan base a esta peculiar imputación son los órganos del Estado, y el punto común de confluencia de todas las líneas de imputación que parten de los hechos cualificados como actos de los órganos, es la voluntad del Estado. Ahora bien, si nos preguntamos cuál es el principio con arreglo al cual se opera esta clase de imputación y cuáles son los hechos que se hallan sujetos a ella, en otras palabras, qué actos son actos del Estado, la respuesta nos la dará la *norma jurídica*: es la ley —entendida como el conjunto de normas jurídicas— la que establece expresamente cómo quiere obrar el Estado y bajo qué condiciones obra, por medio de sus órganos»<sup>7</sup>.

A continuación pasa a estudiar lo que denomina «La forma lógica de la norma jurídica», capítulo de una importancia fundamental, que ha condicionado la totalidad de su labor teórica y su aportación fundamental: el Derecho entendido como orden coactivo de la conducta humana.

Habiendo reconocido que la voluntad del Estado se encuentra en las normas jurídicas, KELSEN se pregunta sobre el contenido de esta voluntad estatal, lo que equivale a decir cuál es el contenido fundamental del Derecho.

Si la voluntad del Estado es una construcción que permite la imputación de ciertos actos de determinados individuos al Estado, KELSEN afirma que el Estado sólo puede querer su propia conducta, pues una conducta o comportamiento imputado es una conducta propia. «Un acto u omisión se consideran como “ajenos” con respecto a una persona cuando no le son imputados a esta persona, sino a otra»<sup>8</sup>. Rechaza que la imputación tenga su fundamento en cualquier ley causal. La imputación es un problema normativo, lo que se hace patente tratándose de omisiones imputadas, caso en el cual

<sup>7</sup> H. KELSEN, *Hauptprobleme (HP)*: 156-157.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *HP*: 163.

no es posible ver operar a la ley de causalidad, pues la no realización de una conducta no puede ser causa de efecto alguno.

La teoría jurídica tradicional sostiene que el contenido de la voluntad estatal no son los actos «propios» del Estado, sino la conducta de los súbditos. Exponiendo esta doctrina KELSEN dice:

«[...] lo que el Estado “quiere” en la norma jurídica no es, ni mucho menos, su propio comportamiento, sino un comportamiento de los otros sujetos de Derecho, y, concretamente, un comportamiento a tono con el orden jurídico, es decir, una serie de actos u omisiones ajustados a Derecho. Lo que el Estado “quiere” —tal como lo entiende el criterio general— es que sus súbditos no roben, no estafen, no asesinen, restituyan las cantidades recibidas en préstamo, paguen el precio convenido en concepto de compra, hagan efectivos los impuestos, cumplan el servicio militar, etcétera»<sup>9</sup>.

Si el contenido de la voluntad del Estado fuera la conducta positiva o negativa de los súbditos, la norma jurídica sería concebida como un imperativo, cuyo contenido sería la descripción de la conducta del súbdito querida por el Estado.

«La voluntad dirigida sola y exclusivamente a un comportamiento ajeno encuentra su expresión en la orden. A los ojos de la doctrina dominante, la doctrina (*sic*: debe decir “la norma”) jurídica se manifiesta bajo la forma de una orden o una prohibición. Y esta manera de concebir al Derecho objetivo se caracteriza, generalmente, bajo el nombre de teoría imperativa»<sup>10</sup>.

Las investigaciones anteriores sobre el concepto de la voluntad han conducido a afirmar que el contenido de toda voluntad sólo puede ser la propia conducta. Por tanto, la norma jurídica tiene por contenido esencial la conducta del Estado, su propia conducta, pues considerar que el contenido de la norma jurídica es la conducta de un sujeto distinto, sólo señala el fin de la norma que regula la propia conducta. Pero este fin, la conducta de los súbditos, sólo se puede lograr a través del proceso psicológico de la *motivación*<sup>11</sup>, es decir, «provocando en aquellos individuos las causas que han de determinar una conducta congruente, los *motivos* de la voluntad»<sup>12</sup>.

Para conseguir ello, hay que coordinar la conducta propia del Estado con el fin consistente en la conducta de los súbditos. Éstos actúan siempre con base en el principio del placer, satisfaciendo sus necesidades, obteniendo ventajas y evitando perjuicios.

La norma jurídica ha de tener por contenido la conducta propia del Estado, capaz de mover a los súbditos a la conducta concorde con el fin de la norma. Obsérvese que el fin de la norma, la conducta del súbdito, no es el contenido de la norma, el cual siempre es la conducta del órgano del Estado.

«El imperativo escueto dirigido al hombre y que no sea otra cosa que la expresión directa de una voluntad enderezada al comportamiento ajeno jamás podrá provocar, por sí mismo, ese proceso de motivación que acabamos de señalar»<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> H. KELSEN, *HP*: 164.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> H. KELSEN, *HP*: 174.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

La norma debe provocar en el súbdito el interés de cumplir con el fin de la norma. Esto sólo es posible si el contenido de la norma contiene los elementos motivadores de la conducta del súbdito. Esta garantía de la motivación debe estar contenida en la norma misma. «Esta garantía es la sanción, que puede a su vez, adoptar dos formas: la de la pena o la de la ejecución»<sup>14</sup>.

Éste es el contenido esencial de la norma jurídica y, por tanto, el contenido de la voluntad estatal, que regula su propia conducta. Por ello, el imperativo no puede provocar (motivar) la conducta que es el fin de la norma. Por ello, la forma de la norma tiene carácter condicional: Si A (conducta del súbdito contraria al fin de la norma) debe ser B (conducta coactiva del Estado). Esta relación es lo que con posterioridad KELSEN denominó *imputación periférica*. Y con lo anterior arribó al concepto del Derecho como orden coactivo de la conducta humana.

Al proceso por el cual KELSEN llegó a la tesis del Derecho como orden coactivo consistió en introducir dentro del concepto de la norma, a la sanción. A este proceso conceptual lo denominó *primera interiorización semántica*.

## 6. DESARROLLOS TEÓRICOS ULTERIORES DE KELSEN

A continuación, reseñaremos brevemente los temas y problemas que abordó durante los años posteriores a 1911, hasta su muerte acaecida el 19 de abril de 1973. Dividiré la temática en diversos rubros.

### 6.1. Teoría general del Derecho

En 1925 aparece su *Teoría general del Estado*, que, según el propio KELSEN, contiene la exposición completa y sistemática de su pensamiento. Puede mostrarse que el concepto del Derecho como orden coactivo de la conducta humana constituye el concepto con el cual desarrolla la totalidad de los temas históricamente planteados en esta disciplina. Como se ve, el sistema de KELSEN deriva de la utilización sistemática del producto de la primera interiorización semántica.

#### 6.1.1. La estática jurídica

Esta obra de 1925 aparece dividida en dos grandes secciones: la «estática jurídica» y la «dinámica jurídica». En la primera se analizan y definen todos los conceptos jurídicos que se suscitan sistemáticamente por haber realizado la *primera interiorización semántica*, es decir, la interiorización del acto coactivo dentro de los enunciados descriptivos de las normas. En ella se tratan los temas del concepto de Derecho, del *Derecho subjetivo*, del *deber jurídico u obligación*, de la *persona*, la *responsabilidad*, el concepto del *Estado* y la distinción entre Derecho público y privado. Pero al haberse alcanzado

<sup>14</sup> H. KELSEN, *HP*: 177.

la identificación del Derecho con el Estado, en el sentido de tratar todos los problemas relativos al Estado como problemas jurídicos, pues éste en el sentido metodológico correcto de tal identidad resuelve los temas de la teoría general del Estado con base en conceptos jurídicos. El poder del Estado es un problema relativo a la validez del orden jurídico nacional; la soberanía constituye la cuestión de si el orden jurídico puede ser fundamentado en un conjunto de normas superiores al Derecho positivo; por tanto, significa la positividad del Derecho y ésta es entendida como la exclusividad de la validez de un orden jurídico positivo, con una tendencia marcadamente antijusnaturalista. Sin embargo, ya que es posible comprobar empíricamente la existencia de una pluralidad de Estados, surge la problemática relativa al Derecho internacional, entendido como un orden jurídico coactivo que delimita los ámbitos de validez de los órdenes jurídicos estatales y regula su conducta mutua. Los actos coactivos del Derecho internacional los encuentra en las represalias y la guerra. Más adelante volveremos sobre ello.

### 6.1.2. *Elementos del Estado*

Los demás elementos del Estado son considerados como problemas jurídicos y son resueltos como tales, *i. e.*, normativamente: el territorio del Estado es el ámbito espacial de validez del orden jurídico, el pueblo es el ámbito personal de validez, el poder es la validez de las normas jurídicas creadas con base en las disposiciones que establecen las facultades de los órganos jurídicos.

En relación con el primero de estos ámbitos, el espacial, KELSEN desarrolló su teoría de la centralización y la descentralización de los órdenes normativos y de las uniones entre Estados, ejemplificándola con un análisis minucioso y exhaustivo del Estado federal y la confederación de Estados, así como de las Uniones de Estados. Dice KUNZ que: «Esta teoría auténticamente jurídica reemplaza las exposiciones tradicionales y ambiguas, semipolíticas y semisociológicas, sobre las “formas de organización” del Estado»<sup>15</sup>.

### 6.1.3. *La dinámica jurídica*

Muy importante es señalar que KELSEN lleva a cabo una *segunda interiorización semántica*, al considerar como parte de las normas que integran un orden jurídico aquellos contenidos que establecen las facultades de los órganos, entendiendo este concepto de la facultad como aquel contenido normativo que determina los procesos de creación de otras normas y, además, sus contenidos. HART copió de manera muy esquemática y pobre este concepto de la facultad con su concepto de las normas secundarias. El antecedente de las normas llamadas constitutivas, como se acostumbra mencionarlas, se encuentra en la teoría de MERKL-KELSEN del orden dinámico de normas. El desarrollo de estos temas se encuentra en la parte que denomina la *dinámica jurídica*. En esta parte de la obra de 1925 analiza la constitución del Estado y su órgano creador, el órgano constituyente, discutiendo si el Derecho internacional, entendido como un

<sup>15</sup> J. L. KUNZ, *Teoría pura del Derecho*, México, Imprenta Universitaria, 1948, 32.

orden supraestatal, puede constituir su fundamento jurídico, o si debe considerarse al Derecho nacional como orden soberano. Con base en esta teoría de la constitución se analizan los poderes del Estado y su división, los cuales constituyen jurídicamente diversas funciones, creadoras y aplicadoras de las normas, de diverso grado en la pirámide jurídica. Los procesos de creación y el concepto de órgano del Estado son analizados pormenorizadamente, clasificándolos desde diversos puntos de vista y estudiando sistemáticamente la composición de diversas funciones orgánicas de contenido idéntico y de contenido diferente. Los problemas relativos a los funcionarios y a sus facultades y a las relaciones de subordinación y coordinación de los órganos entre sí, son presentados en toda su amplitud y complejidad, así como la teoría del órgano representativo, que adelanta muchos temas del capítulo referente a las formas del Estado. Un capítulo especialmente importante lo constituye el relativo a la posición del órgano en la jerarquía del orden jurídico, con base en el cual puede desarrollarse todo un sistema sobre los discutidos temas de las nulidades y de los procesos de control de legalidad y de la constitucionalidad de los actos de los órganos y de los súbditos.

#### 6.1.4. *Formas de Estado*

Finalmente, dentro de esta segunda interiorización semántica, se trata el problema de las formas de Estado. Éstas son concebidas como los métodos de creación de las normas que forman el orden estatal. El criterio de clasificación de las formas de Estado los proporciona el concepto de la libertad política: políticamente libre es aquel sujeto que siendo súbdito sin embargo no se encuentra sometido a otra voluntad que la suya propia. Esta aparente paradoja se resuelve de manera jurídica si se considera que es libre políticamente aquel que participa en el proceso de creación de la norma que lo va a obligar, si el orden jurídico extrae su contenido de la voluntad del súbdito expresada en un procedimiento que siga el principio de la mayoría absoluta. En la democracia, los súbditos participan en el proceso de creación de la norma jurídica (democracia directa) o en la elección de los órganos respectivos (democracia indirecta). En la autocracia esta participación no se presenta. Las otras clasificaciones de Estados se dejan derivar de esta fundamental, como modalidades de la misma.

#### 6.1.5. *Forma de Estado y concepción del mundo*

Hay un problema de gran interés interdisciplinario que, en esta materia, aborda KELSEN: el de la relación entre la forma de Estado y la concepción del mundo, sosteniendo que la democracia se coordina con una concepción científica y relativista, mientras que las autocracias se coordinan con concepciones absolutistas y religiosas que rechazan toda afirmación distinta de la sostenida por esa ideología.

Es digno de señalar el hecho de que esta obra resume en sus primeros capítulos los resultados de sus investigaciones anteriores, especialmente su libro *El concepto jurídico y el sociológico del Estado*, libro que se enfrenta a muchas teorías sociológicas sobre el Estado, como las de G. SIMMEL, L. VON WIESE, M. WEBER y otros. En su contenido se incluyen los resultados de su obra *El problema de la soberanía*, donde por vez primera

presenta la teoría del orden graduado de normas y la hipótesis de la norma fundamental o básica. Sobre esto, véase el prólogo a la segunda edición de estos *Hauptprobleme*.

La teoría pura del Derecho siguió evolucionando, hasta que en 1932 apareció *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht (Ilicitud y la consecuencia de la ilicitud en el Derecho internacional)*, publicada en *Zeitschrift fuer öffentliches Recht*, t. 12, 1932, en donde existe una exposición muy clara de los conceptos fundamentales de una teoría general del Derecho basada en los procedimientos de interiorización que hemos reseñado anteriormente, que constituye el antecedente mediato de la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*, de 1934. El antecedente inmediato de ella lo constituye la pequeña obra titulada *Methode und Grundbegriff der Reinen Rechtslehre*, aparecida en 1933 en el tercer tomo de los *Anales de la Filosofía Crítica*<sup>16</sup>.

Los conceptos fundamentales de su teoría fueron aplicados a problemas de Derecho positivo nacional e internacional, como veremos más adelante. En el libro *Théorie Générale de Droit International Public. Problème Choisis*, aparecido en el *Recueil de Cours de la Académie de Droit International*, t. 42, Paris, 1933, existe una exposición de estos conceptos.

#### 6.1.6. *Teoría pura del Derecho, primera edición*

El año de 1934 vio la aparición de la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*. Ella contiene una exposición muy esquemática y exacta de sus principales conceptos y además tiene un capítulo sobre la teoría de la interpretación jurídica, la cual es presentada como un problema específico dentro de la concepción de la dinámica jurídica, *i. e.*, dentro de la concepción del Derecho como un orden jerárquico de normas. El problema de la interpretación jurídica se presenta en todo caso en que ha de crearse una norma de grada inferior con base en una norma de grada superior. ¿Qué contenido debe tener la norma inferior si ha de ser creada conforme al contenido de la norma superior? La norma superior determina el procedimiento de creación de la norma de grada inferior y también determina su contenido. Pues bien, la interpretación tiene por objeto determinar cuál es el contenido que debe tener la norma inferior conforme con el contenido que para ella establece la norma superior, cuando ésta se aplica a un caso concreto. La interesante conclusión a la que arriba KELSEN es que «la norma a ejecutarse constituye sólo un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución, por lo que es regular todo acto jurídico que se mantiene dentro de ese marco, llenándolo en algún sentido posible»<sup>17</sup>. Con ello, se rechaza la teoría jurídica tradicional que afirmaba la existencia de métodos específicos de interpretación que garantizaban, supuestamente, una determinación completa, exacta y veraz del contenido de la norma inferior. La ilusión de la seguridad jurídica es afirmada, en consecuencia. Es decir, el Derecho sólo puede proporcionar una relativa seguridad, nunca una seguridad absoluta, como es el deseo de la mayoría.

<sup>16</sup> Existe traducción española de esta obra realizada por Luis Legaz y Lacambra con el título *La teoría pura del Derecho. Método y conceptos fundamentales*, publicada por la Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

<sup>17</sup> H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, trad. Jorge G. Tejerina, Buenos Aires, Losada, 1941, 131.

### 6.1.7. Teoría general del Derecho y del Estado

En 1945 apareció la *Teoría general del Derecho y del Estado* publicada por la Harvard University Press, de la cual hay una pulcra traducción al español hecha por Eduardo García Máynez, publicada por la UNAM. En ella KELSEN vuelve a exponer su teoría jurídica adaptando su terminología a la jurisprudencia anglosajona y haciendo aplicación a los problemas planteados por el *common law*. Asimismo, toma posición frente a la jurisprudencia analítica de John Austin, con la cual tiene mucha similitud y en muchos puntos puede afirmarse que hay identidad. En esta obra se establece con toda nitidez la distinción entre la «norma de Derecho» y la «regla de Derecho», distinción que anteriormente no había sido expuesta con la claridad necesaria. La ciencia del Derecho o jurisprudencia hace enunciados sobre las normas jurídicas, enunciados que pueden ser verdaderos o falsos. En cambio, las normas jurídicas, sobre las que versan esos enunciados, son válidas o no lo son, pero no puede predicarse de ellas su verdad o falsedad. Simplemente, los predicados de verdad y falsedad no pueden, ser aplicados a las normas jurídicas, las cuales sólo pueden ser válidas (*i. e.*, existen) o no válidas (*i. e.*, no existen). Mientras que las reglas de Derecho son descriptivas del contenido de las normas jurídicas, éstas son fundamentalmente prescriptivas, tomando esta expresión en su sentido más amplio, es decir, comprendiendo todas las funciones que una norma puede tener: obligar, prohibir, permitir, sancionar, facultar y derogar. Se trata, en el fondo, aunque KELSEN nunca lo haya expresado de esta manera, de la distinción de dos clases de lenguajes: el lenguaje-objeto y el metalenguaje, en sentido carnapiano. La hipótesis central que se propuso al inicio de esta introducción debe entenderse en el sentido de que las dos interiorizaciones semánticas se llevan a cabo en la proposición jurídica o regla del Derecho, pues es ésta la que expone el sentido y las funciones de todas las normas positivas, independientemente de que adopten una forma lingüística o no, pues una norma bien puede ser creada con un gesto o mecánicamente con una luz, etcétera.

### 6.1.8. El deber ser (Sollen)

Al final de su vida comienza a notarse un progresivo interés en los temas propios de la teoría general del Derecho y, en especial, en los problemas propios de la lógica jurídica, como el de la validez de los principios de la lógica formal en las normas jurídicas. Hay dos ensayos que tienen una particular importancia: «Derogation» y «Recht und Logik», los cuales se encuentran incorporados dentro de la obra que publicó el Hans Kelsen-Institut de Viena con el título *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoría general de las normas), aparecido póstumamente en 1978<sup>18</sup>. Es ésta una obra que retoman todos los temas generales de la teoría pura del Derecho relativos a una teoría general sobre las normas, sin referirse a ninguna norma, positiva o no.

Con esto queda comprobado que la tesis del dualismo radical y original del ser y del deber ser fue afirmada por KELSEN en el transcurso de toda su labor teórica. Otras

---

<sup>18</sup> H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz'che Verlag una Universitaetbuchhandiung, 1978.

aportaciones de KELSEN sobre este tema aparecen tanto en *La teoría pura del Derecho* de 1960 como en la *Teoría general de las normas*; en especial me refiero a su doctrina del «sustrato modalmente indiferente»<sup>19</sup>. En estas dos obras se intenta explicitar el sentido del deber ser (*sollen*) haciendo referencia al «sentido subjetivo» y al «sentido objetivo» de un acto de voluntad, tomando estos conceptos de la sociología de M. WEBER, y señalando adicionalmente que las funciones de las normas son las de *obligar, permitir, prohibir, facultar y derogar*, funciones que, en principio, agotan el sentido del deber ser: «Una norma no sólo puede ordenar cierta conducta, también puede *facultar* a una cierta conducta; y puede finalmente levantar la validez de otra norma, *i. e., derogar* otra norma. Pero también *permitir* puede ser vista como una función normativa»<sup>20</sup>. Todas estas funciones o conceptos normativos se dejan derivar sistemáticamente de la hipótesis fundamental de la Teoría: el Derecho como orden coactivo de la conducta humana, descrito con el esquema del enunciado normativo o proposición jurídica: Si A es debe ser B.

Sobre el concepto de la «validez» de las normas puede notarse que, conforme pasaba el tiempo, fue enfatizándose fuertemente en KELSEN una concepción que pudiera calificarse de «pragmática», mejor que «expresiva» que es la palabra que utilizan los autores argentinos ALCHOURRÓN y BULYGIN, y que algunos consideran la etapa irracional en el desarrollo de su teoría, lo cual no es correcto. Se trató de aplicar con todo rigor las tesis de la Dinámica jurídica. Con ello quiero decir que comprendió a la norma unida esencialmente con el acto de su producción. En este sentido, las tesis de KELSEN fueron cada vez más enfáticamente positivistas. Niega la existencia de normas no positivas, *i. e.*, normas no establecidas por actos de voluntad de seres humanos. Esta postura le permitió caracterizar y tomar posición frente a las doctrinas del Derecho natural, como veremos más adelante.

#### 6.1.9. *Lógica jurídica*

En relación con la aplicabilidad de los principios lógico-formales a las normas, durante el curso de su vida adoptó varias posturas, concluyendo, con base en su concepción positivista de las normas, que dichos principios no son aplicables a las normas jurídicas. Éstas se entienden como el sentido de ciertos y determinados actos humanos y, como es de suyo comprensible, la validez de las normas no depende de las relaciones lógicas que guarden con otras normas, sino del hecho histórico de que son el sentido subjetivo de ciertos actos temporal y espacialmente determinables de manera empírica. Ciertamente, el contenido de diversas normas puede, en un plano puramente abstracto, estar en contradicción mutua, pero esto no determina la validez o invalidez de esas normas, como sí determinan la verdad o falsedad de los enunciados o juicios.

<sup>19</sup> H. KELSEN, *op. cit., supra*, nota 7, 18, y nota 6, 44.

<sup>20</sup> H. KELSEN, *op. cit., supra*, nota 6, 77.

## 6.2. Teoría positiva del Derecho

### 6.2.1. Derecho constitucional

En este rubro seré muy breve, motivado no por la poca importancia de los trabajos kelsenianos, sino porque su contenido no podría reseñarse en un resumen como el presente. «Los trabajos teórico-jurídicos de KELSEN no han surgido, como lo afirma a veces la crítica incomprensiva, del “aire”. KELSEN no ha perdido nunca el contacto con el Derecho positivo, de lo cual son testigos elocuentes sus numerosas publicaciones, sobre todo en el campo del Derecho constitucional y del Derecho internacional»<sup>21</sup>.

En materia de jurisprudencia positiva, su interés primero estuvo orientado al Derecho electoral de la república austriaca. Más adelante hubieron de publicarse varios ensayos sobre el Derecho federal y sus relaciones con los Derechos locales. Como creador de la Constitución austriaca de 1920 publicó varios trabajos, unos dedicados a la exposición histórica del desarrollo del Derecho constitucional austriaco. Es muy importante el ensayo denominado *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, que constituye el antecedente de su famosa polémica con el jurista nazi C. SCHMITT, quien sostenía que el garante de la constitucionalidad debía ser el *Führer* y no un tribunal colegiado constitucional.

### 6.2.2. Derecho internacional

Su labor en el campo del Derecho internacional fue muy abundante. La teoría pura del Derecho es la única construcción doctrinal que ofrece una concepción unitaria del orden jurídico mundial, entendiendo por esto una construcción conceptual que permite comprender cómo un único orden normativo los derechos de cada Estado, en particular, en unión con el Derecho internacional. En relación con este problema, KELSEN siempre sostuvo que era posible construir la unidad del Derecho partiendo de dos hipótesis distintas, aunque, en su opinión, equivalentes: 1) la del primado del orden jurídico internacional, y 2) la del primado del orden jurídico nacional. En la primera hipótesis, el Derecho internacional se encuentra colocado en una posición de supraordenación en relación con los órdenes jurídicos estatales, de la misma manera que la constitución de un Estado federal se encuentra supraordenada a los órdenes parciales de la federación y de los Estados locales miembros. El Derecho internacional se comprende con los mismos conceptos jurídicos que se emplean para comprender el Derecho nacional. Si éste es un orden coactivo, aquél también lo es. Las sanciones del Derecho internacional están constituidas fundamentalmente por la guerra y las represalias, ejercitadas por los Estados miembros de la comunidad internacional constituida por ese Derecho, pues es un orden jurídico primitivo, *i. e.*, descentralizado. Los Estados miembros de la comunidad internacional son órdenes jurídicos relativamente centralizados. La segunda hipótesis, *i. e.*, el primado del orden jurídico nacional, afirma que el fundamento del orden jurídico internacional se encuentra en

<sup>21</sup> R. A. METAL, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. Javier Esquivel, México, UNAM, 1976, 112.

la constitución del Estado que tiene en consideración el teórico del Derecho: generalmente es el Estado nacional en el que vive y al cual sirve. El Derecho internacional debe, bajo este supuesto, colocarse en la pirámide jerárquica de las normas, ya sea a la altura normativa de la propia constitución o en la grada inmediatamente inferior a ella, como muchas constituciones estatales lo hacen, dependiendo una u otra de las alternativas del contenido de la constitución en cuestión y si ésta se refiere o no al Derecho internacional en su totalidad o sólo a una parte de él (el reconocido por los órganos del Estado o del Derecho internacional convencional, los tratados). KELSEN en muchas ocasiones afirmó que la construcción de la unidad del Derecho es posible desde cualquiera de estos dos puntos de vista y que la decisión que se tome depende de consideraciones filosóficas.

Merecen especial mención sus libros *Principles of International Law* (1966), *Théorie Générale de Droit International Public. Problèmes Choisis* (1932), *Die Technik des Völkerrechts und die Organization des Friedens* (1935, *La técnica del Derecho internacional y la organización de la paz*), *La Transformation du Droit International en Droit Interne* (1936, *La transformación de Derecho internacional en Derecho interno*), *Théorie de Droit International Coutumier* (1939, *Teoría del Derecho internacional consuetudinario*). KELSEN tuvo una producción asombrosa por el número de ensayos sobre diversos temas internacionales. Quizá la obra más impresionante en esta rama de la jurisprudencia positiva sea la obra monumental de *The Law of the United Nations* (1951, *El Derecho de las Naciones Unidas*), que constituye el modelo, el paradigma, de lo que es un trabajo de jurisprudencia positiva. En total, pueden contarse más de treinta ensayos sobre diversos temas del Derecho internacional.

### 6.3. Filosofía de Derecho

Quiero, en primer término, reseñar brevemente las publicaciones más importantes en esta materia:

- 1927/1928, *Die Idee des Naturrechtes (La idea del Derecho natural). Naturrechts und positives Recht. Eine Untersuchung ihres gegenseitige Verhältnisses (Derecho natural y Derecho positivo. Una investigación sobre sus relaciones recíprocas)*.
- 1928, *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Los fundamentos filosóficos de la Teoría del Derecho natural y del positivismo jurídico)*.
- 1933, *Die platonische Gerechtigkeit (La justicia platónica). Die platonische Liebe (El amor platónico). Die hellenismakedonische Politik und die «Politik» des Aristóteles (La política helénico-macedónica y la «Política» de Aristóteles)*.
- 1947, *The Metamorphoses of the Idea of Justice (La metamorfosis de la idea de justicia)*.
- 1948, *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics (Absolutismo y relativismo en Filosofía y Política)*.
- 1949, *The Natural Law Doctrine before the Tribunal of Science (La doctrina del Derecho natural ante el Tribunal de la Ciencia)*.

- 1952, *The Idea of Justice in the Holy Scripture (La idea de la justicia en las Sagradas Escrituras)*.
- 1953, *Was ist Gerechtigkeit? (¿Qué es la justicia?)*.  
*Die Idee der Gerechtigkeit nach den Lehren der christlichen Theologie (La idea de la justicia según la Teoría de la teología cristiana)*.
- 1957, *Platon und die Naturrechtslehre (Platón y la Teoría del Derecho natural)*.
- 1959, *Justice et Droit Naturel (Justicia y Derecho natural)*.
- 1962, *Die Grundlage der Naturrechtslehre (El fundamento del Derecho natural)*.

### 6.3.1. *El Derecho natural*

La idea central de los trabajos sobre el Derecho natural consiste en afirmar su imposibilidad como objeto de un conocimiento científico. La existencia de normas jurídicas no positivas, es decir, de normas jurídicas que no han sido creadas por actos de voluntad humana, sino que se encuentran en la naturaleza del hombre, de la razón, en la naturaleza misma, etc., constituye un dogma y, por tanto, la ciencia no puede tener otra postura que su rechazo, pues normas no positivas no pueden ser objeto de conocimiento empírico. La dualidad entre el ser y el deber ser no existiría si fuese posible afirmar la existencia de normas que se encuentran contenidas en los acontecimientos que forman la cadena del ser. Se trata de una teoría que afirma la existencia de normas naturales, *i.e.*, que no son el producto de actos de voluntad empíricos. En el fondo, se trata de una doctrina que, explícita o implícitamente, afirma la existencia de normas creadas por una voluntad divina, pues no es extraño encontrar en estas doctrinas el concepto de que las leyes naturales son manifestaciones de la voluntad divina. Un análisis comparativo del Derecho natural y del Derecho positivo conduce a la afirmación de la imposibilidad del primero, pues no podría ejecutarse ni aplicarse a situaciones reales concretas, *i.e.*, individualizarse, de manera natural, sino sólo por medio de actos volitivos humanos y, con ello, dejaría de ser un Derecho que opera en y dentro del ser y se convertiría en Derecho positivo (*cf.* *La idea del Derecho natural*). Muchos de sus trabajos estuvieron dedicados a la elaboración de los supuestos filosóficos, mejor, epistemológicos, de la doctrina del Derecho natural y del positivismo jurídico.

### 6.3.2. *Platón*

En sus libros sobre PLATÓN, KELSEN por vez primera señala su absolutismo, su espartanismo y su enemistad a la democracia y toda forma de vida que implique la tolerancia y la libertad, exponiendo anticipadamente la tesis de K. R. POPPER sobre PLATÓN en su famoso libro *La sociedad abierta y sus enemigos*, como un enemigo de la sociedad abierta, es decir, de la democracia. En una visita que realicé a POPPER, me dijo que la primera noticia que tuvo de un trabajo en que se consideraba el absolutismo político de Platón fue el ensayo de KELSEN sobre *El amor platónico*, el que, en su opinión, contenía una tesis muy radical. PLATÓN es presentado como el filósofo del absolutismo filosófico y político. Es más, demuestra que es un teólogo. En *El amor platónico*, publicado en la revista *Imago*, editada por S. FREUD, expone KELSEN que la

filosofía platónica es, en algunos aspectos, una elaboración ideológica motivada por la situación en la que se encontraba en la Atenas clásica por ser homosexual. PLATÓN es el enemigo de la sofística y de la democracia ateniense del siglo de Pericles. Vale la pena leer con atención el ensayo sobre *La justicia platónica*, pues constituye una exposición muy lúcida sobre el camino que los grandes teóricos han recorrido, ansiosos de obtener y ofrecer a la humanidad un concepto, si posible universal y eterno, de la justicia. Póstumamente fue publicado un libro de 458 páginas, enteramente dedicado a la filosofía platónica, con el título *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons (La ilusión de la justicia. Una investigación crítica sobre la filosofía social de Platón)*.

«En los ensayos dedicados al análisis del concepto sobre la justicia expone las diversas doctrinas sobre ella y las critica, encontrando fundamentalmente que muchas de ellas no son sino defensas o ataques al Derecho positivo, en el mejor de los casos, o simplemente vacuas tautológicas».

## 6.4. Teoría política

### 6.4.1. *La democracia*

La pureza metódica, que condiciona todos los trabajos de KELSEN, determinó igualmente su postura teórica ante las diversas teorías políticas. Aunque fue un apasionado defensor de la democracia, en sus obras pueden encontrarse párrafos en los que desenmascara la ideología incorporada en la teoría de la representación del pueblo por el parlamento elegido en las democracias indirectas<sup>22</sup>. Esto sólo puede ser entendido desde la perspectiva que determinó de manera principal su vida: su amor por la verdad y la valentía de sostener lo que se cree ser cierto en todas las circunstancias.

En 1920 publicó su libro *Esencia y valor de la democracia*, el cual encontró su complemento en 1925 con *El problema del parlamentarismo*. Anteriormente transcribimos un párrafo en el que se ponían en relación mutua las formas de Estado con las concepciones del mundo y de la vida. En esta misma categoría de investigaciones se ordena el pequeño trabajo *Forma del Estado y concepción del mundo*, aparecido en 1933.

### 6.4.2. *Teoría comunista del Derecho y del Estado*

Es una tendencia general del pensamiento de KELSEN, observable en todas sus obras, la de develar los motivos políticos que muchas veces se encuentran detrás de elaboradas doctrinas jurídicas o políticas. Si eso puede señalarse en relación con la ideología de la democracia, con mayor razón y con igual énfasis se encuentra en los

<sup>22</sup> H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor, S. A., 1934, 397 y ss.

análisis de las ideologías totalitarias y dictatoriales. No sólo PLATÓN y ARISTÓTELES, en la antigüedad, son el objeto de sus ataques contundentes, sino también HEGEL, MARX, LENIN y muchos de los ideólogos austriacos del marxismo de principios del siglo, como de los soviéticos de la era staliniana y posteriores. En 1920 publicó *Socialismo y Estado y Marx o Lasalle* en 1924. En 1930 vio luz pública la obra *La teoría general del Derecho a la luz de la concepción materialista de la historia*. Por último, en 1955 publicó dos libros: *La teoría comunista del Derecho* y *La teoría política del bolchevismo*. En todos ellos se intenta develar las ideologías, en el sentido peyorativo o marxista de la palabra «ideología», de estas doctrinas políticas, demostrando que, en el fondo, no son otra cosa que intentos enmascarados de presentar y defender intereses políticos con la terminología de la ciencia. El fundamento de lo anterior se encuentra en el principio de la pureza metódica, el cual se revela como el principio de la verdad en el campo de las ciencias jurídicas y políticas. WEBER mismo postuló la exclusión de los juicios de valor en la sociología.

### 6.5. Crítica de la ideología

El título de este apartado no describe con exactitud su contenido. MÉTALL, su biógrafo, incluye en él trabajos que comprenden investigaciones de carácter histórico, como las ya referidas sobre PLATÓN y sobre el jusnaturalismo. Nosotros incluiremos dentro de este apartado algunas consideraciones sobre temas sociológicos.

Hemos postulado más arriba el principio que puede explicar unitariamente el pensamiento de KELSEN: las dos interiorizaciones o, como también las hemos llamado, las semantizaciones de elementos pragmáticos.

El dualismo de ser y del deber ser no es uno que se dé originariamente en la conciencia humana; no es, de ninguna manera, una idea innata cartesiana o chomskiana. Más bien, es el producto de una larga evolución cultural, una adquisición tardía del ser humano, una construcción teórica muy elaborada surgida en un estadio muy avanzado de la cultura occidental. Por tanto, a KELSEN, como el recreador de este dualismo, se le presentó, surgiendo internamente de su doctrina, el problema de investigar cómo se originó históricamente este dualismo y cuál de las dos legalidades apriorísticas, la causalidad y la imputación, determinó a la otra, comprendiendo esta determinación en un sentido rigurosamente temporal o ideológico, *i. e.*, histórico. Dice KELSEN:

«Pues el concepto de causalidad es por completo ajeno a los pueblos primitivos que todavía hoy viven. Ellos interpretan la naturaleza según otro esquema, distinto del causal; a saber, con arreglo a categorías sociales. Para los primitivos no hay una naturaleza en el sentido de una cierta conexión de los elementos regida por la ley de la causalidad y ajena a la sociedad. Lo que el civilizado entiende por naturaleza es para el primitivo, con su percepción animista o, mejor dicho, personalista, sólo un trozo de su sociedad dominado por las mismas leyes que ésta. El llamado hombre de naturaleza —que en verdad es en todos los aspectos un hombre social— cree que la ordenación de su sociedad, que es una ordenación jurídica, rige también para la naturaleza, y la interpreta según los mismos postulados que determinan su relación con los compañeros de grupo. La norma fundamental de la ordenación social primitiva es el principio de retribución, que domina por completo la conciencia del hombre primitivo, Orientada en un sentido enteramente social. La in-

interpretación de la naturaleza según el principio de retribución se manifiesta en su efectiva conducta para con animales, plantas y objetos inanimados, y sobre todo en su religión y sus mitos»<sup>23</sup>.

Con esta hipótesis fundamental, KELSEN investiga en los mitos y en las religiones la operancia efectiva del principio de la retribución y traza el surgimiento histórico del concepto de la causalidad en la atomística griega, todavía muy lastrada de concepciones animistas y retributivas. El libro *Sociedad y naturaleza*<sup>24</sup> tiene por objeto desarrollar esta tesis en las concepciones mitológicas de los pueblos, primitivos, antiguos y modernos y en los griegos. En el ensayo mencionado más arriba relata la historia de la filosofía griega desde la perspectiva proporcionada por la hipótesis del surgimiento de la causalidad a partir del principio de retribución y cómo ello ha repercutido en muchas concepciones de la filosofía moderna, hasta el abandono de la causalidad, en el siglo XX, con la creación de la mecánica cuántica. La palabra «*aitía*» en griego clásico significa tanto causa como culpa. El castigo es el efecto de la culpa. El pensamiento griego aún no distinguía ambos conceptos. Cuando, por ejemplo, los primeros filósofos jónicos (TALES, ANAXÍMENES, ANAXIMANDRO) buscaban el «origen» (αρχή) con arreglo al cual pudieran explicar el mundo y lo encontraban en un elemento (el agua, el aire, lo ilimitado [ἀπειρον]) a este elemento lo concebía con arreglo a categorías sociales, pues con él se constituía una «monarquía»: «la ley de la αρχή funda aquí una μοναρχία»<sup>25</sup>.

Por el contrario, cuando existe una distinción, aunque sea relativa, entre la sociedad y la naturaleza surge el jusnaturalismo, si el deber ser se pretende encontrar en el ámbito del ser. En los hechos se encuentran las normas, en el ser se descubre el deber ser. Esto sólo es posible si se cree en una deidad que dicta sus normas al universo: las leyes naturales son normas divinas, la naturaleza es un «reino», *i. e.*, un Estado ordenado por los mandatos de Dios. Los elementos surgen en cumplimiento de órdenes de la deidad: «¡Hágase la luz!»; el imperativo divino, al ser cumplido, genera al mundo. En realidad, la naturaleza es concebida como un Estado y a Dios como su monarca absoluto. En consecuencia, surge la pregunta: ¿la problemática de la teología es similar a la de la teoría del Estado o son distintas? Aquí se abre un nuevo capítulo de investigación: Dios y Estado. Si el Estado es la personificación del orden jurídico, Dios es la personificación de la naturaleza. La teoría de la identidad del Derecho y del Estado se corresponde con la teoría panteísta de SPINOZA. Si lo anterior es cierto, los problemas de la teología deben ser similares a los problemas de la teoría del Estado y las soluciones aportadas por cada una de estas disciplinas deben ser similares. Dios, como omnipotente, es el creador del mundo y, por ello, es distinto de él; sin embargo, debe estar relacionado con el mundo, pues no pueden concebirse separados. De igual manera se afirma la dualidad del Estado con el Derecho, considerando a aquél como poder, como creador de éste, pero es una indiscutible relación. La teoría política afirma que el Estado crea el Derecho y luego se somete al orden jurídico, de manera tal que todo acto estatal debe conceptuarse jurídicamente. Es la teoría de la autolimitación del

<sup>23</sup> H. KELSEN, «La aparición de la ley de causalidad a partir del principio de retribución», trad. Francisco Ayala en *op. cit.*, *supra*, nota 13, 56.

<sup>24</sup> H. KELSEN, *Sociedad y naturaleza*, trad. Jaime Perriau, Buenos Aires, Depalma, 1945.

<sup>25</sup> H. KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 15, 55.

Estado. La encarnación de Dios es la solución teológica al problema similar de establecer la relación entre Dios y el mundo: Dios crea a la naturaleza y luego se somete a las leyes que él mismo ha dictado: Dios-padre se convierte en Dios-hijo y éste es un hombre que se encuentra sometido a las leyes naturales a las que están sometidos todos los demás hombres.

En el problema de la teodicea se puede encontrar el paralelismo doctrinal que hemos señalado. Si Dios es absolutamente bueno y omnipotente, ¿cómo puede explicarse el mal en el mundo? De alguna manera, el mal debe ser querido por Dios y, por tanto, imputable a Dios, pues de otra manera se rompería la unidad de concepción y tendría que afirmarse que algo sucede en el mundo que no es querido por Dios y, con ello, se contradiría el concepto de la omnipotencia divina; de igual manera, al Estado debe poder imputársele la antijuricidad, la aparente negación de lo jurídico. La teología crea un reino del mal y afirma la existencia de un ángel caído y, por tanto, como ángel, es creación de Dios; la teoría del Estado establece lo antijurídico como condición del acto coactivo estatal.

Dice KELSEN: «Por lo demás, la teología es prisionera del dualismo de Dios y mundo. Y desde el momento que en el concepto del mundo se representa el sistema de la naturaleza, de las leyes naturales, por tanto, adopta Dios —considerado como poder de realizar milagros— la significación de un principio que, en ciertas circunstancias, puede dirigirse contra la naturaleza, destruyendo sus leyes»<sup>26</sup>.

El Estado similarmente aparece, en caso de necesidad, como un principio anulador del Derecho, destruyendo la ley jurídica positiva. Por otra parte, la supremacía de Dios y su unicidad se expresan en la teoría del Estado, en el concepto de la soberanía. Igualmente, el ateísmo se corresponde con el anarquismo<sup>27</sup>.

## CONCLUSIÓN

De la esquemática reseña anterior puede concluirse que, en verdad, KELSEN es el jurista del siglo XX. Consideramos que sus trabajos son una importante contribución teórica, ante la cual hay que tomar posición. Quizá la actitud más conveniente, en este sentido, sea aquella que recomienda K. R. POPPER: la actitud crítica. Pero esto implica que debe entenderse la teoría pura del Derecho de modo completo y sistemático, de buena fe, sin deformarla, sin imaginarla ni darle una fisonomía que no tiene, hecha al tamaño especial del adversario. Sólo con esta base será posible poner un orden racional y crítico a la rapsodia de teorías jurídicas actuales, que sin conciencia histórica postulan hipótesis específicas para resolver problemas jurídicos particulares, no conectados sistemáticamente en ningún sentido. Uno de los más grandes méritos de la teoría kelseniana es precisamente el hecho de que proporciona un punto de vista unitario y sistemático para la comprensión del Derecho, el cual es un objeto muy complejo de estudio y relacionado en muchas y muy diferentes formas con otros objetos de estudio.

<sup>26</sup> H. KELSEN, *op. cit.*, *supra*, nota 14, 104.

<sup>27</sup> H. KELSEN, *Dios y Estado*, Logos, t. 11, 1922/23.

Ciertamente nada nuevo se dice cuando se afirma que hay que entender a KELSEN y tomar posición frente a la jurisprudencia pura. Pero a esto hay que agregar la siguiente exigencia: las nuevas hipótesis jurisprudenciales que se postulen deben poder resolver los problemas tratados en la teoría pura del Derecho y otros nuevos y distintos o, por lo menos, depurar y desarrollar lo que ya se ha logrado. Debe exigirse una conciencia histórica a los investigadores, porque sólo de este modo puede constituirse una ciencia del Derecho.

# CINCUENTA AÑOS DESPUÉS DE LA SEGUNDA EDICIÓN DE LA *REINE RECHTSLEHRE*. SOBRE EL TRASFONDO DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO Y SOBRE LO QUE QUEDA DE ELLA \*

Juan Ruiz Manero

*Universidad de Alicante*

**RESUMEN.** Este texto se ocupa de dos cuestiones relacionadas con la teoría kelseniana del Derecho: en primer lugar, del trasfondo que explica los rasgos centrales de esa misma teoría; en segundo lugar, de lo que sigue vivo y lo que debe considerarse muerto en la construcción de KELSEN.

A juicio del autor, los elementos más relevantes del trasfondo de la teoría kelseniana son una justificación *grosso modo* hobbesiana del Derecho, por un lado, y la tesis de la imposibilidad de la razón práctica, por otro.

También a juicio del autor, la mayor parte de las articulaciones concretas de la teoría kelseniana deben considerarse hoy como muertas. Lo que no impide conceder la máxima importancia histórica a la aportación de KELSEN y entender que su ambición de articular el discurso sobre el Derecho sobre la base de una teoría que merezca tal nombre debe considerarse como completamente actual.

**Palabras clave:** KELSEN, teoría pura del Derecho.

**ABSTRACT.** This text deals with two issues related to KELSEN's theory of law: firstly, with the background which explains the core features of that theory and secondly, with what is still alive and what should be considered dead in KELSEN's construction.

According to the author, the most important elements in the background of KELSEN's theory are a roughly Hobbesian justification of law and the thesis of the impossibility of practical reason.

The author also holds that most of the specific kelsenian theses should now be regarded as dead. This does not preclude the granting of a great historical importance to KELSEN's contribution and the understanding that his ambition to articulate discourse on the law on the basis of a theory worthy of the name should be regarded as completely valid today.

**Keywords:** KELSEN, pure theory of Law.

---

\* Fecha de recepción: 20 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 20 de febrero de 2011.

Versión revisada de la intervención, en respuesta a U. SCHMILL, en el acto de clausura de la 7.ª edición del curso de especialista en argumentación jurídica (Alicante, junio 2010).

Quisiera empezar mi intervención expresando mi satisfacción por compartir esta mesa con U. SCHMILL. U. SCHMILL es uno de los filósofos del Derecho más eminentes de nuestra lengua, es uno de los mejores conocedores de KELSEN, como ha mostrado la exposición que acaba de hacer, y es, sin ninguna duda, el más ilustre de nuestros kelsenianos actuales. SCHMILL ha presentado el conjunto de la imponente producción kelseniana. Yo, por mi parte, me voy a limitar a su teoría del Derecho. Teoría del Derecho que no voy a presentar, sino que voy a dar por conocida y, en relación con la cual voy a ocuparme de dos aspectos: en un primer apartado, voy a abordar la cuestión del trasfondo que, en mi opinión, explica los rasgos centrales de la teoría kelseniana; en un segundo apartado, voy a tratar de determinar qué es lo que hoy puede considerarse vivo o muerto de esa misma teoría.

## 1.

Por lo que hace a la primera cuestión puede ser útil partir de una conocidísima dicotomía bobbiana, la que distingue entre filosofías del Derecho de los filósofos y filosofías del Derecho de los juristas<sup>1</sup>. La filosofía del Derecho de KELSEN es, obvio es decirlo, una filosofía del Derecho de jurista. Y ello, también es obvio decirlo, no sólo ni tanto en el sentido de que KELSEN fuera profesionalmente un jurista, sino en el sentido de que su filosofía del Derecho parte de, y trata de responder a, problemas propios de jurista. Y, más precisamente, a problemas propios de jurista teórico, de profesor de Derecho. La filosofía jurídica kelseniana constituye, señaló M. LOSANO, un *opus perpetuum* en el sentido de que todos los trabajos en los que KELSEN fue desarrollando la teoría pura del Derecho a lo largo de sesenta años no sólo muestran a esta teoría en un estado de «continua transformación», sino que también constituyen una «obra intrínsecamente unitaria a través del tiempo»<sup>2</sup>. Podríamos decir que, desde los *Problemas capitales de la teoría del Derecho público* de 1911 hasta la póstuma *Teoría general de las normas*, pasando por las diversas ediciones de la *Teoría pura del Derecho* o por la *Teoría general del Derecho y del Estado*, KELSEN no dejó de reescribir, una y otra vez, en cierto sentido, el mismo libro. Enriqueciéndolo, desde luego, mediante desarrollos, integraciones de influencias diferentes y rectificaciones. Estos desarrollos, integraciones y rectificaciones permiten trazar periodizaciones de la obra kelseniana tan bien construidas y tan bien fundadas como la que ha elaborado, por ejemplo, P. CHIASSONI<sup>3</sup>. Pero estos sucesivos desarrollos, integraciones y rectificaciones, van dando lugar a lo que podemos considerar, en el fondo, como versiones diferentes del mismo libro. Pues bien: ya en los *Problemas capitales* de 1911 encontramos lo que constituye, a mi juicio, el quicio más importante para entender las pretensiones y la orientación central de la teoría pura del Derecho a lo largo de todo su itinerario. Que viene a ser, a mi

<sup>1</sup> N. BOBBIO, «Naturaleza y función de la filosofía del Derecho» (1962), en BOBBIO, *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, 91 y ss.

<sup>2</sup> M. LOSANO, «La teoría pura del Derecho del logicismo al irracionalismo», trad. de J. Ruiz Manero, en *Doxa*, núm. 2, 1985, 57.

<sup>3</sup> P. CHIASSONI, *L'utopia della ragione analitica. Origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2005, 58 y ss.; también: *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I Da Bentham a Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2009, 306 y ss.

juicio, la siguiente: KELSEN pretende fundamentar y dar mayor rigor a algo que sustancialmente acepta, esto es, los rasgos centrales de la visión del trabajo del jurista teórico tal como aparecen en la doctrina alemana del Derecho público y, emblemáticamente, en la obra de JELLINEK. Y es que, en efecto, ya en la obra de LABAND y, sobre todo, en la de JELLINEK, el trabajo del jurista aparece como un trabajo de conocimiento de normas en cuanto normas, y no de hechos, y un conocimiento que se presenta como neutral desde el punto de vista de las valoraciones ético-políticas. Lo que hará KELSEN es fundamentar filosóficamente y, con ello, estilizar y dar mayor rigor y radicalidad a la concepción de una ciencia del Derecho construida sobre estos moldes. Y el neokantismo es la herramienta, adecuada para esta tarea, que encuentra en el mercado filosófico del momento; en fases posteriores, el neokantismo coexistirá con el positivismo lógico; pero neokantismo y positivismo lógico son para KELSEN, a mi juicio, meras herramientas externas que toma y utiliza en la medida en que son útiles para los problemas que, como jurista teórico, le preocupan.

¿Y por qué KELSEN opta por un modelo de ciencia jurídica como el que se prescribe, con sólo muy leves cambios de acento a lo largo de más de sesenta años, en las sucesivas versiones de la teoría pura? Quiero decir, por un modelo de ciencia jurídica que trata de «obtener solamente un conocimiento orientado hacia el Derecho», del que debe quedar excluido todo aquello que «no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico»<sup>4</sup>, vale decir, del que deben quedar excluidos tanto los enunciados basados en el principio de causalidad —los enunciados relativos a relaciones entre hechos— como los enunciados que expresan valoraciones externas al Derecho mismo: el discurso de la ciencia del Derecho debe estar integrado exclusivamente por enunciados que constituyan «una descripción axiológicamente adiafóra de su objeto [...] sin referencia a ningún valor metajurídico, y sin ninguna aprobación ni desaprobación emotiva»<sup>5</sup>. Si entendemos que en esta doble exclusión —de juicios causales y de juicios de valor— es donde radica centralmente la pureza del modelo de ciencia jurídica prescrito por KELSEN, dar las razones de esta doble exclusión equivaldría a explicar el trasfondo que determina la *Reinheit*, por así decirlo, de la *Rechtslehre* kelseniana. Pues bien, a mi modo de ver, este trasfondo está constituido básicamente por dos elementos: en primer lugar, por una justificación del Derecho que, desde luego *grosso modo* y desde luego también con todas las cautelas que se consideren debidas, podemos calificar como hobbesiana; en segundo lugar, por la tesis de la imposibilidad de la razón práctica, es decir, de la no posibilidad de fundamentación racional de los juicios de valor. La suma de estos dos elementos determina la justificación de un discurso sobre el Derecho que vea este exclusivamente como orden normativo, que trate de describirlo como tal y que excluya de su horizonte cualquier valoración externa de ese mismo orden normativo.

Y es que toda la polémica de KELSEN sobre el iusnaturalismo, toda su insistencia en la imposibilidad de fundamentar enunciados de deber sobre la base de enunciados de ser, no debe ocultar el hecho de que, de forma difícilmente compatible con ello, se encuentra asimismo en KELSEN una fundamentación del carácter justificado del Derecho, del carácter justificado de un orden coercitivo, que apela, en la mejor

<sup>4</sup> H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (2.ª ed., 1960), trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1982, 15.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 94.

tradición hobbesiana, a características permanentes de la naturaleza humana. Así, por ejemplo, en sus polémicas con los marxistas, insiste una y otra vez en que «lo que verdaderamente hace necesario un ordenamiento coercitivo» no es, como los marxistas sostienen, la explotación económica de clase, sino ciertas constantes de la naturaleza humana que, siendo mucho más básicas, permanecerían como tales aun en ausencia de esa explotación: se trata de «la oposición existente entre el ordenamiento social y los instintos, deseos e intereses de los hombres cuyo comportamiento es regulado por el ordenamiento»<sup>6</sup>. Confiar a este respecto, como hacen los marxistas, «en la completa transformación del hombre», una vez suprimida la explotación económica, viene a ser, a juicio de KELSEN, «el ejemplo escolástico de una utopía “no científica”, por no estar basada en experiencia alguna»<sup>7</sup>. La realidad es que «el sexo y la ambición representan un papel [en la perturbación del orden social] por lo menos tan importante como las circunstancias económicas»<sup>8</sup> y que no «existen divergencias de opinión [en campos como el religioso, el artístico o el erótico] que no puedan convertirse en un contraste de vida o muerte»<sup>9</sup>. Siendo así la naturaleza humana, el Derecho como orden coactivo es el único instrumento que puede instituir un orden «objetivo», situado por encima de la voluntad de los sujetos implicados en cada momento; el Derecho es la única alternativa al imperio de la anarquía o de la dominación por medio de la fuerza desnuda. Y el Derecho puede constituir operativamente tal alternativa sólo si su carácter normativo no se encuentra condicionado por la concordancia de sus contenidos con ningún patrón de justicia externo al mismo. Pues, si no es posible —como no lo es, a juicio de KELSEN— determinar objetivamente qué sea lo justo, si la justicia es un ideal irracional y los juicios sobre ella son pura expresión de preferencias no justificables, entonces subordinar la obligatoriedad del Derecho a su justicia supone que el Derecho no pueda cumplir su función de instauración de orden. Pues subordinar la obligatoriedad del Derecho a su justicia implicaría subordinar dicha obligatoriedad a los juicios subjetivos no concordantes y no justificables de cada uno y, así, abocar a la sociedad a una situación de lucha no normada entre los diversos individuos y grupos que sostienen juicios divergentes sobre la justicia.

En definitiva, a mi juicio, lo que late en el fondo de la construcción de KELSEN es que un discurso que describa el Derecho como normatividad, y no como algo situado en el plano de los hechos, y que no condicione esa normatividad a la concordancia de sus contenidos con algún patrón de justicia, es un discurso que coadyuva a la operatividad del Derecho como técnica de organización social, como técnica de instauración de orden. Y éste es, a mi juicio, el trasfondo relevante de la «pureza» prescrita por KELSEN para la ciencia jurídica. En este sentido, podríamos decir, usando terminología correspondiente a discusiones actuales, que KELSEN no es sólo un positivista excluyente, sino también, y esto ocupa un lugar más básico en su pensamiento, un positivista ético.

<sup>6</sup> H. KELSEN, *La teoría generale del diritto e il materialismo storico* (1931), trad. italiana de F. Riccobono, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1979, 83.

<sup>7</sup> H. KELSEN, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo* (2.ª ed., 1923), trad. de A. García Ruiz, México, Siglo XXI, 1982, 220.

<sup>8</sup> H. KELSEN: *La teoría comunista del Derecho* (1955), en KELSEN: *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, trad. de A. J. Weiss, Buenos Aires, Emecé Editores, 1957, 65.

<sup>9</sup> H. KELSEN, *Socialismo y Estado*, cit., 273.

No ignoro que presentar así las cosas choca con la imagen habitual de la empresa kelseniana, en la que esta empresa aparece dominada por intereses puramente cognoscitivos, y no prácticos. Y puede pensarse que mi interpretación choca también con la constante insistencia de KELSEN en que el Derecho puede tener cualquier contenido porque puede perseguir cualquier finalidad. Esta última dificultad, sin embargo, es, a mi juicio, puramente aparente. Hace ya muchos años que BOBBIO, al que vuelvo otra vez, señaló que una reconstrucción adecuada de KELSEN tiene que integrar la consideración de que «si se admite que el Derecho puede servir para alcanzar los fines más diversos, pero al mismo tiempo se admite que el fin del orden no puede alcanzarse más que por medio del Derecho, el Derecho no *es* solamente un medio, sino que *tiene* un fin, o mejor dicho, es un medio para un fin específico»<sup>10</sup>.

La imagen habitual de acuerdo con la cual la empresa kelseniana obedecería exclusivamente a intereses cognoscitivos y no prácticos tiene, desde luego, importantes puntos de apoyo textuales en el propio KELSEN. Pero, frente a ello, puedo señalar que, a mi juicio, ubicar en primer plano los intereses prácticos permite presentar el conjunto de la construcción kelseniana con una mayor coherencia de sentido. Y puedo señalar también que, aunque esta interpretación mía no es la habitual, tampoco es original. Hace más de cincuenta años que U. SCARPELLI apuntaba en un sentido similar al escribir que cuando KELSEN «habla de la legalidad como el único sentido del valor justicia en que este valor interviene en los ordenamientos jurídicos positivos, parece situarse en un plano deontológico, presentando la teoría del Derecho como la preceptística a adoptar para asegurar el valor específico del Derecho, es decir, el orden»<sup>11</sup> (310). Esto está escrito seis años antes de la publicación de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Hoy, cuando conmemoramos el cincuenta aniversario de la publicación de esta obra, no creo que podamos decirlo mejor.

## 2.

En mi opinión, si queremos deslindar adecuadamente lo que aún hoy está vivo y lo que está muerto del legado kelseniano, hay que empezar por reconocer que las articulaciones concretas de la teoría pura del Derecho pueden considerarse hoy, casi todas ellas, como muertas. Pero ello no implica minusvaloración alguna del papel histórico de la teoría kelseniana ni impide considerar que hay una lección de la misma que conserva hoy día toda su virtualidad y toda su frescura. De esto, de lo que está vivo en la teoría de KELSEN, me ocuparé al final de mi intervención.

### 2.1. Lo que está muerto

Empezaré por aquello que, a mi juicio, está muerto. Y para ello mostraré, mediante cuatro acotaciones críticas que no pretenden originalidad ninguna, lo que considero otros tantos puntos de fracaso capitales de la teoría kelseniana. La primera de estas acotaciones

<sup>10</sup> N. BOBBIO, «Hacia una teoría funcional del Derecho», en AAVV: *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires, Astrea, 1976, 13.

<sup>11</sup> U. SCARPELLI, «Società e natura nel pensiero di Hans Kelsen» (1954), en SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982, 310.

afecta, a propósito de la distinción entre multas e impuestos, a un aspecto de la pureza kelseniana y al lugar que en la misma ocupa el concepto de sanción; la segunda, a propósito de la identificación de las antinomias, a la tesis de que las normas genuinas o primarias son normas dirigidas exclusivamente a los órganos; la tercera acotación afecta al problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía y, en relación con él, a la doctrina de la cláusula alternativa tácita; la cuarta, finalmente, versa sobre la doctrina de los enunciados descriptivos de deber ser. Las dos primeras de estas acotaciones muestran, en mi opinión, otros tantos fracasos de la teoría pura para proporcionarnos una imagen adecuada del Derecho; las acotaciones tercera y cuarta, por su parte, muestran cómo la construcción de KELSEN resulta fallida en relación con sus propias orientaciones programáticas.

Veamos todo ello.

### 2.1.1. *Primera acotación*

Esta primera acotación afecta a la prescripción kelseniana de no mirar jamás al mundo de los hechos para elucidar el sentido de las normas. Esta prescripción de atender exclusivamente a las normas y no a las actitudes y creencias compartidas por quienes participan en el juego del Derecho ha conducido a la teoría kelseniana a algunas situaciones de bloqueo bien conocidas, como la de no poder distinguir entre multas e impuestos.

Confróntense las dos siguientes normas posibles:

N1. A quien supere la velocidad de 120 km/h en autopista se le deberá imponer el pago al erario público de 100 euros.

N2. A quien ingrese 30.000 euros anuales se le deberá imponer el pago al erario público de 10.000 euros.

Intuitivamente, todos sabemos que los 100 euros de N1 son una sanción y que no lo son los 10.000 euros de N2. Porque sabemos que el tratamiento desagradable previsto en N1 responde a una conducta ilícita (prohibida) y que eso no es el caso de N2, que también estipula un tratamiento desagradable, pero no como respuesta a una conducta ilícita. Pero para saber esto no es necesario que haya en el Derecho un enunciado del tipo «prohibido ir a más de 120 km/h», por una parte, mientras que no hay tal enunciado prohibitivo, o hay un enunciado permisivo, respecto de la conducta consistente en ganar dinero. Bien pudiera ser que no hubiera tales enunciados y que, sin embargo, supiésemos con claridad que la conducta que figura como antecedente del tratamiento desagradable en N1 es una conducta prohibida (y que la imposición del pago de los 100 euros es, en consecuencia, una multa) y que no pasa otro tanto con N2 (y que la imposición del pago de los 10.000 euros no es, por tanto, una multa sino un impuesto). Y lo sabríamos en virtud de las actitudes compartidas respecto de N1 y N2: a saber, que N1 trata de disuadir de la conducta correspondiente y que esto no pasa con N2.

### 2.1.2. *Segunda acotación*

El entender, al modo de KELSEN, que todas las normas jurídicas genuinas o «primarias» están dirigidas a los órganos y ordenan la imposición de sanciones impide ver

como antinómicas normas que todo el mundo consideraría como tales. Un ejemplo que me gusta mucho es el que encontramos en el libro de MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*. Se trata de lo siguiente: el emperador romano Calígula era descendiente a la vez, por vías naturales o de adopción, de Octavio (el que acabaría siendo Augusto) y de Antonio (el lugarteniente de César). Octavio y Antonio se habían enfrentado en la batalla de Accio, en la que triunfó Octavio y fue derrotado Antonio. Pues bien: con ocasión de uno de los aniversarios de la batalla de Accio, Calígula emitió un decreto en el que ordenaba que se castigara a quienes celebraran el aniversario de la batalla de Accio, porque estaban celebrando la derrota de su antepasado Antonio y ordenaba también que se castigara a quienes no celebraran el aniversario de la batalla de Accio porque estaban omitiendo celebrar la victoria de su antepasado Octavio<sup>12</sup>. Estas dos normas aparecen naturalmente como antinómicas si entendemos que ambas están dirigidas a la gente en general y que una de ellas prohíbe, mientras que la otra ordena, celebrar el aniversario de la batalla de Accio. Pero si entendemos que no hay más normas que las dirigidas a los órganos y que las normas no tienen otro contenido que la imposición de sanciones, no hay obviamente antinomia alguna. Los órganos pueden seguir ambas normas sin problema alguno de incompatibilidad: pues la suma de ambas lo que implica es que los órganos deben castigar a todo el mundo. Pero como consecuencia de este enfoque, la función de las normas como guía de la conducta de la gente en general se nos ha evaporado por completo.

### 2.1.3. Tercera acotación

La tercera acotación afecta a la pretensión kelseniana de que su propia contribución estaría situada en una vía media respecto de la «jurisprudencia tradicional», por un lado, y las corrientes del realismo judicialista, por otro. Pero su posición respecto del problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía —es decir, la doctrina de la cláusula alternativa tácita— hace que el conjunto de su construcción caiga del lado del realismo judicialista más extremo. Pues, de acuerdo con la doctrina de KELSEN, toda norma —con la única excepción de las normas individuales que ordenan concretos actos de ejecución material, esto es, de las sentencias y resoluciones administrativas— es «norma superior determinante» respecto de otras, es decir, toda norma, con la excepción señalada, regula la producción de otras normas. Pues bien, todas estas normas contienen tácitamente, de acuerdo con KELSEN, una cláusula que autoriza a hacer caso omiso de su contenido expreso. De esta forma, las únicas normas de contenido no tautológico que acaba conteniendo el sistema —esto es, las únicas

<sup>12</sup> El episodio está levemente modificado por mí en relación con el texto de MONTESQUIEU —en el que aparece asimismo una referencia a Drusila que yo he omitido—, para construir a partir de él un ejemplo que resulte pregnante. Lo que leemos en MONTESQUIEU es esto: «*Caligula était un vrai sophiste dans sa cruauté. Comme il descendait également d'Antoine et d'Auguste, il disait qu'il punirait les consuls s'ils célébraient le jour de réjouissance établi en mémoire de la victoire d'Actium, et qu'il les punirait s'ils ne le célébraient pas. Et, Drusille, à qui il accorda des honneurs divins, étant morte, c'était un crime de la pleurer, parce qu'elle était Déesse, et de ne la pas pleurer, parce qu'elle était sa soeur*» (cito por MONTESQUIEU: *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, chronologie et préface par Jean Ehrard, GF-Flammarion, Paris, 1968, 118-119).

normas del sistema que pueden cumplir una función de guía de la conducta— son las sentencias y resoluciones administrativas.

#### 2.1.4. Cuarta acotación

Esta cuarta acotación tiene que ver con la pretensión kelseniana de que su modelo de ciencia jurídica proporcione una descripción neutral del Derecho. El fracaso de KELSEN a este respecto se hace claro, mostrando que los extraños «enunciados descriptivos de deber ser» que, de acuerdo con KELSEN, serán los propios de la ciencia jurídica, son, en último término, indistinguibles de enunciados normativos plenos que reiteren el deber ser contenido en las normas. Basta recordar, a este respecto, la negativa kelseniana a entender la distinción entre normas y enunciados acerca de ellas en términos de «uso» y «mención», según le proponía HART en un famoso encuentro<sup>13</sup>: las normas jurídicas, de acuerdo con la propuesta de HART, *usarían* un lenguaje normativo; lenguaje normativo que aparecería *mencionado*, pero no usado, en las aserciones de la ciencia jurídica relativas a las normas. Pero esta posibilidad es explícitamente rechazada por KELSEN, quien escribe enfáticamente que «la afirmación [característica de la ciencia jurídica] de que una norma que ordena, autoriza o permite (positivamente) determinada conducta se encuentra “en vigencia” o tiene “validez” [...] sólo puede querer decir que esa conducta debe producirse»<sup>14</sup>. Pero siendo así las cosas, los enunciados de la ciencia jurídica no hacen sino reiterar las prescripciones contenidas en las normas y el programa descriptivista de KELSEN puede considerarse fallido.

## 2.2. Lo que está vivo

KELSEN es el teórico del Derecho más importante del siglo XX, de un lado. De otro, prácticamente todas sus doctrinas importantes deben ser abandonadas, pues llevan a callejones sin salida. ¿Por qué, pues, su importancia? ¿No será toda la teoría de KELSEN un gigantesco error que hay que, sin más, dejar de lado? En mi opinión, de ningún modo son las cosas así. Vale la pena señalar que toda la teoría del Derecho actual es postkelseniana, en un doble sentido: no sólo en el sentido de que no se puede entender sin KELSEN, sino también en el de que sus obras principales han venido construyéndose en diálogo con KELSEN. Esto es particularmente claro en el caso de la gran generación positivista postkelseniana: la ingente obra de BOBBIO, *El concepto de Derecho*, de HART, o *Sobre el Derecho y la justicia*, de ROSS son textos construidos precisamente en diálogo con KELSEN y frente a KELSEN. Pero también ocurre con las principales manifestaciones del positivismo de hoy, tanto excluyente (en las obras de RAZ, de ALCHOURRÓN y BULYGIN o de FERRAJOLI la presencia de KELSEN es central) como incluyente (piénsese por ejemplo en CARRIÓ). Debe señalarse, sin embargo, que la general limitación del *inclusive legal positivism* a la provincia cultural angloamericana hace que en él las influencia de KELSEN se perciba casi exclusivamente a través de

<sup>13</sup> H. L. A. HART, «Kelsen Visited» (1963), en HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 286 y ss.

<sup>14</sup> H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., 92.

HART. Y otro tanto ocurre, como es obvio, en el caso de DWORKIN, principal representante angloamericano del no positivismo contemporáneo. Pero en el caso de otros no positivistas culturalmente más ecuménicos, como ALEXY o NINO, la presencia de KELSEN es, de nuevo, central. Se ha repetido mucho, a propósito de KELSEN, la metáfora de B. DE CHARTRES: si vemos más lejos que él es porque estamos montados sobre sus hombros. Y esto puede afirmarse con entera justicia respecto de cualquiera de las corrientes que podemos distinguir en la actual teoría del Derecho.

La teoría del Derecho de KELSEN es, por otro lado, la primera teoría del Derecho que merece ser calificada precisamente de teoría, esto es, de un cuerpo trabado de proposiciones desde el que se intenta dar respuesta a los problemas que plantea un cierto dominio. Si, como quería SPINOZA, *omnis determinatio est negatio*, o, como gustaba de repetir POPPER, una teoría es tanto más interesante cuanto más amplio es el campo de lo que niega, la teoría kelseniana aparece inmensamente distanciada, en cuanto a su interés, de lo que eran las doctrinas jurídicas anteriores a ella, que en general estaban constituidas por discursos tan blandos que no negaban casi nada. Y de ahí que las teorías del Derecho posteriores se hayan visto abocadas a ajustar sus cuentas con KELSEN y a construirse a partir de ese ajuste.

Por lo demás, resulta claro que las teorías del Derecho a construir en el presente tienen que distanciarse fuertemente de KELSEN. Las razones de ello son múltiples pero se pueden reducir, en lo esencial, a lo siguiente: una teoría que considera que el concepto de razón práctica es autocontradictorio no puede ser la teoría adecuada para el Derecho del Estado constitucional, pues tal teoría no puede reconocer las pretensiones de fundamentación racional de las decisiones que son características de un sistema jurídico de este tipo. Y para dar cabida a estas pretensiones de fundamentación racional es preciso, en primer lugar, una teoría que no considere que los términos con fuerte carga valorativa que suelen encontrarse en la formulación de, por ejemplo, los principios constitucionales, esto es, los términos que designan *conceptos esencialmente controvertidos*, son meras puertas abiertas a una discreción judicial irrestricta, sino que caben determinaciones de los mismos racionalmente fundadas. Y que proceder a tales determinaciones implica embarcarse en ejercicios de deliberación moral que han de entenderse como situados dentro de las fronteras de la razón y no más allá de las mismas. Y si una teoría jurídica adecuada para el Derecho del Estado constitucional debe estar abierta a la teoría moral, también debe estarlo a las ciencias sociales. Pues sólo así cabe situar algo más allá del sentido común las polémicas acerca de la eficiencia de diversos cursos de acción alternativos para lograr los diversos objetivos sociales que vienen normativamente ordenados por unas u otras directrices, constitucionales o legislativas.

De forma que la exigencia de autonomía, o de pureza, es una exigencia central de la teoría del Derecho preconizada por KELSEN que debe hoy ser radicalmente abandonada. Pues, a mi juicio, una teoría del Derecho adecuada a las exigencias de los sistemas jurídicos de la hora presente debe ser una teoría del Derecho fuertemente penetrada de teoría ética y de ciencias sociales.

Y tengo también la impresión de que —pero esto lo digo con menos énfasis— la teoría del Derecho a hacer en la actualidad debería renunciar, al menos por el momento, a la pretensión de globalidad de la teoría kelseniana y moverse en ese nivel de

generalidad más bajo al que J. J. MORESO, por ejemplo, se ha referido como el de las microteorías<sup>15</sup>. Microteorías que nos permitirían unir argumentativamente en nuestra reflexión análisis conceptuales, examen de normas positivas, cuestiones de teoría de la justicia y cuestiones de diseño institucional. Tal vez orientar nuestra reflexión hacia estas microteorías podría dar a la teoría del Derecho una relevancia para la cultura jurídica, y en general para la cultura pública, mayor de la que hoy tiene.

Pero, si quiere ser culturalmente relevante, la teoría jurídica no puede renunciar a ser precisamente eso, teoría. Y me parece percibir un riesgo de que, frente a las dificultades y el esfuerzo que implica el hacer teoría, y aparentemente justificados por el giro argumentativo que, sin duda, la teoría del Derecho ha experimentado y debe seguir experimentando, se esté imponiendo la tentación de un discurso blando. De un discurso que, bajo el rótulo de análisis de sentencias, se limite a contarnos qué argumentos de las mismas les parecen buenos, malos o regulares a los sedicentes analistas, sin criterios generales a los que esos mismos analistas se sientan vinculados, sin hacer avanzar un ápice nuestra comprensión de nada. En este tipo de discurso, el analista pasa, de una ocasión a otra, de formalista (en uno de los sentidos de esta expresión) a realista, o de formalista (en otro de sus sentidos) a sustantivista, o de partidario de una vinculación literalista del juez a la ley a partidario de un amplio activismo judicial. Y el hilo conductor de todo ello son simplemente las simpatías o antipatías que el analista experimente respecto de las partes de los diferentes procesos. Hoy, como ayer era para Kelsen, el principal adversario de una teoría del Derecho digna de tal nombre es el discurso jurídico que sea puro disfraz de los prejuicios, simpatías y antipatías de sus autores. Y, frente a ello, la lección de rigor kelseniana, sigue siendo, a mi juicio, plenamente actual.

---

<sup>15</sup> J. J. MORESO, «Cuestiones persistentes y microteorías», en *Doxa*, núm. 25 (2002): 629-635.

# CONTESTACIÓN A LA RÉPLICA DE JUAN RUIZ MANERO \*

Ulises Schmill Ordóñez

ITAM (México)

**RESUMEN.** Esta contestación a la réplica de RUIZ MANERO aborda exclusivamente las objeciones dirigidas a la teoría del Derecho de KELSEN. Las aportaciones de KELSEN a diversas disciplinas no fueron tocadas por el autor alicantino. Por ello, se intenta refutar la tesis de que la *Teoría pura del Derecho* intenta «justificar» hobbesianamente al Derecho positivo. Se presentan argumentos en contra de la objeción, cuyo origen está en el ensayo de HART donde relata su visita a KELSEN, de que la Teoría pura es incapaz conceptualmente de diferenciar entre una multa y un impuesto. Asimismo, se mantiene la tesis de que el orden jurídico, como orden coactivo, se dirige fundamentalmente a los órganos del Estado facultados para imponer las sanciones establecidas por el Derecho y sólo de modo derivado a los particulares. Se intenta presentar la problemática que la tesis de la «cláusula alternativa tácita» intenta resolver y se demuestra que deriva de la identificación entre los conceptos de «existencia», «validez» y «regularidad» y finalmente se cuestiona la viabilidad de una ciencia del Derecho positiva unitaria entre teoría dogmática, razón práctica y sociología.

**Palabras clave:** KELSEN, pureza metódica, normas primarias y secundarias, imputación (*Sollen*), cláusula alternativa tácita, existencia y validez de normas, concepto de regularidad, norma jurídica, regla de Derecho.

**ABSTRACT.** This response to the reply of RUIZ MANERO makes reference only to objections formulated to the theory of Law of Hans KELSEN. KELSEN's contributions to various disciplines were not approached by the Alicante author. Therefore, attempts are done to refute the thesis that the *Pure Theory of Law* attempts to «justify» a hobbesian conception of positive law. Arguments are presented against the objection, that the Pure Theory is unable to conceptually distinguish between a fine and a tax, whose origin is in HART's essay in which he describes his visit to KELSEN. It also maintains the view that the legal system, as a coercive order, is mainly directed to the organs of State empowered to impose the sanctions provided by the law and only in a derivative way to particulars. It attempts to present the problems that the theory of «tacit alternative clause» tries to solve and it is demonstrated that derives from the identification of the concepts of «existence», «validity», and «regularity» and finally questions the viability of a science of positive law that unifies the dogmatic theory, practical or ethical reason and sociology.

**Keywords:** KELSEN, methodical purity, primary and secondary rules, attribution (*Sollen*), tacit alternative clause, existence and validity of norms, concept of regularity, legal norm, rule of Law.

---

\* Fecha de recepción: 15 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2011.

## 1. PRIMERA PARTE

**H**a sido para mí motivo de especial orgullo y satisfacción haber sido invitado a este seminario, para exponer ante M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO y todos los participantes en él, las razones por las que considero que puede afirmarse con convicción y énfasis la validez y riqueza explicativa de la gran doctrina kelseniana. Todos los de habla española conocemos la producción jus-filosófica tan importante que se elabora y difunde en esta universidad, de la que da cuenta muy elocuente la hermosa e importante revista *Doxa*, de lectura obligada y de carácter internacional.

La lectura de mi conferencia, pálida exposición de la riqueza conceptual de la *Teoría pura del Derecho*, puede dar una idea de la enorme cantidad de problemas que enfrentó la preocupación teórica de KELSEN, problemas que intentó solucionar fundándose en una sola hipótesis: el Derecho entendido como un orden coactivo (y por tanto, dinámico) de la conducta humana. El propio RUIZ MANERO afirma que la construcción kelseniana es «imponente». Para ello, basta comparar sus rendimientos con los aportados por cualquier otro jurista o filósofo del Derecho del siglo XX o de siglos anteriores, casi todos los cuales, con algunas excepciones, constituyen parcelas pequeñas de solución de problemas en relación con el gran campo teórico de KELSEN, pequeños charcos frente al gran mar de la Teoría pura. Esto es lo que pasa con todos nosotros: somos epígonos de KELSEN, pues todos los juristas y los que se ocupan de entender qué es el Derecho tienen que establecer un diálogo necesario, a veces violento, en relación con las aportaciones hechas por la escuela vienesa de jurisprudencia. Podemos imaginarnos el desarrollo de las disciplinas científicas, como dos líneas rectas que se cruzan, formando dos conos a los lados del punto de intersección. En el cono izquierdo se encuentran los pensamientos de los filósofos, científicos o juristas, dependiendo del campo que se esté tomando en consideración; el punto de intersección está ocupado por el teórico que ha logrado postular una hipótesis que resuelve la totalidad o casi totalidad de los problemas contenidos en el cono izquierdo de sus predecesores. El cono derecho está integrado por todas las consideraciones posteriores sobre las problemáticas generadas por la hipótesis creada por el genio que está en la intersección. Encuentro que los nombres de NEWTON, KANT y KELSEN se encuentran en la intersección de las líneas de investigación de la física, de la filosofía y de la jurisprudencia, respectivamente.

Muchas interpretaciones se han dado sobre el sentido de la filosofía de KANT y de KELSEN. Una de ellas es la que presenta J. RUIZ MANERO, en su réplica a lo dicho en mi conferencia, que ahora aparece reproducida en este número de la revista *Doxa*. RUIZ MANERO reconoce que la obra de KELSEN constituye, en palabras de M. LOSANO, una «obra intrínsecamente unitaria a través del tiempo», obra que se ha desarrollado a partir de la hipótesis central mencionada anteriormente. Y nuestro autor español se pregunta: qué es lo que constituye «el quicio clave para entender las pretensiones y la orientación central de la teoría pura del Derecho a lo largo de todo su itinerario». Para ello, afirma correctamente que KELSEN «pretende fundamentar y dar mayor rigor a algo que sustancialmente acepta, esto es, los rasgos centrales de la visión del trabajo del jurista teórico, tal como aparecen en la doctrina alemana del Derecho público y, emble-

máticamente, en la obra de JELLINEK», y mencionando a LABAND afirma RUIZ MANERO: «El trabajo del jurista aparece como un trabajo de conocimiento de normas en cuanto normas, y no de hechos, y un conocimiento que se presenta como neutral desde el punto de vista de las valoraciones ético-políticas». Dice que lo que hizo KELSEN fue fundamentar filosóficamente, estilizar y dar mayor rigor y radicalidad a la construcción de una ciencia del Derecho, «que trata de “obtener solamente un conocimiento orientado hacia el Derecho”, del que debe quedar excluido todo aquello que “no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico” [*Teoría pura del Derecho* (2.<sup>a</sup> ed., 1960), trad. R. J. Vernengo, México, UNAM, 1982, 15], vale decir, del que deben quedar excluidos tanto los enunciados basados en el principio de causalidad —los enunciados relativos a relaciones de hechos— como los enunciados que expresan valoraciones externas al Derecho mismo». A continuación expone correctamente, aunque de manera incompleta, lo que es la pureza metódica de los trabajos de KELSEN: exclusión de enunciados causales y valorativos. Es aquí donde se enfrenta a relatar el «trasfondo» de esta doble exclusión de la pureza metódica kelseniana, que en su opinión consiste de dos características que le parecen inaceptables y que son las siguientes:

a) KELSEN intenta dar una justificación del Derecho, que tiene carácter hobbesiano; y

b) KELSEN sostiene la tesis de la «no posibilidad de fundamentación racional de los juicios de valor».

«La suma de estos dos elementos determina la justificación de un discurso sobre el Derecho que vea éste exclusivamente como orden normativo, que trate de describirlo como tal y que excluya de su horizonte cualquier valoración externa de ese mismo orden normativo».

Ésta es una crítica inaceptable, pues equivaldría a rechazar, *mutatis mutandis*, a la física de NEWTON por no hacer consideraciones sobre la belleza del universo y sobre la conveniencia de que la fuerza gravitatoria sea en razón inversa del cuadrado de la distancia y no de la distancia elevada a la tercera potencia. RUIZ MANERO está en libertad para determinar cuál es el objeto de estudio de sus consideraciones. Puede libremente escoger como problemática de sus disquisiciones un objeto de estudio (debo confesar, algo extraño), constituido por tres elementos: las normas positivas, enunciados causales de hechos (no normativos) y juicios de valor, sobre los dos elementos anteriores. Habría que ver cuáles serían los rendimientos de las disquisiciones relativas. Si no lo interpreto mal, RUIZ MANERO querría construir una disciplina que uniera metódicamente a tres ciencias: a) la sociología de orientación causalista (no normativa); b) una ciencia normativa sobre el Derecho que no fuera iusnaturalista, y c) consideraciones valorativas sobre las dos anteriores. Debo confesar que no logro imaginarme una disciplina teórica con esas características. Por otra parte, la pureza metódica de KELSEN no impide, sino que, por el contrario, *favorece y posibilita* la existencia de la sociología de orientación causal y de la ética o el iusnaturalismo, sólo que las coloca en el orden que racionalmente corresponde. Al deslindar al Derecho de la naturaleza, posibilita la existencia de una sociología jurídica. Dice KELSEN:

«En particular, respecto de una ciencia que se impone como misión indagar las causas y efectos de aquellos sucesos naturales que, interpretados desde las normas jurídicas, se presentan como actos jurídicos. Nada ha de objetarse si se quiere designar tal indagación como sociología, y en especial, como sociología del Derecho [...], consígnase solamente, que di-

cho conocimiento sociológico-jurídico nada tiene que ver con las normas jurídicas como específicos substratos de sentido (*Sinngehalten*), sino con ciertos sucesos considerados sin relación con cualquier norma reconocida o supuesta como válida» (H. KELSEN, *TPD1, La teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941, trad. Jorge G. Tejerina, 35-36).

Simplemente expresado, RUIZ MANERO no acepta lo que dice KELSEN, de considerar a las normas jurídicas como sentidos específicos de ciertos actos, las normas como substratos de sentido, a la manera como la matemática o la geometría se reducen ha elaborar sus axiomas y teoremas inmanentemente, sin hacer consideraciones sociales, valorativas o de cualquier otra índole. Baste resaltar el siguiente texto:

«Importa aquí, ante todo, desligar al Derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la moral. Naturalmente, en manera alguna se niega por esto la exigencia de que el Derecho debe ser moral, es decir, bueno. Compréndese bien esta exigencia; lo que verdaderamente signifique es otra cuestión. Solamente se rechaza la concepción de que el Derecho sea, como tal, parte integrante de la moral [...] Al presentarse al Derecho como dominio parcial de la moral sin elucidar si esto sólo significa la muy comprensible exigencia de que el Derecho deba ser moralmente configurado, o si con ello quiere decirse que el Derecho tiene, como parte integrante de la moral, carácter positivamente moral, procúrase conferir al Derecho aquel valor absoluto que reclama la Moral» (H. KELSEN, *TPD1*, 38).

Con la exigencia de construir una ciencia del Derecho que haga valoraciones, ¿no estamos queriendo justificar, positiva o negativamente, de manera absoluta los órdenes jurídicos respecto de los cuales se hacen esas consideraciones valorativas? ¿No estamos cayendo en el sacerdotal vicio de la predicación? (*cf.* *TPD1*, 42-44).

La tesis de KELSEN no es «una justificación» en sentido alguno y menos aún de una tradición teórica determinada. Es simplemente la determinación honesta y clara de cuál es el objeto de estudio de la jurisprudencia: el Derecho positivo. Esta misma honestidad teórica la tuvo J. AUSTIN en las primeras líneas de su gran *Lectures on Jurisprudence*, donde se preocupó por distinguir al Derecho de todos los otros objetos que se parecen al mismo por diversas características. La de RUIZ MANERO sería una teoría no pura, sino trifronte, la cual no logro imaginármela, pues no se me ocurre cómo se podría, con una sola hipótesis, realizar el sueño teórico de RUIZ MANERO, de hacer una ciencia causal y al mismo tiempo normativa y simultáneamente valorativa. Conforme a KELSEN, una vez determinado qué es y cómo es el Derecho, es correcto preguntarse sociológicamente cómo ha surgido y qué factores lo han determinado, así como sus consecuencias o efectos sociales de su eficacia. Éstos son problemas pertenecientes a una sociología del Derecho, la cual no puede existir si no se tiene un concepto autónomo o puro del Derecho. Hay que tener un pavo para hacer un caldo de pavo. Y sobre el concepto del Derecho se puede preguntar sobre su valor según alguno o varios de los múltiples criterios valorativos que existen o pueden existir. Podría alguien preguntarse sobre el valor del Derecho, o ciertas instituciones jurídicas, conforme a la doctrina ética de PLATÓN o ARISTÓTELES, conforme a epicureísmo, el estoicismo, el eudemonismo, conforme la ética de origen religioso cristiano o mahometano, conforme la doctrina de San Agustín o Santo Tomás o las diversas encíclicas de los papas, así como respecto del utilitarismo, el kantismo y los diversos criterios de justicia que se han expuesto a lo largo de la historia, que el propio KELSEN se ha encargado de estudiar en diversas obras, como en el Apéndice de la *Reine Rechtslehre*, 2.<sup>a</sup> edición.

RUIZ MANERO cree encontrar en KELSEN el «trasfondo» auténtico de su doctrina: «una fundamentación del carácter justificado de un orden coercitivo, que apela, en la mejor tradición hobbesiana, a características permanentes de la naturaleza humana». Debemos enfatizar que KELSEN se atiene estrictamente al dualismo humeano de la separación radical entre los enunciados de *ser* y los de *deber ser*, por lo que simplemente es una imputación incorrecta de RUIZ MANERO pretender encontrar una justificación del orden jurídico en «características permanentes de la naturaleza humana». Las citas que invoca RUIZ MANERO sobre ello se explican por estar refutando tesis de autores que acuden a ese tipo de justificaciones.

KELSEN dice en el prefacio a la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*, de 1934, que en relación con ella, «para poderla combatir no debe reconocerse su verdadera esencia. Es así que los argumentos que se dirigen, no propiamente contra la *Teoría pura del Derecho*, sino contra su imagen engañosa preparada de acuerdo con las necesidades del adversario que fuere, se neutralizan recíprocamente y hacen por esto superflua una referencia» (H. KELSEN, *TPD1*, 20).

Esta tesis de RUIZ MANERO es una deformación de las finalidades fundamentales de la teoría de KELSEN. Quizá valga recordar lo que KELSEN le contestó al jurista argentino C. COSSIO, quien afirmaba que la teoría de KELSEN era solamente lógica, lógica jurídica y no como su autor sostiene, una teoría general del Derecho, pues «los conceptos fundamentales de la ciencia jurídica son funciones de la *Teoría general del Derecho*, y no de la Lógica»; COSSIO llegó a sostener que la imagen que su teoría egológica tenía de la de KELSEN era la correcta, «en tanto que “la de KELSEN sobre la misma teoría es falsa” o, en otras palabras: que COSSIO sabe mejor que KELSEN lo que éste se propone con su *Teoría pura del Derecho*» (H. KELSEN, «Teoría pura del Derecho y teoría egológica», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. III, abril-junio 1953, núm. 10, trad. Eduardo García Maynez, 20). Algo análogo podría decirse en este caso, pues RUIZ MANERO sabe mejor que KELSEN lo que éste se propuso, que no fue una justificación del orden coactivo, de estilo hobbesiano.

Una última consideración sobre las palabras del profesor RUIZ MANERO. Dice que:

«En definitiva, a mi juicio, lo que late en el fondo de la construcción de KELSEN es que un discurso que describa el Derecho como normatividad, y no como algo situado en el plano de los hechos, y que no condicione esa normatividad a la concordancia de sus contenidos con algún patrón de justicia, es un discurso que coadyuva a la operatividad del Derecho como técnica de organización social, como técnica de instauración de orden. Y éste es, a mi juicio, el trasfondo relevante de la “pureza” prescrita por KELSEN para la ciencia jurídica».

Con base en ello, RUIZ MANERO afirma que la empresa kelseniana está dominada por intereses prácticos y no por intereses puramente cognoscitivos, lo que permite «presentar el conjunto de la construcción kelseniana con una mayor coherencia de sentido». Dice que la finalidad de la doctrina pura es la justificación del orden. Considero que no es una lectura correcta de la teoría de KELSEN, que no se corresponde a la realidad, verla como una construcción de carácter práctico cuya finalidad es la justificación de un orden coactivo. La consideración del Derecho como un orden normativo autónomo, independiente de la moral y de las disciplinas causales, no puede considerarse como una justificación de una técnica social. La instauración de un orden no es una finalidad, sino una función de la eficacia de las normas. Las funciones no son finalidades.

En el párrafo transcrito de RUIZ MANERO se implica una tesis puramente iusnaturalista consistente en sostener que el Derecho obtiene su normatividad por su concordancia con criterios de justicia, los que, por lo demás, no especifica. Pudiera ser cualquiera, el del liberalismo democrático o incluso los de la Alemania nazi o de la Unión Soviética, o del régimen de Pol Pot o el castrista. Todos ellos tenían ideas muy claras de lo que consideraban justo. Pero al no especificar RUIZ MANERO cuál es el criterio de justicia que otorga normatividad al Derecho induce a hacer afirmaciones tan drásticas como las acabadas de expresar, que son fórmulas totalmente vacías.

## 2. SEGUNDA PARTE

La segunda parte de su ensayo de crítica a la teoría de KELSEN intenta presentar cuatro problemas que, en su opinión, no puede resolver la teoría pura del Derecho. Ello induce a RUIZ MANERO a pensar que algunas partes de la teoría están muertas, que muestran los fracasos de la teoría y que no proporciona «una imagen adecuada del Derecho». Veremos qué tan muertas están estas partes de la teoría, pero debo adelantar que RUIZ MANERO no proporciona solución alguna a esos problemas planteados.

Debo hacer una observación previa relativa a una expresión que contiene el ensayo de réplica de RUIZ MANERO. Dice que sus observaciones «no pretenden originalidad alguna». La lectura de esta frase la pasé por alto, como si fuera una expresión de modestia teórica o de su convencimiento de lo muerto que está la teoría kelseniana. En realidad, esta expresión contiene un fondo muy claro. Ciertamente, sus acotaciones no pretenden ser originales en modo alguno, por el simple hecho de que ellas están claramente tomadas, a veces de manera textual, del ensayo de HART denominado *Una visita a Kelsen*, donde relata los problemas teóricos que le planteó al profesor vienés en el año de 1961 en la Escuela de Derecho de la Universidad de California en Berkeley. Esto debió advertírmelo el profesor español, para poder deslindar lo que es tomado de HART de lo que es propio de RUIZ MANERO. Vayan los siguientes comentarios dirigidos a refutar tanto al profesor HART como al profesor RUIZ MANERO, en lo que el segundo tomó del primero.

### 2.1. Primera acotación

Dice RUIZ MANERO que la teoría de KELSEN «no mira jamás al mundo de los hechos para elucidar el sentido de las normas». El texto del profesor español parece implicar que el sentido de las normas está determinado por «las actitudes y creencias compartidas por quienes participan en el juego del Derecho». Para ello, pone el caso hipotético de dos normas, una de un impuesto y otro de una multa, y dice que la teoría pura no puede distinguir entre ambos. Es cierto que todos sabemos que la multa de 100 euros por circular en exceso de velocidad es una sanción y que el pago de 10.000 euros por haber obtenido un ingreso de 30.000 euros en un ejercicio fiscal, no lo es. Considera que en los dos casos se está ante una situación que produce desagrado: ambas normas generan una situación «desagradable». Lo desagradable o lo agradable de las dos normas que menciona RUIZ MANERO es completamente indiferente para califi-

car su *status* normativo. Si se atendiera a esos estados de desagrado, no podría diferenciarse la multa del impuesto, que es lo que le imputa a KELSEN. Según RUIZ MANERO, la distinción correspondiente se deriva de las «actitudes compartidas respecto de N1 y N2: a saber, que N1 (la norma que impone la multa) trata de disuadir de la conducta correspondiente y que esto no pasa con N2».

Pongamos un contraejemplo para descartar la virtualidad explicativa de las actitudes. En el mundo contemporáneo, tan complicado y difícil de sobrellevar, con muchas cargas fiscales y requisitos burocráticos, una posible actitud de un contribuyente es la de NO pagar esa cantidad de 10.000 al Estado, con cuya política está radicalmente en desacuerdo y, por tanto, esa obligación de pagar los 10.000 euros intenta disuadirlo de no trabajar tanto ni esforzarse para obtener el ingreso por esa cantidad y, con ello, no pagar los 10.000 euros de impuesto. Esto es para el contribuyente muy desagradable y lo disuade de trabajar y esforzarse. Para este sujeto, como pensaba A. SMITH, el impuesto es un dolor y es disuasivo del trabajo y el esfuerzo para obtener los ingresos, por la contribución que debe hacer a un Estado que abomina. La *actitud* de este sujeto es supremamente indiferente para determinar la cualidad jurídica del impuesto, como obligación o como sanción. Debe existir en las normas jurídicas elementos suficientes para calificar una conducta determinada con un calificativo deóntico, sin tener que acudir a elementos extrínsecos de carácter psicológico o sociológico, pues ello equivaldría a obtener del mundo del *ser* formulaciones lingüísticas de *deber ser*. No es necesario que la norma contenga la expresión «permitido ganar dinero» o «prohibido circular a alta velocidad» para que la ciencia del Derecho positivo pueda determinar que una cierta conducta está permitida y otra conducta prohibida. Éstos son calificativos deónticos que deben obtenerse por el análisis de los contenidos normativos en sus relaciones recíprocas

Para mostrar que no existe problema para diferenciar un impuesto de una multa, entendida como sanción, basta citar las siguientes palabras contenidas en la *Teoría general del Estado* de 1925:

«Tanto a la desarticulación del hecho complejo condicionante como a la unificación de todas las condiciones del acto coactivo definitivo, llégase especialmente valiéndose de la hipótesis auxiliar según la cual debe omitirse la conducta condicionante del acto de coacción. De este modo, lo que en principio no era más que una proposición jurídica, aparece ahora como un enlace de varias de dichas proposiciones, de las cuales sólo la última establece como consecuencia el acto coactivo, al paso que las restantes sólo pueden ser agrupadas en una unidad por relación a ésta. Si alguien ha estipulado un contrato, debe comportarse de arreglo a las cláusulas del mismo; pero si procede de modo contrario a ellas, puede dirigirse contra él un acto de ejecución a instancia de la otra parte. Ahora bien, en virtud de esta última consecuencia específicamente jurídica, aquella norma según la cual debe uno comportarse de acuerdo con lo pactado, constituye una norma jurídica, pero una norma relativamente autónoma, secundaria; y una determinada conducta sólo es contenido de un deber ser jurídico en tanto que la conducta contraria hállase bajo una sanción coactiva, es decir, en tanto que constituye la condición de un acto coactivo» (H. KELSEN, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, 66).

El problema planteado se soluciona con la hipótesis de la norma secundaria y con una descripción completa de los hechos y procesos jurídicos involucrados en cada uno de los casos planteados. Hay muchas diferencias en los dos casos planteados, que lleven a poder distinguirlos con toda claridad. La multa de 100 euros por el exceso de velocidad es el contenido de un acto administrativo o judicial sancionador, en aplicación

de una norma general que así lo establece y que puede ser ejecutada coactivamente. La multa es el contenido del acto del órgano facultado para sancionar, siguiendo un procedimiento específico establecido en las normas procesales que rigen su conducta. Nada de esto acontece con el caso del impuesto. Aquí no interviene acto de órgano del Estado alguno ni se presentan todos los datos que hemos reseñado con anterioridad. Ciertamente, supone una regulación que establece la obligación de no circular a alta velocidad, como una norma secundaria en el sentido de KELSEN. Si se impone una multa por un órgano del Estado en ejercicio de ciertas facultades sancionatorias, el hecho condicionante de ese acto es una infracción o delito. Esta norma contemplada desde la perspectiva de los intereses de los súbditos, se expresa con el concepto de la obligación, establecida por la norma secundaria. No aparece tal norma secundaria en el caso de la obligación de pago del impuesto sobre la renta, que, además, no es el contenido de una decisión de un órgano del Estado, sino la determinación del impuesto lo hace el propio causante al presentar su declaración anual, por el sistema de autocalificación fiscal que rige en casi todo el mundo.

Debe observarse que las dos normas de RUIZ MANERO están presentadas de manera totalmente aislada de todas las demás disposiciones del orden jurídico en cuestión, aislamiento que produce la impresión de indistinción entre el impuesto y la multa.

Después de la redacción de los párrafos anteriores, me di cuenta que el ejemplo puesto por RUIZ MANERO es la repetición textual del problema que HART discutió con KELSEN en su visita que le hizo en el año de 1961. Dice HART:

«[...] es imposible distinguir una ley penal que castiga una conducta con una multa de una ley del impuesto sobre la renta que grava ciertas actividades» (H. L. A. HART, *Una visita a Kelsen, Cuadernos de Crítica*, núm. 4, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1977, trad. Javier Esquivel, 23).

HART, con su tendencia a sociologizar los problemas normativos, dice que «[...] habría que salir fuera de los límites de la definición jurídica con objeto de determinar cuándo un pago coactivo de dinero es una sanción y cuándo no. Posiblemente sea una sanción cuando se intente o se asuma como un castigo para desalentar “conducta socialmente indeseada” a la cual se le vincula» (HART, *op. cit.*, 23), que es lo que imagino que piensa RUIZ MANERO. Pero, ¿quién y cuándo desea que se realice esa conducta, por ejemplo, tratándose de una ley o un reglamento de tránsito expedido veinte años atrás? En este caso, ¿cómo puede afirmarse que alguien desea que las personas no manejen sus vehículos a alta velocidad, sin analizar la estructura y funciones de todas las normas que intervienen en la imposición de una multa? Simplemente dicho, no hay dato alguno sobre los deseos del legislador, sobre todo si se trata de una ley que fue expedida por un cuerpo legislativo bicameral compuesto por cerca de 750 miembros.

## 2.2. Segunda acotación

En esta acotación RUIZ MANERO se dirige contra la tesis de KELSEN, presentada desde los *Hauptprobleme* de 1911, que al desechar la concepción imperativa de las normas jurídicas, concluye que los enunciados descriptivos de ellas deben ser enunciados hipotéticos, cuya estructura más simple es «Si A es, debe ser B», donde B es una

descripción de un acto coactivo. Ello, con base en el concepto del Derecho como un orden coactivo de la conducta humana. HART crítica la posición teórica asumida por KELSEN, con la cual está de acuerdo el profesor RUIZ MANERO, de pretender determinar los conceptos deónticos del Derecho ateniéndose al análisis de los contenidos de las normas que integran un orden jurídico, considerado como un orden coactivo de la conducta humana y proponiendo que la estructura generalísima y esquemática de las proposiciones jurídicas es la de «Si A es, debe ser B». Esta posición debe entenderse como la comprensible consistencia del pensamiento de KELSEN de considerar la coactividad y, por tanto, la dinamicidad del orden jurídico, como las características esenciales del Derecho.

Esto condiciona la tesis que la norma primaria o coactiva se dirija fundamentalmente al órgano del Estado facultado para imponer la sanción y ejercer el acto de coacción. Pero dice RUIZ MANERO que esto le impide «ver como antinómicas normas que todo el mundo consideraría como tales». Para sustentar esta afirmación cita un párrafo de MONTESQUIEU referente al emperador romano Calígula, y reconoce que no hay contradicción, lógicamente hablando, entre las normas emitidas por el emperador Calígula, pues si las normas son coactivas y su contenido es la imposición de sanciones, «no hay obviamente antinomia alguna», dice RUIZ MANERO. Su objeción es refutada por el propio RUIZ MANERO. Lo que está de trasfondo de su objeción es el rechazo, su no aceptación, al concepto de que el Derecho sea un orden coactivo. Este rechazo determina que también RUIZ MANERO vea, lo que todos ven, como una contradicción entre las normas de Calígula. Lo que no especifica es que la antinomia tiene carácter *teleológico*. El propio KELSEN así lo reconoce en TPD2, con las siguientes palabras:

«De ahí resulta que, dentro de semejante orden normativo, una y la misma conducta puede ser, en este sentido, “obligatoria” y simultáneamente “prohibida”, y que esta situación puede ser descrita sin contradicción lógica. Los dos enunciados: “A es debido” y “A no es debido” se excluyen recíprocamente; [...] Ambas no pueden al mismo tiempo ser acatadas o aplicadas. Pero los dos enunciados siguientes: “si A se produce, entonces X es debido”, y “si se produce no A, entonces X es debido”, no se excluyen recíprocamente, y, por ende, las dos normas que mediante ellos se formulan pueden tener validez al mismo tiempo. Ambas normas —las dos normas que establecen el deber de sancionar— pueden tener validez paralelamente y ser de hecho aplicadas, puesto que no se contradicen, es decir, puesto que pueden ser formuladas sin contradicción lógica. Sólo que en esas dos normas se expresan dos tendencias políticas entre sí contrapuestas; no, por cierto, una contradicción lógica, pero sí un conflicto teleológico. Esta situación es posible, aunque sea políticamente insatisfactoria» [H. KELSEN, TPD2, *Teoría pura del Derecho* (2.<sup>a</sup> ed., 1960), trad. R. J. Verengo, México, UNAM, 1982, 39-40].

No es cierto que la función de las normas como guías de la conducta de la gente se haya «evaporado», sino que se presenta una situación en que la conducta y su omisión debe ser sancionada y ello permitiría a la gente deshacerse de emperadores tan desquiciados como Calígula.

### 2.3. Tercera acotación

Esta tercera acotación del profesor español no tiene su contrapartida en el texto de HART. Tiene razón RUIZ MANERO cuando pretende criticar, junto con otros mu-

chos autores, incluido yo mismo, la famosa «cláusula alternativa tácita». Tal como está formulada por KELSEN es inaceptable, pero hay que analizar cuál era el problema que intentaba describir y explicar y las bases conceptuales que utilizó para hacerlo. Ello lo llevó a formular la tesis que se critica, en un esfuerzo heroico dentro de la teoría. Tendré que examinar con detalle la tesis y la solución que yo propongo al problema planteado, con base en los conceptos de la teoría pura del Derecho.

A partir del concepto del orden dinámico, tenemos una norma fundamental que establece los procesos de creación y los contenidos de las normas subsiguientes o de grado inferior, hasta llegar a las más individualizadas que ya establecen únicamente derechos y obligaciones o sanciones concretas.

El número de normas es un número finito. No es necesario entrar al análisis de la discutida tesis de KELSEN sobre la norma fundante básica, pues no es tocada en su réplica por J. RUIZ MANERO. Pero, en mi opinión, la tesis de la cláusula alternativa tácita es una idea heroica de KELSEN para tratar un problema verdaderamente grave, no descrito por la teoría jurídica, ni explicado satisfactoriamente. Parte KELSEN de una idea relativamente simple: validez de una norma es su existencia específica y una norma es válida cuando ha sido creada conforme a la norma superior que establece su proceso de creación y su contenido. Para señalarlo en una fórmula que presente de manera conspicua el problema y que pueda recordarse con facilidad: *validez* igual a *existencia* igual a *regularidad*, *i. e.*,  $Val=Ex=Reg$ . KELSEN identifica la existencia de la norma con su validez y la validez con su regularidad. Este último concepto se refiere a que la norma no esté en contradicción con la norma que le sirve de fundamento.

Y entonces hace su aparición el gravísimo problema de las *normas irregulares*. Una ley inconstitucional, una sentencia ilegal, un contrato ilegal, etc., son normas irregulares, lo que significa que hay contradicciones normativas entre la norma inferior y la norma superior que le sirve de fundamento.

Dice KELSEN que la afirmación de que una ley válida es inconstitucional constituye un «*contradictio in adjecto*», es decir, una contradicción en sí misma, puesto que una ley sólo puede ser válida si es regular, si está fundada en la Constitución. Si hay alguna razón para suponer que una ley es válida, el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución. De una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico. Sería tanto como enunciar la juridicidad de lo inexistente.

Con estos supuestos conceptuales hace su aparición un dilema espantoso, un toro con cuernos, como diría NIETZSCHE, el cual debió haberle preocupado intensamente por una simple razón: él fue el creador del Tribunal Constitucional austriaco y fue también relator permanente de dicho Tribunal y en éste se estudiaban fundamentalmente problemas de inconstitucionalidad de leyes.

Entonces, ¿cómo se explica una ley inconstitucional? Una ley inconstitucional, conforme a las definiciones de KELSEN dadas más arriba, es una ley que no existe, es la inexistencia de la ley. ¿Por qué?, porque es inválida por ser irregular y si es inválida, entonces, es inexistente. Pero no puede negarse que hay normas existentes, válidas por tanto, conforme a las definiciones, pero irregulares, pues pueden ser impugnadas ante

los tribunales constitucionales y puede eventualmente dictarse sentencia considerándola irregular y, en consecuencia, ser derogadas para el caso individual concreto o de manera general.

KELSEN se propuso sostener a ultranza la ausencia de contradicción de normas y entonces inventó lo que se llama la «cláusula alternativa tácita», que es un golpe mortal a su teoría, si no se entiende lo que quiso solucionar con esta tesis. En su base hay hechos irrefutables, mal explicados con la tesis que se comenta. Voy a transcribir un párrafo de la *Teoría pura del Derecho* de 1934, donde expone por primera vez esta tesis de la cláusula alternativa tácita. Dice:

«Si es posible una ley inconstitucional, es decir, una ley válida que contradice las prescripciones de la Constitución vigente, bien por el modo de haberse aprobado, bien por su contenido, ese estado de cosas no puede interpretarse sino de este modo. Que la Constitución no sólo quiere la validez de la ley constitucional, sino también, en cierto sentido, la validez de la ley inconstitucional. De otra manera no podría hablarse de una validez de la última. El que la Constitución quiera también la validez de la llamada ley inconstitucional, surge del hecho de que ella prescribe no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma determinada, y que deben tener o no tener un contenido determinado, sino también de que en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita, o tener otro contenido que el prescrito, de ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta en tanto sea anulada por una instancia destinada para ello, acaso por un Tribunal Constitucional en un procedimiento regulado por la Constitución» (H. KELSEN, *TPD1*, 121).

Y aquí se presenta la tesis de la «cláusula alternativa tácita»:

«[...] las prescripciones concernientes a la legislación ofrecen, de acuerdo con esto, el carácter de prescripciones alternativas, en las que no se atribuye el mismo valor, sin embargo, entre ambos miembros de la alternativa, la diferenciación tiene lugar en el sentido de una descalificación de la segunda alternativa frente a la primera» (*ibid.*).

En otros términos, las normas constitucionales (no sólo ellas), por ejemplo, tienen el carácter de prescripciones alternativas. Para utilizar su terminología, las normas constitucionales «quieren» la validez de la norma que se crea siguiendo el procedimiento establecido y con el contenido prescrito, pero también «quieren» la validez de la norma que se crea sin seguir el procedimiento y contradiciendo el contenido establecido. Con esto, así expresada la tesis, las normas superiores pierden carácter normativo, porque se convierten en tautologías: A o no A, con este procedimiento o sin este procedimiento. Y A o no A, ni dice, ni regula nada, destruye totalmente la normatividad. Lo que KELSEN estaba haciendo era salvar la identidad conceptual entre existencia, validez y regularidad. ¿Por qué? Consideremos que una ley es constitucional. Tenemos, en primer término, la Constitución. Se dicta la ley, se ha seguido el procedimiento y tiene el contenido correspondiente, es un sistema unitario. Ahora, la ley es inconstitucional: nos encontramos en la otra alternativa, y también es unitaria, porque la norma existe y por la identidad indicada, es válida y, por tanto, regular. La teoría de la «cláusula alternativa tácita» tiene por función conservar la idea de que el Derecho es un sistema unitario de normas, pero el esfuerzo gigantesco por establecer esta tesis de que el Derecho es un sistema unitario de normas, lo llevó a destruir la normatividad de las normas. ¿Dónde está el problema? A mi modo de ver, el problema se encuentra en la identificación de existencia, validez y regularidad.

No son, o no deben ser, el mismo concepto. Considero que deben distinguirse los conceptos. Uno es la existencia de la norma, otro concepto distinto es su validez y otro su regularidad.

Si se distingue la existencia de la validez por notas o características distintas, entonces pueden existir normas que sean válidas o que no sean válidas y pueden existir normas válidas regulares e irregulares.

Yo visualizo el problema de la siguiente manera: para mí la *existencia* de una norma es la relación entre el acto o proceso de producción de la norma y la norma misma. Si hay un acto de producción de la norma y la norma, se puede decir que la norma existe. Ahora, para continuar, hay que representarse un acto o proceso y la norma creada y luego otro acto y otra norma,  $a_1(n_1) - a_2(n_2)$ . No hay, ni puede haber entre dos normas y sus actos de producción más que las siguientes tres relaciones, la del acto y la norma, que sería la *existencia* de la norma,  $R_1(a_1, n_1)$ ; la relación de la norma primera y el acto que la ejecuta,  $R_2(n_1, a_2)$ , podríamos llamarla *validez* de la norma, y la relación entre la segunda norma con su acto de creación y la primera norma,  $R_3(a_2(n_2), n_1)$ , podemos llamarla *regularidad*.

Si se distinguen de esta manera se puede explicar el problema correspondiente. KELSEN se apartó de su teoría del orden dinámico de normas, por este motivo. Él afirma una ley inconstitucional es un *contradictio in adjecto* e inventa la cláusula alternativa tácita y no consideró que la constitucionalidad o la inconstitucionalidad tiene que estar establecida positivamente; no está dada *a priori* la constitucionalidad o la inconstitucionalidad. Si se emite una ley, por  $R_1$  puede afirmarse que existe. Entonces, puede hacerse, con toda corrección conceptual, la siguiente pregunta: ¿esta ley es constitucional o inconstitucional? Lo único que podemos decir es que no lo sabemos, que algunos piensan que es constitucional y otros piensan que no lo es. Maestros eméritos de la Facultad de Derecho de México o de Alicante y profesores de Economía de Harvard piensan que es constitucional y otros que es inconstitucional. Lo que sí puede afirmarse es que es una norma existente, pues puede comprobarse empíricamente los actos o procesos de su producción y podría ser constitucional o inconstitucional y además puede impugnarse con una acción de constitucional ante el tribunal encargado de controlar la constitucionalidad de las leyes.

*La constitucionalidad o inconstitucionalidad no está dada a priori*, sino que tiene que estar establecida positivamente por el órgano o autoridad competente para conocer de la regularidad de las normas generales: en el caso de México, esto lo hace positivamente el Poder Judicial de la Federación. Supongo que en España el Tribunal Constitucional.

Los problemas que he mencionado respecto de la llamada «ley inconstitucional» surgen y hacen acto de presencia en el momento en que se considera que la constitucionalidad o inconstitucionalidad está dada *a priori*, es decir, desde el momento en que la ley entra en vigor. Para resolver el problema debe aplicarse el concepto del orden dinámico, el concepto de la progresiva constitución de situaciones jurídicas y creación de normas. La constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto o de una norma tiene que ser la materia o el contenido específico de un acto jurídico, de una norma o de un acto creador de una norma específica cuya materia sea ésta. Pero no puede afir-

marse *a priori* la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, pues de hacerlo se cae en los problemas de la *contradictio in adjecto* de las leyes inválidas.

Existe la ley, sí, pero está indeterminado, es una incógnita, si es constitucional o no, e incluso llegando a la Suprema Corte de Justicia, algunos ministros piensan que es constitucional y otros que no lo es, por la votación mayoritaria. Pero antes de que esté determinado positivamente de manera dinámica, no puede afirmarse su constitucionalidad o inconstitucionalidad, por más que eso sea sostenido por los más sabios e ilustres maestros y juristas.

Creo que en las afirmaciones de KELSEN que se han expuesto no se hizo una aplicación del concepto del orden dinámico de normas y de la progresiva constitución de situaciones jurídicas. Pero cuando se trata de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o norma general hizo a un lado esta función creadora del orden dinámico de normas y por eso tuvo que inventar la «cláusula alternativa tácita», para explicar el hecho de que una norma que se califica de irregular pueda ser impugnada ante los tribunales constitucionales, si se toma en cuenta la identificación de los conceptos de existencia, validez y regularidad.

#### 2.4. Cuarta acotación

Dice RUIZ MANERO que la pretensión kelseniana sobre su modelo de ciencia jurídica fracasa en proporcionar una «descripción neutral del Derecho». Continúa diciendo, para explicitar su objeción, que «los extraños “enunciados descriptivos de deber ser” que, de acuerdo con KELSEN, serán los propios de la ciencia jurídica, son, en último término, indistinguibles de enunciados normativos plenos que reiteren el deber ser contenido en las normas». Afirma RUIZ MANERO que KELSEN no quiso entender la distinción, que HART le presentó, entre el «uso» y la «mención» de los términos jurídicos, en el famoso encuentro relatado por el propio autor inglés. Con lo que concluye esta acotación, afirmando:

«Pero siendo así las cosas, los enunciados de la ciencia jurídica no hacen sino reiterar las prescripciones contenidas en las normas, y el programa descriptivista de KELSEN puede considerarse fallido».

No puedo estar de acuerdo con estas afirmaciones. Debo, sin embargo, reconocer que la ciencia jurídica utiliza términos con intención descriptiva y que muchos de dichos términos también son utilizados por el legislador y los órganos jurídicos en el contenido de sus normas. Pero el uso de términos iguales tienen una función radicalmente diferente cuando son el contenido de las normas positivas de cuando son usados por el jurista, el llamado científico del Derecho.

Antes de entrar de lleno en la refutación de esta cuarta acotación, es necesario aclarar que el propio HART en el ensayo citado por RUIZ MANERO concede que su objeción a KELSEN era infundada y que KELSEN tenía razón en el uso de los términos deónticos descriptivos (*cf.* HART, «Kelsen visited» en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 293; 16 en la traducción al español de este ensayo, citada *supra*), en donde expresamente concede que KELSEN estaba en lo correcto y que la distinción entre uso y mención era muy burda (*to crude*). Esto no lo dice RUIZ MANERO, por ello quiero enfatizarlo. En un momento en el diálogo con HART, KELSEN

hace una observación muy interesante: el jurista no menciona los términos usados en el lenguaje del Derecho y en este lenguaje no los usa en la formulación de sus normas. «They are a jurist's statements *about* law, not legislative pronouncements *of* law» (HART, *op. cit.*, 290).

Desde el año de 1934, en su *TPD1*, KELSEN hace una observación que no reproduce en la segunda edición de la obra, pero que es conveniente reproducir brevemente:

«Es cierto que el acto —en tanto se exprese por palabras habladas o escritas— puede enunciar algo sobre su significación, denunciar su sentido propio. Es más, en esto estriba una singular particularidad del material dado al conocimiento social y al jurídico en especial. Una planta no puede comunicar nada sobre sí misma al investigador que la califica científicamente; no hace tentativa alguna de explicarse en forma científica. Un hecho social, empero, puede muy bien llevar consigo una explicación de sí mismo, es decir, un enunciado sobre lo que significa... Pues el hombre que realiza el acto, liga él mismo a su acto un determinado sentido que se traduce en alguna forma y que es comprendido por otros a quienes el acto se dirige» (H. KELSEN, *TPD1*, 28).

KELSEN ha reiterado su explicación de que el *deber ser* (*sollen*) es el término que utiliza para exponer el significado de actos de mandato.

«Con “norma” se designa que un ser o un acontecer deben ser; en especial que un hombre debe comportarse de cierta manera. Éste es el sentido que ciertos actos humanos tienen, dirigidos intencionalmente a la conducta de otros. Están dirigidas intencionalmente a la conducta de otros cuando, conforme a su sentido, cuando este comportamiento es mandado (ordenado), pero también cuando es permitido y especialmente cuando está facultado (*ermächtigen*), es decir, cuando se otorga a los otros un cierto poder, en especial, el poder de crear él mismo normas» (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, 4) (ésta es traducción del autor directamente de la edición en alemán).

Debe hacerse una observación para que el sentido de la teoría de KELSEN quede claro. Dice KELSEN que con el término *deber ser* (*sollen*) se expresa el sentido de aquellos enunciados que permiten, ordenan, facultan y prohíben ciertas conductas. ¿Cómo es esto posible? Muy sencillo: la proposición jurídica tiene la estructura de un enunciado hipotético o condicional que en muchas de sus obras KELSEN lo expresa de la siguiente manera: Si A es, *debe ser* (*sollen*) B, donde B está por una sanción coactiva. De este enunciado KELSEN elabora los conceptos de sanción, de prohibición, de obligación (deber: en el sentido de *pflicht*, no de *sollen*), de permisión, de facultad. Este sentido de *deber ser* jamás es usado por el lenguaje de las normas del Derecho. Y si como KELSEN ha observado, es característica de los actos sociales expresar su sentido, es muy posible que el lenguaje del Derecho use la palabra «deber» u «obligación» y, sin embargo, el enunciado jurisprudencial tenga que negar que el uso de esa palabra sea erróneo. Piénsese en el siguiente caso: un legislador queriendo enfatizar el sentido de sus normas dice que la conducta A es obligatoria y, sin embargo, olvida establecer como consecuencia jurídica a su no ejecución la sanción correspondiente. La jurisprudencia tendría que decir que dicha norma que contiene la autorreferencia de establecer una obligación, en realidad no lo ha hecho y que esa expresión es solamente una manifestación errónea de un legislador incompetente. El lenguaje de la ciencia del Derecho no reproduce al lenguaje de su objeto, el Derecho positivo.

Por otra parte, no puede existir la reproducción de la que habla RUIZ MANERO por la sencilla razón de que el lenguaje de la jurisprudencia no tiene por función generar

obligaciones, otorgar derechos subjetivos, imponer sanciones, etc., a pesar de que el lenguaje en que esté formulada la norma jurídica así lo diga, pues tiene una función radicalmente distinta del mismo lenguaje empleado por la ciencia del Derecho. El lenguaje de la ciencia del Derecho se refiere a las funciones inmanentes de las normas jurídicas y si, eventualmente, usan los mismos términos, no se trata de una reproducción, pues entonces tendrían las mismas funciones del lenguaje normativo, lo que de ninguna manera acontece. La ciencia del Derecho usa términos deónticos para expresar las relaciones de los contenidos de las normas, no para establecer funciones o creación de situaciones normativas. Creo que esto es claro para todo el mundo y no creo que sea necesario enfatizar estas diferencias.

En la formulación de las normas no es necesario utilizar términos deónticos, sin que ello impida que un cierto contenido, formulado en cualquier inflexión sintáctica, sea descrito como una obligación, una prohibición, una sanción o una facultad. Una norma constitucional puede ser del tenor siguiente: «El Parlamento puede obligatoriamente emitir leyes en las siguientes materias:...». Una norma formulada en estos términos es descrita por la ciencia jurídica diciendo que esa norma establece la facultad legislativa del Parlamento y determinar, adicionalmente, que esa facultad no constituye una obligación, o no es de ejercicio obligatorio, pues ninguna sanción se debe producir en caso de que no legisle en cierta materia. No habría órgano ni sanción alguna establecida en el orden jurídico correspondiente.

En la última parte de su ensayo se contienen muchas expresiones que yo suscribiría respecto de la importancia de la teoría de KELSEN. Pero en ella, RUIZ MANERO propone un proyecto de construcción de la teoría jurídica que ya expresó anteriormente: una teoría normativa, causal y justificatoria. Dice:

«(Teorías) que nos permitirían unir argumentativamente en nuestra reflexión análisis conceptuales, examen de normas positivas, cuestiones de la teoría de la justicia y cuestiones de diseño institucional».

Dice RUIZ MANERO que hay «que distanciarse fuertemente de KELSEN», por el hecho de que no puede ser adecuada una teoría que «considera que el concepto de razón práctica es autocontradictorio», lo que no puede funcionar para el Derecho del Estado constitucional.

«Y si una teoría jurídica adecuada para el Derecho del Estado constitucional debe estar abierta a la teoría moral, también debe estarlo a las ciencias sociales».

En tiempos recientes se ha enfatizado demasiado lo que diversos autores consideran la novedad jurídica de finales del siglo XX y principios del XXI del Estado constitucional y de los principios contenidos en sus constituciones. A los juristas les cuesta mucho trabajo considerar que esos llamados «principios jurídicos» en las constituciones son normas jurídicas con contenidos generalísimos y no definidos. Todo lo que se diga al respecto no son otra cosa que posibles interpretaciones de términos vagos hechas por los juristas, para influir en las decisiones de los órganos del Estado, proponiendo el sentido de esas expresiones. Pero lo que no hacen, lo que se omite, es determinar cuáles son las funciones normativas de tales principios y cómo esas expresiones generalísimas permiten a los jueces incurrir en «discreción judicial irrestricta» y son una puerta abierta a justificar ciertas decisiones con base en criterios subjetivos de moralidad y conveniencia política. Para ello, han creado teorías de la argumentación

moral y jurídica. Pero para el positivismo, no hay novedad alguna en considerar la fundamentación de las decisiones judiciales, incluso como una obligación, pero esas formulaciones generalísimas no son válidas por su corrección moral (¿cuál moral?). La corrección moral de una decisión muy bien argumentada no proporciona validez normativa alguna, pues ello implicaría suponer que una moral subjetiva es el origen de la normatividad jurídica. Con ello, no se niega que el legislador, de hecho, procede con base en criterios morales y de otra índole (sociológicos, económicos, etc.) para dotar a sus normas de ciertos contenidos, pero una vez emitida la ley, el órgano aplicador de la misma debe interpretar su sentido y proceder a su aplicación, pues es un órgano jurídico. Estas consideraciones no pueden conducir a la afirmación, que HART le imputa a KELSEN, de que «parece excluir la posibilidad de una crítica moral del Derecho», sino que, por el contrario, la fomenta, la posibilita y la coloca en su sitio adecuado. Ya más arriba pudimos transcribir un párrafo de KELSEN sobre los criterios de la moralidad y su función crítica.

La propuesta de RUIZ MANERO es interesante y espero con expectación sus resultados.

**EN TORNO AL RAZONAMIENTO  
JURÍDICO**

*ON LEGAL REASONING*



# ARGUMENTACIÓN E INTERPRETACIÓN EN EL DERECHO \*

Neil MacCormick

*Universidad de Edimburgo*

**RESUMEN.** El autor parte de una breve elucidación del concepto de «argumentación», a través de una explicación más amplia de las razones substantivas en la argumentación práctica pura y la argumentación institucional que aplica «razones autoritativas» como fundamento para las decisiones jurídicas, hacia una explicación inicial de la naturaleza y ubicación del razonamiento interpretativo jurídico. Seguidamente explora las tres principales categorías de los argumentos interpretativos, los argumentos lingüísticos, los argumentos sistémicos y los argumentos teleológicos/deontológicos, y examina el problema de los conflictos de interpretación y su resolución. Su conclusión es que la argumentación jurídica es sólo parcialmente autónoma, dado que tiene que ser integrada dentro de elementos más amplios de la argumentación práctica.

**Palabras clave:** N. MACCORMICK, argumentación práctica, argumentación institucional, razones autoritativas, razonamiento jurídico interpretativo, argumentos lingüísticos, argumentos sistémicos, argumentos teleológicos/deontológicos.

**ABSTRACT.** The author proceeds from a brief elucidation of the concept of «argumentation» through a more extended account of substantive reasons in pure practical argumentation and of institutional arguments applying «authority reasons» as grounds for legal decisions to an initial account of nature and place of legal interpretative reasoning. Then he explores the three mains categories of interpretative arguments, linguistic, systemic and teleological/deontological arguments, and he examines the problem of conflicts of interpretation and their resolution. His conclusion is that legal argumentation is only partly autonomous since it must be embedded within wider elements of practical argumentation.

**Keywords:** N. MACCORMICK, practical argumentation, institutional argumentation, authoritative reasons, legal interpretative reasoning, linguistic argument, systemic argument, teleological/deontological arguments.

---

\* Fecha de recepción: 15 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2011.

**E**ste escrito ofrece un desafío a las teorías de la autonomía del Derecho y, en consecuencia, se opone a la idea de moda de considerar al Derecho como un «sistema autopoiético». La interpretación es, como todos acuerdan, una actividad omnipresente en el Derecho. Pero ¿qué es interpretación? De acuerdo con el presente enfoque se trata de una forma particular de argumentación práctica en el Derecho, en la cual se arguye acerca de una comprensión de los textos o materiales autoritativos como una clase especial de razón (justificativa) de las decisiones judiciales. De ahí que la interpretación jurídica deba ser entendida dentro del marco de una explicación de la argumentación, en particular, de la argumentación práctica. En este marco, resulta que la interpretación únicamente puede ser una parte de la argumentación jurídica y sólo puede ser elucidada en el panorama más amplio de la normatividad constitucional y la teoría política, que a su vez pertenecen a la perspectiva más vasta de la argumentación práctica.

## 1. ARGUMENTACIÓN

La argumentación es la actividad de formular argumentos a favor o en contra de algo. Esto se puede hacer en contextos especulativos o prácticos. En cuestiones puramente especulativas, se aducen argumentos a favor o en contra de una creencia sobre lo que se considera verdadero. En contextos prácticos, se aducen argumentos que pueden ser, o razones en contra o a favor de hacer algo, o razones para sostener una opinión sobre lo que debe, podría o puede hacerse. En el presente artículo me ocupo de la argumentación práctica y los argumentos prácticos.

## 2. ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA PURA: RAZONES SUSTANTIVAS

Si consideramos lo que podríamos denominar argumentación práctica pura, fuera de cualquier escenario institucional, ¿podríamos decir algo sobre qué tipos básicos de argumentos es posible crear? La respuesta es casi trivial, ciertamente trillada. Hay dos posibilidades ampliamente reconocidas (aunque en la sección V añadiré una tercera): la argumentación teleológica y la argumentación deontológica.

Un tipo de razón para actuar o no actuar de determinada forma deriva de lo que ese actuar o no actuar ocasionará. Éste es el razonamiento teleológico. Todo razonamiento teleológico presupone alguna evaluación. El hecho de que ocasionar  $x$  es una buena razón para hacer  $a$  (que ocasiona  $x$ ) presupone que  $x$  tiene algún valor positivo. Como los juicios de valor son cuestionables en sí mismos, reconocemos algún valor a la argumentación axiológica dando razones para el valor adscrito a  $x$ . Pero algunos de tales argumentos deben tomarse como finales, apelando a valores últimos que no requieren justificación ulterior. Ya sea que los valores finales estén fundados objetiva o subjetivamente, todos los razonamientos axiológicos y también los teleológicos deben detenerse en algún valor  $x$  que se ha admitido o aprehendido como autoevidente.

El razonamiento deontológico apela a los principios de lo correcto y lo incorrecto, principios sobre lo que debe o no debe hacerse, donde estos principios en sí mismos son asumidos como finales, y no como derivados de alguna forma de razonamiento te-

leológico. Es por supuesto controvertido en el más profundo nivel meta-ético si existe o no algún principio que no sea derivado de lo correcto, o si lo correcto siempre depende de lo bueno. Y por el contrario, puede discutirse en todo caso si nuestro sentido de lo que es bueno (como en efecto señalaba KANT) es derivado o no de nuestra aprehensión de lo correcto. Pero esto no tiene que resolverse aquí. Nos concierne ahora la fenomenología de la argumentación más que su ontología última y está claro que algunas veces las personas arguyen a favor de un curso de acción porque es lo correcto sin considerar las consecuencias, es decir, argumentando deontológicamente; mientras que hay otras ocasiones en que se argumenta a favor de un curso de acción fundándose en el valor de las consecuencias de esa forma de actuar, es decir, argumentando teleológicamente.

R. SUMMERS ha propuesto el término «razones de sustancia» o «razones sustantivas» para aquellas razones que tienen valor práctico independientemente de su autoridad. Él divide lo que aquí llamamos argumentos teleológicos y deontológicos en «razones de objetivo» [*goal reasons*] y «razones de lo correcto» [*rightness reasons*]. Yo le seguiré en el uso del término «razón sustantiva», pero conservaré la terminología filosófica tradicional de «teleología» y «deontología» donde él habla de «objetivos» y de «corrección» (SUMMERS, 1978).

### 3. ARGUMENTACIÓN INSTITUCIONAL: RAZONES AUTORITATIVAS

Las anteriores podrían ser los únicas clases disponibles de argumentación práctica pura, abstraídas de cualquier escenario institucional. Pero, de hecho, la mayoría de la argumentación práctica se lleva a cabo en un escenario institucional. Y en tal escenario es común hacer uso de una clase diferente de razón según la cual las cosas deben (o no) hacerse, a la que SUMMERS (1978) ha dado el nombre de «razón autoritativa». El hecho de que una acción de cierta clase sea requerida de acuerdo con alguna decisión o mandato o instrucción expedida por alguien en un escenario apropiado puede contar como un argumento a favor de actuar de conformidad con este requerimiento. Tal razón, que consideramos como tal en virtud de la autoridad de su fuente, es una «razón autoritativa». El Derecho es un escenario obvio y destacado en el que tales razones son regularmente expuestas en la argumentación. Si la legislatura ha promulgado una norma estableciendo que los pasajeros de los automóviles utilicen cinturón de seguridad o que nadie puede pescar en aguas territoriales si no es un ciudadano del Estado costero, entonces estas normas constituyen, desde el punto de vista jurídico, una razón para usar el cinturón de seguridad o una razón para que a determinadas personas no se les permita pescar en determinadas aguas.

Algunas veces nos podríamos inclinar a pensar que sólo las razones autoritativas son las aceptables en la creación de la decisión judicial. Podemos entender que las doctrinas del *rule of law* y de la separación de los poderes se combinan para respaldar la tesis de que quienes toman las decisiones jurídicas en litigio deben actuar basándose en decisiones legislativas previas, y no deben añadir nada de su propio discernimiento a las decisiones tomadas por el legislador.

De acuerdo con la mayoría de las opiniones contemporáneas, esta visión es muy restrictiva; no obstante, los primeros desarrollos clásicos de ese modelo no debilitan tanto la pretensión de que las razones autoritativas sean las únicas que fundamenten

las decisiones judiciales. Para algunos se puede expandir la lista de razones operativas en derecho para incluir al precedente, a la doctrina y a la costumbre; pero seguiría ocurriendo que, en algún momento, el argumento esencial a favor en contra de tomar la decisión sería que la misma es exigida (o excluida) de acuerdo con alguna de tales fuentes autoritativas.

Sin embargo, es falaz —quizás podríamos llamar a esto la «falacia positivista»— sostener que los argumentos de las razones autoritativas, incluso en un sentido amplio, son los únicos argumentos en derecho. Como veremos, esto no es verdad. La verdad se sostiene con una proposición significativamente más débil, a saber, que la argumentación jurídica no puede proceder nunca sin ningún fundamento en algún argumento de autoridad. Los argumentos de autoridad tienen un lugar especial en el derecho, aunque no uno exclusivo. Esto es así porque el derecho en su naturaleza misma constituye un conjunto común y autoritativo de normas para alguna comunidad o grupo. Una característica del derecho es que, donde existe, organiza un tipo de razonamiento en cuestiones prácticas. Este tipo especial de razonamiento es aquel que abandona cualquier deliberación general y abstracta sobre lo que sería mejor o correcto —considerando todos los factores— hacer en un contexto dado. Cuando se apela al derecho, no se consideran todos los factores. Más bien, se consideran los requerimientos del derecho (y, quizás, las facultades y permisos) y la decisión se enfoca en la aplicación de estos requerimientos o «normas» en un sentido más general.

La omnipresencia de las razones autoritativas en la argumentación jurídica no es, sin embargo, independiente de las razones sustantivas. Que alguien tenga autoridad significa que ese alguien tiene un derecho a ser obedecido; donde existe autoridad ejercida legítimamente la desobediencia es incorrecta *prima facie*. A pesar de las teorías de la autopoiesis y autorreferencialidad, las razones en las que se fundan las demandas de autoridad no pueden ser en sí mismas razones autoritativas. En última instancia, para hacer inteligible (por no decir aceptable) cualquier pretensión de autoridad, debe intervenir o el razonamiento deontológico o el razonamiento teleológico, o ambos. La autoridad tiene que estar fundamentada o en lo correcto de cumplir determinadas normas promulgadas o evolucionadas de cierta manera, o en valores (quizás, paz y orden público) asegurados por tal cumplimiento. Y, presuntamente, la justificación de las normas expedidas por las autoridades debe fundarse en términos de su corrección (justicia) o del bien que acarrearán. Incluso donde la corrección del uso de las razones autoritativas (o el valor asegurado por el respeto de éstas) sea utilizada para excluir cualquier apelación posterior a razones sustantivas, ello mismo indica la dependencia última de las razones de autoridad sobre las razones de sustancia, y muestra cómo la argumentación institucional tiene que ser anclada en la argumentación práctica pura. En todo caso, el derecho es un foro de argumentación institucional en la medida en que otorga, necesariamente, un lugar central a las «razones autoritativas» en forma de leyes, precedentes, material doctrinal y similares.

#### 4. RAZONAMIENTO INTERPRETATIVO

Esto conduce a la segunda sección de mi exposición. Este escrito trata acerca de la argumentación y la interpretación. El lugar de la interpretación es un corolario inevita-

ble del lugar asignado a las razones autoritativas en los argumentos jurídicos. La norma puesta en una fuente autoritativa de derecho tiene que ser comprendida antes de que pueda ser aplicada. En consecuencia, en un sentido amplio del término «interpretación», toda aplicación de una razón autoritativa exige algún acto de interpretación, dado que tenemos que formarnos una comprensión de lo que el texto autoritativo requiere para aplicarlo, y podemos decir que cualquier acto de aprehensión del significado implica interpretación. Si veo un letrero de «No Smoking» y apago mi cigarrillo en respuesta, estoy demostrando la comprensión simple del letrero, sin elementos de duda o resolución de duda; inmediatamente aprehendo lo que es requerido y de esta manera interpreto la señal en este sentido amplio de «interpretación».

Sin embargo, existe una concepción más restringida de interpretación, de acuerdo con la cual sólo cuenta como «interpretación» la atención consciente a algunos elementos de duda sobre el significado, seguida por la resolución de esa duda. Esta eliminación reflexiva de la duda debe ser distinguida de la comprensión inmediata de un texto. Por ejemplo, puede haber una ocasión particular en la que vea un letrero de «No Smoking» mientras uso un vestido formal de noche (un «smoking» como es llamado en francés), y me detengo por un momento a preguntarme si se me requiere cambiarme por un atuendo menos formal o si me abstengo del tabaco. Para «interpretar» el letrero, en este sentido estricto del término, debo pensar sobre este punto problemático y resolver nuestra duda optando de una forma razonada por una u otra perspectiva de lo que el texto exige. Por «interpretación en sentido estricto», entiendo considerar algunas dudas sobre el significado para aplicar adecuadamente alguna información y formar un juicio con el fin de resolver la duda para decidir a partir del significado que parezca el más razonable en el contexto. A partir de aquí, me ocuparé solo de la interpretación así entendida (*vid.* WRÓBLEWSKI, 1985; MACCORMICK y SUMMERS, 1991, caps. 2 y 8).

No se escapa a mi atención que esta clase de interpretación es omnipresente en el derecho. Ocurre comúnmente que en la utilización de razones autoritativas en contextos jurídicos, especialmente en contextos de aplicación del derecho y toma de decisiones, se generan dificultades o dudas acerca de su significado ya en sentido abstracto, ya para contextos particulares de decisión, y que se hace necesario formar un juicio para resolver esas dificultades o dudas. El proceso judicial como proceso adversarial puede por sí mismo generar dudas, dado que en una situación de conflicto de intereses cada parte está ansiosa de encontrar una lectura de los textos autoritativos que respalde un resultado que le favorezca.

Este escenario también hace probable (y, de todas formas, es siempre posible) que las propuestas rivales de interpretación sean en sí mismas respaldadas con argumentos. Los argumentos pueden ser, y tendrían que ser, desplegados para mostrar razones a favor de la interpretación preferida, en un escenario en el cual nuestro juicio interpretativo es una condición necesaria de la aplicabilidad relevante de una razón autoritativa para tomar la decisión. De ese modo la interpretación no sólo es relevante para la argumentación, sino que también la argumentación es importante para la interpretación. Entre los argumentos relevantes para la decisión están aquellos que respaldan o se oponen a una determinada interpretación de una razón autoritativa desplegada como fundamento de una (posible) decisión.

## 5. CATEGORÍAS DE ARGUMENTOS INTERPRETATIVOS

La siguiente etapa lógica de este escrito es, por consiguiente, examinar algunos tipos de argumentos —argumentos interpretativos— que característicamente los sistemas jurídicos despliegan en la justificación de las interpretaciones que son razones para las decisiones. En un trabajo anterior, algunos colegas y yo sugerimos una tipología y sistematización de la argumentación interpretativa característica de una amplia gama de sistemas jurídicos tradicionales y contemporáneos. De acuerdo con esta tipología, existen tres categorías principales de argumentos interpretativos y cada una abarca diferentes tipos de argumentos (MACCORMICK y SUMMERS, 1991, caps. 12 y 13).

Las categorías de argumentos interpretativos son, primero, aquellos que apelan al lenguaje mismo como fuente de razones para favorecer una u otra interpretación (argumentos «lingüísticos»); segundo, aquellos que ven al sistema jurídico como el contexto especial del texto autoritativo para buscar cuál es el mejor sentido en ese contexto (argumentos «sistémicos»); tercero, aquellos que atienden al objetivo o propósito del texto para buscar la mejor manera de dotarlo de sentido a la luz de dicho objetivo o propósito (aquí, en aras de mantener la congruencia con el presente escrito, aunque apartándome un poco del uso dado por MACCORMICK y SUMMERS, 1991, cap. 2; prefiero referirme a ellos como argumentos «teleológicos/deontológicos»). Un elemento adicional en los argumentos interpretativos es la posibilidad de apelar a la intención del autor como material para elucidar el significado del texto autoritativo; pero esto oculta la bien conocida ambigüedad entre las concepciones objetivas y subjetivas de la intención: la intención puede estar ligada estrechamente a elementos lingüísticos de semántica o sintaxis, a todos los variados elementos del contexto sistémico de un texto jurídico, o a los objetivos perseguidos o principios respaldados por la legislatura ya como un cuerpo histórico o como un legislador idealmente racional. Por ello es mejor considerar a la intención, como un elemento indeterminado oscilante entre las tres principales categorías. Por ello lo denomino argumento «transcategorico».

Ahora consideraré, en el orden establecido, algunos aspectos de las tres principales categorías para ver qué aportan a la teoría de la argumentación.

### 5.1. Argumentos lingüísticos

Los argumentos lingüísticos se dividen en dos clases según si se ocupan del significado ordinario o del significado técnico de los términos usados en los textos jurídicos. Por ejemplo, si una disposición legislativa tiene un significado obvio e inteligible simplemente con que el intérprete asuma el uso común del lenguaje natural empleado, esto es en sí mismo una buena razón para darle efecto a este «significado ordinario». Por otro lado, si el texto trata de alguna materia con un vocabulario propio especializado, los términos que tienen tanto un significado técnico como un significado ordinario son mejor comprendidos en su significado técnico. Por ejemplo, la palabra «*diligencia*»\* en español «ordinario» significa una aplicación loable y cuidadosa a una

\* N. del T.: «*diligence*».

labor. Pero en la legislación escocesa tiene un uso y significado técnico que significa proceso judicial para hacer cumplir las determinaciones tomadas en los juicios; y en el pasado, en terminología del transporte, significaba una especie de vehículo tirado por caballos. De este modo en la legislación escocesa sobre trámites jurídicos, debería ser leída según su sentido jurídico y técnico, y en una pieza antigua de la legislación inglesa sobre transporte debería relacionarse con lo relativo a una especie de carruaje. Pero en las reglas de una escuela o universidad que ofrece premios a los estudiantes por su especial diligencia, el significado «ordinario» debería prevalecer.

¿Por qué tales argumentos tienen peso? Se puede decir que esto es sólo una parte necesaria del respeto a la autoridad. Si alguien con autoridad emite una norma de cualquier clase, usando el lenguaje adecuado, no se estaría respetando a esa autoridad si no leyéramos el texto normativo en el lenguaje y registro en que fue expedido. Para tratar un texto lingüísticamente formulado como autoritativo, se debe adscribir una especie de autoridad normativa a las convenciones sintácticas y semánticas del lenguaje (bien «ordinario» o bien «técnico», en el que el texto haya sido formulado). Frecuentemente en tal escenario se apela a la «intención» —debe asumirse que la legislatura «pretende» que la legislación sea comprendida a la luz de su «significado evidente»— aun cuando parezca haber otras razones para favorecer algún otro resultado antes que ese autorizado por el texto normativo legislativo así entendido.

Detrás de esto se puede detectar, quizá, una aplicación de razones sustanciales del nivel de la argumentación práctica pura. La recepción de argumentos lingüísticos puede ser justificada por una apelación a un principio; por ejemplo, el principio de que el lenguaje debe ser usado por el legislador y entendido por el ciudadano en una forma directa y sin ambigüedades. Observando este principio se impide que los jueces otorguen retrospectivamente nuevos significados a los textos legislativos en perjuicio de los ciudadanos y por ello se defiende un principio de justicia más fundamental.

Una línea alternativa de argumentación sustantiva resalta el efecto acumulativo de la práctica de contar con los argumentos lingüísticos en la interpretación. Sosteniendo un significado «ordinario» o «técnico» en las disputas acerca del significado de la legislación, incluso en los casos que generen consecuencias no ideales, se crea una situación en la cual la legislatura (y sus redactores) deben tener cuidado de redactar las leyes en términos inteligibles ordinariamente y los ciudadanos pueden confiar leerlos en términos de su significado común, por lo que se maximiza la posibilidad de una comunicación efectiva y libre de problemas entre la legislatura y los ciudadanos, y se minimizan los inconvenientes y los costes de litigios sobre la interpretación adecuada.

De cualquier forma, debe reconocerse que detrás de lo que a menudo se describe de forma desaprobatoria como aproximaciones «formalistas» o «legalistas» a la interpretación existen razones sustantivas de un carácter perfectamente respetable, ya sean interpretadas deontológica o teleológicamente.

## **5.2. Argumentos sistémicos**

Se trata de un conjunto de argumentos que trabajan orientados hacia una comprensión aceptable de un texto jurídico visto particularmente como parte de un sistema jurídico. Debo mencionar particularmente seis:

1. El argumento de la armonización contextual sostiene que si una disposición legislativa pertenece a un esquema mayor, ya sea una ley o un conjunto de leyes relacionadas, debe ser interpretada a la luz de todo el esquema en el cual aparece. De forma más particular, debe ser interpretada a la luz de las disposiciones de la ley con las que tenga una relación más cercana o de otra ley *in pari materia*, y el significado «ordinario» o «técnico» más o menos obvio debe ser interpretado a esa luz.

2. El argumento del precedente dice que si una disposición legislativa ha sido sometida a una interpretación judicial debe ser interpretada de conformidad con la interpretación dada a ésta por los otros tribunales. (Donde exista una doctrina del precedente basada en una jerarquía de los tribunales, el tribunal inferior debe someterse; donde se dé una fuerza particular a la *jurisprudence constante* de los tribunales superiores, esto también afectaría a la aplicación exacta de esta forma de argumento en el sistema en cuestión; en general, el argumento ha de ser interpretado adecuadamente de acuerdo con la doctrina del precedente judicial prevalente en el sistema jurídico de que se trate.)

3. El argumento de analogía dice que si una disposición legislativa es significativamente análoga a otras disposiciones similares en otra ley, o en un código, o en otra parte del mismo código en el que aparece; entonces, incluso si implica una extensión significativa o un abandono del significado ordinario, podría ser adecuadamente interpretada de esta forma para asegurar la similitud del sentido con la disposición análoga. La interpretación puede ser de la norma en sí misma o derivada de una interpretación judicial previa. (El argumento de analogía parece ser más fuerte en la segunda hipótesis, donde incorpora una versión del argumento del precedente.)

4. El argumento lógico-conceptual dice que si cualquier concepto jurídico general reconocido y doctrinalmente elaborado es usado en la formulación de una disposición legislativa, debe ser interpretado de modo tal que se mantenga un uso consistente del mismo a través del sistema como un todo, o de alguna o algunas de sus ramas.

5. Los argumentos de los principios generales de derecho dicen que si algún principio (o principios) general es aplicable al asunto de una disposición legislativa, se debe favorecer la interpretación que esté en mayor consonancia con el principio (o los principios) general, y otorgue una relevancia apropiada al principio a la luz de su grado de importancia, tanto en general como en el ámbito del derecho del que se trate.

6. El argumento de la historia dice que si una ley (o un grupo de leyes) ha sido interpretada durante un tiempo en concordancia con el entendimiento históricamente desarrollado del objeto y propósito de la ley (o grupo de leyes tomadas como un todo), o históricamente se ha desarrollado una comprensión de la concepción de lo correcto que incorporan, entonces, cualquier disposición de la ley o grupo de leyes debe ser interpretada de manera que su aplicación a casos concretos sea compatible con el entendimiento históricamente desarrollado sobre su objeto y propósito o su corrección.

Todos estos argumentos son bien conocidos por los abogados y, supongo, fácilmente reconocibles incluso prescindiendo de ilustraciones y ejemplos. Lo que es importante preguntarnos es por qué tales argumentos acarrearán el peso que obviamente tienen en el sistema jurídico contemporáneo. Una parte de la respuesta simplemente se relaciona con lo dicho sobre los argumentos lingüísticos. Ninguna comunicación

lingüística es completamente comprensible salvo en un cierto contexto completo de emisión. Todos los materiales jurídicos son expresados en el contexto del sistema jurídico en general, y sin duda a la luz de un todo complejo de circunstancias jurídicas, políticas y fácticas. Por tanto, la interpretación no puede ser satisfactoriamente alcanzada a través de un sentido puramente lingüístico a menos que se tenga en mente todo el contexto.

Pero ésta no es la historia completa, falta decir por qué el contexto jurídico da especial importancia a los argumentos que enfatizan las seis categorías antes mencionadas. Para ello, pienso que es necesario llamar la atención sobre el ideal de *coherencia* total que gobierna nuestra perspectiva del sistema jurídico como un sistema y por lo tanto apoya la propuesta interpretativa favorecida por nuestros diferentes tipos de argumentos sistémicos. Éste es un tema que he explorado con mayor extensión en otro lugar, y sobre el cual R. DWORKIN ha dicho mucho, recomendando un ideal de «integridad» en el sistema jurídico. La cuestión es que los sistemas jurídicos no contienen una única y aislada exigencia basada en principios u objetivos políticos, sino que los sistemas jurídicos incluyen una multiplicidad de normas interactuantes de diferentes clases, y se puede asumir que éstas expresan una pluralidad de principios y opciones políticas. Como tales, son capaces de ser utilizadas de forma tal que se trate de dar tanto sentido como sea posible a todas en conjunto y tomadas como un todo (MACCORMICK, 1984; DWORKIN, 1986).

Si rechazamos el intento de ver el derecho holísticamente como un sistema coherente, cada decisión tendría que ser considerada por sus propios méritos con respecto a cualquier interpretación de normas relacionadas con el caso tratado. Llevado al extremo, el derecho se aproximará al salvajismo del caso aislado del que habla el poeta\*. En cambio, la práctica de interpretar el derecho de un modo tal que tenga coherencia tanto en la forma como en el contenido es la que lo convierte en un esquema ordenado de casos y situaciones inteligiblemente diferenciados.

En los dilemas interpretativos, recurrir a la argumentación sistémica muestra una consideración especial por esta cualidad general de coherencia racional e inteligibilidad en el derecho. Involucra la imposición de un principio superior de racionalidad en la realidad institucional del derecho. Como tal, añade un elemento que faltaba a nuestros dos argumentos sustantivos como elementos de la argumentación práctica pura. El argumento de coherencia es un suplemento necesario a la argumentación teleológica y a la argumentación deontológica en cualquier contexto institucional en el que se aprecie que existe una buena razón para recurrir conjuntamente a una pluralidad de normas, y no sólo a aislados objetivos o principios identificados como relevantes en cada momento.

### 5.3. Argumentos teleológicos/deontológicos

Estos argumentos reproducen de forma contextual lo que he caracterizado en este escrito como las dos formas de argumentación sustantiva. Pero, claro está, en el con-

---

\* Nota de los traductores: Se refiere a una cita del poeta Lord A. TENNYSON, «*The lawless science of the law, that codeless myriad of precedent, that wilderness of single instances*».

texto jurídico se encuentran seriamente ligados a argumentos institucionales, y no son argumentos de razonabilidad práctica pura que circulan libremente.

Los argumentos interpretativos teleológicos se refieren al fin o propósito que se imputa a un fragmento de legislación sobre la presunción de que ha sido promulgado por una legislatura racional en un determinado contexto histórico. Ya sea que se exprese en términos negativos, como el «perjuicio» o el estado indeseable de cosas que la legislatura estaba (o presuntamente estaba) tratando de remediar, o en términos positivos, como un presunto buen estado de las cosas que se imputa como fin y objeto del acto de legislar, la idea es que debemos tratar a la legislación como una empresa teleológica donde el *telos* u objetivo es independiente de los términos del texto promulgado y por ello suministra una guía de su interpretación. Interpretar de esa forma ayuda a que se realice el propósito; y no hacerlo así frustra ese propósito. Por ejemplo, si una ley sobre impuestos contiene una sección de sanciones para quienes no declaren sus ingresos, podemos imputar a la legislatura el propósito de establecer un esquema imparcial y racional de desincentivos a los no declarantes. De este modo debemos interpretar la disposición punitiva en la ley como si generara equidad y racionalidad, incluso a expensas de la lectura literal de los términos de la ley en su significado ordinario. No leer la ley de esta forma —aunque fuera en su «significado ordinario»— frustraría el presunto objetivo de sus disposiciones punitivas [*Inland Revenue Commissioner v. Hinchy* (1959) 2Q.B. 357, Reversed, 1960, A.C. 748].

El argumento interpretativo deontológico es un argumento en términos de principios de rectitud o justicia, que debe ser observado en la perspectiva del intérprete con respecto a la situación dada o asunto en cuestión. La intención de actuar justamente siempre puede ser imputada a la legislatura considerada como cuerpo creador de derecho idealmente racional; y las particulares concepciones de justicia son a menudo razonablemente imputadas a legislaturas reales históricamente situadas. Por ejemplo, los principios imputados a los Tratados de Roma y otras disposiciones fundacionales de la Comunidad Europea permiten que «cuatro libertades» puedan ser disfrutadas por todos los ciudadanos de los Estados miembros de la Comunidad. Por ello la legislación de un estado miembro que busque proteger a sus pesqueras locales mediante la limitación de los derechos de pesca de sus propios nacionales no puede ser compatible con los tratados bajo ninguna interpretación razonable, ni tampoco las disposiciones de cuota de la Política Común Pesquera deben ser interpretadas como la creación de una excepción al principio fundamental de libertad de establecimiento [*R v. Secretary of State ex P. Factortame* (1991) 3 A II E.R. 769; Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, caso C-221/89].

La conexión entre tales argumentos interpretativos y la argumentación práctica pura es suficientemente obvia. Se trata simplemente de aplicaciones institucionales de las dos formas básicas de argumentación práctica, pero están restringidas por el escenario institucional. La pregunta acerca del *telos* o principio de la ley será estudiada en consideración a su contexto histórico y sistémico. Para cualquier situación problemática dada, podemos siempre diferenciar la pregunta «¿cuál será el mejor propósito a perseguir aquí, o el mejor principio a aplicar?» de la pregunta «¿qué objetivo es plausible atribuir a este texto jurídico concreto, o qué principio formula mejor su objetivo subyacente?». Las últimas son las verdaderas preguntas de la interpretación, tengan o no los órganos

de decisión jurídica algún tipo de competencia también respecto a las primeras en el escenario de la adjudicación (y no estoy seguro de que R. DWORKIN (1986) no las mezcle en el planteamiento de su «interpretación constructiva», aunque ésa es otra historia).

El escenario institucional ejerce aquí otras presiones. Especialmente en el caso de textos legales recientemente promulgados por una legislatura democrática, el peso de los principios prácticos que favorecen la interpretación pondría límites a la hora de considerar correcta una determinada reescritura del derecho que trate de hacerlo coincidir con los propósitos imputados o con los compromisos de principios que sólo pueden encontrarse implícitamente en el texto tal como fue promulgado. Y el principio de racionalidad antes señalado favorece a la coherencia sistémica sobre objetivos momentáneos o principios aislados.

## 6. ARGUMENTOS EN CONFLICTO Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

A partir de todo lo anterior, resulta claro que el argumento interpretativo en el derecho presenta una complejidad considerable, debido a que existen muchos tipos, y cada tipo es capaz de generar una interpretación diferente de la generada por otro argumento posible. En realidad, para cualquier conjunto de interpretaciones rivales  $I_1, I_2, \dots, I_n$ , si son rivales seriamente viables, habría argumentos de uno u otro de estos tipos (o quizá otros similares) que fundamenten una u otra interpretación rival. No hay ninguna razón para suponer que argumentos de diferentes tipos dentro de la misma categoría deben señalar todos en la misma dirección; claro que no, ya que pueden existir conflictos entre argumento intracategoricos, e igualmente pueden existir conflictos (o, en algunos casos, convergencia) entre argumentos de diferentes categorías. Debe existir, por tanto, una etapa de la argumentación que se ocupe de la jerarquía de los argumentos (o conjuntos de argumentos) cuando entren en conflicto las interpretaciones que ellos generan.

Podemos sugerir determinados modelos relativamente simples para ordenar y jerarquizar posibles argumentos. Es tentador sugerir que en todos los sistemas existe una tendencia a comenzar con los argumentos lingüísticos, luego continuar con los sistémicos, y sólo recurrir a la argumentación teleológico/deontológica cuando los argumentos de las otras clases continúan siendo problemáticos. Una relevante doctrina de derecho positivo en este asunto es la suministrada por lo que los abogados escoceses e ingleses llaman «la regla de oro». Ésta es una formulación clásica:

«Debemos tomar la ley como un todo e interpretarla conjuntamente, dando a las palabras su significación ordinaria, a menos que cuando sean aplicadas de esta forma produzcan una inconsistencia, un absurdo o un inconveniente tan grande como para convencer a la corte de que la intención podría no haber sido usarlas en su significado ordinario y justificar que la corte les asigne alguna otra significación, aunque menos adecuada, sea la que la corte crea que tienen las palabras» [Lord BLACKBURN, en *Weger vs. Commissions Adamson*. (1874-1978) All ER rep. 1, en 12].

Y ésta una formulación más reciente:

«Se deben aplicar las palabras y frases de la ley de acuerdo con su significado natural sin adición o substracción, a menos que el significado produzca injusticia, un absurdo,

una anomalía, una contradicción; en tal caso, se puede modificar el significado natural y ordinario de tal forma que se obvие tal injusticia, etc., pero sin ir más allá (hoy por hoy debemos añadir a “significado natural y ordinario” las palabras “en su contexto y de acuerdo al registro lingüístico adecuado”)» (Lord SIMON, en *Stock vs. Frank Jones* (Tripton) [1978] All ER 948, en 952).

Como estas *dicta* sugieren, si existe una interpretación que esté claramente favorecida por una lectura del texto a la luz de las convenciones sintácticas y semánticas del lenguaje ordinario (o de registros especiales en escenarios especiales), y si es confirmada por una lectura del texto en su contexto sistémico total, no hay necesidad de recurrir a argumentos deontológicos/teleológicos. Pero aún sigue siendo indeterminado a la luz de los argumentos lingüísticos y sistémicos, si se requieren razones adicionales para fundamentar la interpretación, o si existe alguna clase de «absurdo» que deba ser resuelto. Un valioso estudio del Dr. Y. TAL (1992) enfatiza que, en contra de lo que se suele decir en la doctrina, tanto en la práctica como en los pronunciamientos autoritativos sobre la interpretación, lo «absurdo» a efectos de la regla de oro incluye conflictos con la justicia o con otros aspectos requeridos para el bien común. Este escrito le debe mucho al trabajo de TAL. En el sentido relevante, es «absurdo» leer la ley de forma que genere injusticia en relación con un principio de justicia jurídicamente reconocido o de forma que sea autofrustrante respecto a los presuntos objetivos de las políticas públicas perseguidas a través de la legislación. De este modo, sería incorrecto decir que la categoría de argumentos deontológicos/teleológicos sólo entra en juego cuando las otras dos categorías no llegan a un resultado inequívoco. Considerar los argumentos de esta categoría puede llegar a mostrar tal absurdo y desplazar una conclusión *prima facie* vinculante sobre el significado de las palabras de la ley en su «significado ordinario» completamente contextualizado.

Por muy interesante y sugestiva que sea la regla de oro, la misma no es, sin embargo, una «regla». Se debe considerar como una máxima de sabiduría práctica interpretativa que indica cómo pueden manejarse los diversos tipos de argumentos en aquellos casos en los que surgen dificultades interpretativas derivadas de conflictos entre los argumentos relevantes. No prevé una directiva binaria simple sobre la interpretación correcta e incorrecta en los casos difíciles. Indica una aproximación a la resolución de la dificultad.

## 7. CONCLUSIÓN: INTERPRETACIÓN DENTRO DE LA ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA

Para comprender tal dificultad y su resolución, necesitamos reflexionar más allá de los valores y principios que he sugerido como subyacentes a cada una de las categorías de argumentos. Tras la interpretación lingüística yace el objetivo de preservar la claridad y la exactitud del lenguaje legislativo y el principio de justicia que prohíbe la reescritura judicial retrospectiva de las palabras del legislador; tras la interpretación sistémica está el principio de racionalidad fundado en el valor de la coherencia e integridad del sistema jurídico; tras la interpretación teleológica/deontológica está el respeto por la exigencia de la razón práctica de que la acción

humana esté guiada por valores a alcanzar o por principios a observar. Pero en el caso de este último nivel fundamental de la argumentación práctica, el perenne problema de la situación humana es la disputabilidad interpersonal de los valores y principios que deberían guiarnos. Como se suele sostener, una importante razón justificativa para el mantenimiento de las instituciones jurídicas y otro tipo de instituciones sociales es la disminución del alcance de las disputas sobre los valores y principios gobernantes en el ámbito social. Y esto es lo que a su vez justifica dar un peso considerable a los argumentos lingüísticos y sistémicos en el derecho, y lo que impone un umbral relativamente alto para evitar un recurso fácil a la argumentación teleológica/deontológica como medio de generar (o, a veces, resolver) dificultades interpretativas en el derecho.

Estos comentarios son controversiales, dado que en sí mismos toman una posición argumentativa de tipo práctico sobre la forma correcta de entender, de justificar, y de usar las instituciones jurídicas e instituciones similares en las sociedades democráticas. Demuestran que no se puede confinar la argumentación sobre el derecho a una argumentación puramente interpretativa. El derecho puede ser efectivamente un «concepto interpretativo» (DWORKIN, 1986), pero para formarnos una visión sobre el derecho y su interpretación debemos hacer algo más que interpretar el concepto de derecho y los textos que pertenecen a lo que conceptualizamos como derecho. En última instancia, nos movemos en la esfera más amplia de la argumentación práctica. Debemos reflexionar sobre los valores y principios adecuados a las instituciones de las sociedades, los estados y las comunidades internacionales y supranacionales en las que habitamos. Necesitamos pensar sobre el significado del constitucionalismo o *Rechtstaatlichkeit*, la democracia, el principio de legalidad, la separación de poderes, la justicia procedimental, la equidad, los derechos humanos y la integridad de las instituciones estatales. Todo ello, junto a otras cuestiones, entra en juego cuando buscamos una visión completamente explicada y justificada de la mejor aproximación a la interpretación jurídica en los casos problemáticos.

En resumen, la teoría de la interpretación como tema intrínseco al estudio de la argumentación práctica nos conduce necesariamente a las aguas más profundas de la normativa constitucional y la teoría política; es decir, a la libre argumentación práctica aplicada a las instituciones políticas y jurídicas básicas. Desde esa perspectiva, no es sorprendente que un breve escrito sobre argumentación e interpretación ofrezca sugerencias y no conclusiones sobre la mejor aproximación a la resolución de las dificultades interpretativas en el derecho. Sin embargo, nos permite decir que incluso si el derecho pudiera regular eficazmente su propia creación, nunca podría regular su propia interpretación.

(Traducción de Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofía Guevara)

## REFERENCIAS

- DWORKIN, R., 1986: *Law's Empire*. London, Fontana.
- MACCORMICK, N., 1984: «Coherence in Legal Justification», en: *Theory der Normen Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*. Ed. W. KRAWIETX, H. SCHLESKY, G. WINKLER y A. SCHRAMM. Berlin: Duncker und Humblot.

- MACCORMICK, N. y SUMMERS, R. S., eds., 1991: *Interpreting Statutes, A Comparative Study*, Aldeshot, Dartmouth.
- SUMMERS, R., 1978: «Two Types of Substantive Reasons. The Core of a Theory of Common Law Justification», *Cornell Law Review*, núm. 63, 707-788.
- TAL, Y., 1992: *Statutory Interpretation and Expressed Referencia to Justice. A Study of Cases in English Law Implications for Interpretative Approaches*, Oxford, Ph. D. Tesis.
- WRÓBLEWSKI, J., 1985: «Legal Language and Legal Interpretation», *Law and Philosophy*, núm. 4, 239-255.

# CONFLICTOS NORMATIVOS Y DECISIONES *CONTRA LEGEM*: UNA EXPLICACIÓN DE LA DERROTABILIDAD NORMATIVA A PARTIR DE LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS \*

Thomas Bustamante

*Universidad Federal de Minas Gerais (Brasil)*

**RESUMEN.** El presente trabajo constituye un esfuerzo de explicación del fenómeno de la derrotabilidad de las normas jurídicas y de las diferentes formas de interacción entre reglas y principios jurídicos. Tras la adopción de la clasificación de las normas jurídicas propuesta por R. ALEXY se espera construir un modelo para explicar la estructura de las decisiones *contra legem*.

**Palabras clave:** conflictos normativos, derrotabilidad, principios, reglas, decisiones *contra legem*.

**ABSTRACT.** The present paper is an effort to explain both the phenomenon of the defeasibility of legal norms and the different forms of interaction between legal rules and principles. By adopting R. ALEXY's classification of the legal norms I expect to develop a model to analyse the structure of *contra legem* decisions.

**Keywords:** Normative conflicts, defeasibility, principles, rules, *contra legem* decisions.

---

\* Fecha de recepción: 20 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2010.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2010-19897-C02-02, financiado por el MICINN, titulado «Razonamiento abductivo y argumentación judicial», dirigido por el profesor Pablo Raúl Bonorino Ramírez, que se integra en el Proyecto coordinado «Modelos de razonamiento, tipos de razonamiento y estructuras argumentativas en la decisión judicial», coordinado por el profesor Juan Antonio García Amado. Agradezco a David Ribeiro Dantas y Virgínia de Carvalho Leal, responsables de la traducción del trabajo al castellano; a Carlos Bernal Pulido, por las críticas constructivas y las detalladas sugerencias, y a Josep Aguiló Regla, por las sugerencias en la etapa final de redacción de este trabajo.

## PLANTEAMIENTO

**P**ara efectos del presente ensayo, la derrotabilidad debe entenderse como una propiedad de las reglas jurídicas, pero no de los principios jurídicos. Toda decisión que derrota una regla, si esa regla está fundada en un enunciado legislativo, es una decisión *contra legem*. Dicha decisión puede ser justificada de manera adecuada si se aceptan las siguientes premisas, que serán objeto de estudio a lo largo del presente trabajo: 1) el sistema jurídico es un sistema normativo dinámico que está siempre abierto a la incorporación de nuevas normas en el curso de las actividades de interpretación y aplicación del Derecho; 2) en cuanto a su naturaleza, las normas jurídicas pueden ser Normas-principio (cuya estructura encierra un mandato de optimización) o Normas-regla (que permiten la subsunción de comportamientos en un enunciado condicional); 2.1) las reglas presentan una cláusula alternativa tácita (en el sentido de la Teoría de KELSEN) que permite que se les introduzcan excepciones; 2.2) dichas excepciones resultan de la(s) interacción(es) entre reglas y principios; 3) los principios proveen el fundamento para la derrotabilidad de las reglas; 3.1) los principios pueden ser descritos como preceptos morales que pasaron por un proceso de incorporación por el Derecho. Son, en ese sentido, una institucionalización de la moral; 3.2) además, proveen también los fundamentos axiológicos para las reglas jurídicas; 3.3) toda regla establece la prioridad de un principio ante un conjunto determinado de hechos. La actividad de creación de normas (incluso la legislación), en gran medida, es una actividad de concreción de principios; 3.4) existe la posibilidad, entre varios tipos de conflictos normativos, de colisión entre un principio constitucional y una regla infraconstitucional. En esos casos, aunque exista la presunción de legitimidad de la regla jurídica en cuestión (R1), el principio puede generar razones para la creación de una nueva regla jurídica (R2) que exceptúa la regla anterior. La derrotabilidad, por tanto, presupone la existencia de decisiones *contra legem* que se fundamenten en principios constitucionales.

### 1. LA DERROTABILIDAD Y LA DINAMICIDAD DEL SISTEMA JURÍDICO

La existencia de normas derrotables sólo podría ser negada en caso de que se admitiese un sistema jurídico cuyas normas fueran, sin excepciones, capaces de regular todas las situaciones de su aplicación. Todas las excepciones a las normas jurídicas estarían contenidas en las propias normas. El sistema jurídico sería así un sistema axiomático completo y cerrado, en el que «hay normas que proveen fundamentos para resolver todo caso posible»<sup>1</sup>. Los juristas que comparten esa idea, aun cuando la adoptan como un ideal regulativo para la ciencia del Derecho, rechazan la derrotabilidad de las normas jurídicas porque, en su concepto, si dicha propiedad fuera admitida, «no podría derivarse a partir de ellas ninguna solución concreta respecto de un caso particular, dado que no podría descartarse que en tal caso se verifique justamente alguna de esas excepciones implícitas que frustran el surgimiento de la solución consagrada»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> C. ALCHOURRÓN, «Sobre Derecho y lógica», en *Isonomía*, núm. 13, 2000, 14.

<sup>2</sup> J. L. RODRÍGUEZ y G. SÚCAR, «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho», en *Análisis e Diritto*, 1998, 278.

Parece no haber, para esos juristas, un término medio entre la regulación completa y su ausencia absoluta.

Aunque sean dignos de especial atención, los argumentos que defienden ese modelo de sistema jurídico no serán objeto de estudio en el presente trabajo. Lo que aquí se presupone es que el hecho de que una norma establezca condiciones «ordinariamente necesarias» y «presuntamente idóneas» para las consecuencias por ella previstas no impide que esa norma sirva de guía para la conducta de sus destinatarios<sup>3</sup>. Por tanto, se acepta que VIEHWEG<sup>4</sup> tiene razón al rechazar un sistema axiomático basado en el argumento de que dicho sistema sólo ofrece soluciones para un conjunto de problemas previstos de antemano, y por ello, no resulta apropiado para la argumentación jurídica<sup>5</sup>.

Lo que aquí se admite es precisamente la premisa contraria a la que aceptan los defensores de un sistema estático y axiomático. La derrotabilidad no se justifica por la existencia de excepciones implícitas contenidas en una norma jurídica porque, si así fuera, la norma ya contendría también una delimitación completa de todos los casos en que debería ser aplicada. De esta manera, la derrotabilidad se explica por medio de un enfoque dinámico en que las excepciones al supuesto de hecho de las reglas jurídicas se establecen en el curso de la argumentación jurídica y encuentran justificación en otras normas individuales que el intérprete construye paulatinamente (ya sea ese intérprete el legislador al concretar normas constitucionales abstractas o el juez al aplicar normas generales con distintos grados de abstracción). Si utilizamos la distinción kelseniana entre sistema «estático» y sistema «dinámico» de normas jurídicas, podremos decir que la noción de derrotabilidad con la que aquí se trabaja presupone un sistema jurídico dinámico<sup>6</sup>. En un sistema dinámico, una norma no puede ser deducida de otra norma jurídica mediante una operación lógica. La relación entre una norma general (superior) y otra norma individual (inferior) se establece en el sentido de que esta última se *produce* de conformidad con aquélla. El acto de aplicación de la norma general es un acto de creación de la norma individual, por cuanto ésta tiene un contenido normativo adicional con relación a la norma que la fundamenta. Y dicho acto de creación normativa es necesario porque toda norma posee cierto grado de indeterminación. Sin embargo, la norma general (superior) dirige el proceso de creación de la norma individual (inferior) y anticipa sus sentidos posibles. La relación entre la norma general (establecida por el legislador) y la norma individual (establecida en una sentencia judicial) es una relación de fundamentación (ya que la sentencia se fundamenta en la ley), pero ello no elimina la caracterización de la interpretación como un proceso crea-

<sup>3</sup> N. MACCORMICK, «Defeasibility in law and logic», en BANKOWSKI *et al.* (eds.), *Informatics and the foundation of legal reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 2005, 99 y ss.

<sup>4</sup> T. VIEHWEG, *Tópica e Jurisprudência*, trad. de T. S. Ferraz Júnior, Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

<sup>5</sup> En ese sentido, debe resaltarse que el modelo de sistema axiomático, como el propuesto por ALCHOURRÓN y BULYGIN, es uno de los pocos afectados por la crítica presentada por VIEHWEG al denominado «pensamiento sistemático» en el sentido de N. HARTMANN. Para un análisis completo de cómo el pensamiento tópico-problemático debe interactuar con la noción de sistema y de los distintos sentidos admitidos en la doctrina para la noción de «sistema jurídico», consultar, por todos: J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, 139 y ss.

<sup>6</sup> H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. de R. Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, 203-205.

tivo o constructivo: el juez crea una norma individual al aplicar la norma legal que le sirve de fundamento. De este modo, si la ley prevé para el homicidio una pena mínima de seis años de prisión, la decisión judicial que establece la pena de seis, siete u ocho años de prisión para Pedro por el hecho de haber matado a Juan contiene una norma individual que todavía no estaba contenida en la norma que le sirvió de fundamento. En ocasiones, la norma general no específica, por ejemplo, el régimen inicial del cumplimiento de la pena (si es cerrado o abierto), el tiempo y el lugar en los cuales la pena deberá ser cumplida, las circunstancias que se aplican al caso, etcétera.

La idea kelseniana de un sistema dinámico, aquí adoptada, presupone un constructivismo social según el cual todos los hechos sociales y todas las normas jurídicas son construcciones humanas, y no algo reductible a hechos naturales ni a otras normas jurídicas promulgadas anteriormente<sup>7</sup>. Ese constructivismo social, sin embargo, puede ser asociado a un constructivismo epistemológico<sup>8</sup>. Sin la pretensión de profundizar en

<sup>7</sup> Sobre el constructivismo social en KELSEN, consultar J. A. GARCÍA AMADO, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Madrid, Marcial Pons, 1996; V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli, 1999; y P. COMANDUCCI, «Kelsen vs. Searle: A Tale of Two Constructivists», en *Analisi e Diritto*, 1999, 101 y ss.

<sup>8</sup> En principio la teoría de la interpretación de KELSEN puede ser caracterizada como una teoría constructivista en ese sentido epistemológico, cuando sostiene que la interpretación «acompaña el proceso de aplicación del Derecho en el progresivo paso de un plan superior a un plan inferior» (KELSEN, 1979; VILLA, 1999: 142 y ss.). Sin embargo, el encuadramiento de la teoría jurídica de KELSEN como una teoría constructivista desde el punto de vista epistemológico no es pacífico. Por una parte, hay quien sostiene que KELSEN se aleja del constructivismo en su teoría de la interpretación del Derecho. Así, recuerda VILLA que cuando KELSEN discurre sobre la interpretación jurídica, este autor tiene en mente la interpretación realizada por los jueces y las demás autoridades dotadas de competencia institucional para aplicar el Derecho, y no la interpretación llevada a cabo por la ciencia del Derecho. En esta interpretación, la decisión acerca del significado de la norma individual es un acto de voluntad, y no un acto de conocimiento. La interpretación científica, por su parte, posee para KELSEN una relevancia limitada para la práctica jurídica, por cuanto a la ciencia del Derecho sólo le compete conocer el Derecho por medio de «proposiciones jurídicas», que son enunciados puramente descriptivos. En ese particular, KELSEN parece distanciarse de cualquier tipo de constructivismo (VILLA, 1999: 142). Por otra parte, J. A. GARCÍA AMADO, por ejemplo, sostiene que KELSEN es un constructivista también en sentido epistemológico, pues su antiabsolutismo filosófico lo obliga a serlo. KELSEN define el absolutismo filosófico como «la concepción metafísica de la existencia de una realidad absoluta, es decir, una realidad que existe independientemente del conocimiento humano» (H. KELSEN, «A essência e o valor da democracia», en *A democracia*, São Paulo, Martins Fontes, 1993, 164). Como KELSEN no se conforma con el ideal platónico de que exista una realidad natural cuya existencia depende de los sujetos que la conocen y que es meramente reflejada en las teorías elaboradas con el fin de conocerla, él propone en sustitución al absolutismo filosófico un relativismo epistemológico. Al describir el Derecho como un sistema dinámico en que la aplicación de una norma general es al mismo tiempo creación de normas individuales, KELSEN argumenta que es necesaria una mediación subjetiva del intérprete para pasar de un nivel normativo a otro, es decir, para llegar a una norma individual desde una norma general. Por esa razón, GARCÍA AMADO sostiene que «KELSEN es relativista también en su teoría del conocimiento» (GARCÍA AMADO, 1996: 133), y eso incluye el conocimiento sobre normas. El sentido objetivo de una norma (es decir, el sentido que ella tiene para el ordenamiento jurídico) es determinado por las leyes que rigen el pensamiento y el conocimiento (GARCÍA AMADO, 1996: 133 y ss.). Las leyes lógicas y las exigencias pragmáticas presupuestas para un conocimiento intersubjetivamente compartido garantizan la objetividad del conocimiento y rechazan el solipsismo y el pluralismo, pese al hecho de que el conocimiento sea necesariamente creativo. El marco definido por las expresiones normativas empleadas por el legislador puede ser conocido por medio de estas leyes del pensamiento.

El debate sobre el constructivismo en KELSEN va más allá de los límites del tema de este ensayo, de modo que no es necesario aquí establecer cuál de esas dos interpretaciones de la teoría del conocimiento de KELSEN es más acertada. No obstante, aunque la interpretación de la teoría jurídica de KELSEN que nos ofrece GARCÍA AMADO fuera la más correcta, aun así la teoría de la interpretación de KELSEN merecería ser revista en su aspecto epistemológico, ya que su constructivismo tiene alcance limitado. La idea de que todo lo que no puede ser conocido de manera objetiva es necesariamente arbitrario, es decir, que las valoraciones jurídicas son únicamente actos de voluntad, puede en buena hora ser sustituida por un constructivismo ético que intente ofrecer

intrincadas cuestiones metateóricas, es posible mencionar aquí la propuesta jurídico-epistemológica de un constructivista como V. VILLA, que critica la idea, dominante en el pensamiento jurídico contemporáneo, de una «oposición mutuamente excluyente» entre la ciencia del Derecho, definida como una «actividad descriptiva objetivamente connotada», y las valoraciones jurídicas o actos de creación del Derecho, entendidas como «tomas de posición de carácter meramente subjetivo». En efecto, ese autor relata que gran parte de la doctrina jurídica contemporánea, especialmente en el paradigma positivista, permanece vinculada a una visión dicotómica entre los discursos jurídicos descriptivos y los discursos jurídicos evaluativos o prescriptivos. Esa postura teórica merecería ser sustituida, por razones epistemológicas, por una *imagen constructivista del conocimiento*<sup>9</sup>. Con la adopción de esa postura epistemológica, el Derecho pasa a ser encarado como una práctica social y se torna necesariamente reflexivo; su contenido no es completamente independiente del proceso intelectual que utilizamos para conocerlo.

La aserción de que la actividad de interpretación del Derecho es también un acto de su aplicación puede ser admitida desde que se reconozca que el acto de interpretación no sólo es un acto de voluntad, como quería KELSEN, sino también un acto de conocimiento del Derecho. Dicho acto de interpretación se parece a un proceso hermenéutico en que podemos revisar nuestras precomprensiones iniciales y, de esa manera, reconfigurar el objeto de la interpretación. El resultado de la interpretación puede llevar así a normas individuales que creen excepciones a alguna de las normas generales inicialmente admitidas. Las excepciones a una norma están contenidas en nuevas normas que se insertan gradualmente en el sistema dinámico. Un sistema dinámico está constantemente abierto a la modificación.

Admitir la derrotabilidad de las normas jurídicas significa, por tanto, reconocer dos circunstancias importantes: i) inicialmente, es inviable suponer la existencia de una «norma perfecta», capaz de proporcionar una descripción completa de todas las circunstancias en las que debería ser aplicada. Tal hipótesis es poco realista, de modo que, al lado de un *discurso de justificación* en que se elevan pretensiones de validez para las normas generales, es conveniente tener un *discurso de aplicación* del Derecho<sup>10</sup> al caso concreto que justifique la revisión y reinterpretación de dichas normas<sup>11</sup>; ii) en

---

al menos algunos parámetros para justificar las tomas de posición y las valoraciones que los juristas suelen hacer en el proceso de aplicación del Derecho. El constructivismo de KELSEN no va más allá de la definición del marco de posibilidades semánticas de un texto normativo, y por eso desemboca en un no cognoscitvismo ético y en una teoría de la interpretación del Derecho que se acerca del realismo jurídico (*vid.*, por ejemplo, J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas-Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990).

<sup>9</sup> VILLA, 1999.

<sup>10</sup> K. GÜNTHER, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», trad. de Juan Carlos Velasco Arroyo, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núms. 17-18, 1995, 274 y ss.

<sup>11</sup> En un discurso de aplicación no se discute la validez de una norma sino su adecuada aplicación a un caso concreto: «discursos de aplicación combinan la pretensión de validez de una norma con el contexto determinado, dentro del cual, en cada situación, una norma es aplicada» (K. GÜNTHER, *Teoria da argumentação no direito e na moral: Justificação e aplicação*, trad. de Cláudio Molz, São Paulo, Landy, 2004, 79). La alusión a un discurso de aplicación hace necesario aclarar algo más. Cuando K. GÜNTHER distingue entre esos dos tipos de discurso, sostiene también que en el discurso jurídico cabrían sólo los discursos de aplicación, pues las decisiones sobre la validez de las normas jurídicas anteceden al proceso de argumentación judicial. Puede decirse que GÜNTHER está en lo correcto cuando diferencia los problemas de justificación y los problemas de

segundo lugar, ninguna norma jurídica regula por sí misma su aplicación. De acuerdo con ALEXY, el sistema jurídico tiene tres niveles, divididos en un costado pasivo y otro activo. El costado pasivo está formado por los niveles de los principios (1) y de las reglas (2), que son las dos clases de normas utilizadas en el discurso jurídico. El costado activo, a su turno, está formado por el nivel de la teoría de la argumentación jurídica (3), que «dice cómo, sobre las bases de ambos niveles (1 y 2), es posible una decisión racionalmente fundamentada»<sup>12</sup>. Una teoría de la argumentación jurídica debe contener «normas para la fundamentación de normas»<sup>13</sup>.

Esta concepción de la derrotabilidad trae como consecuencia la inseparabilidad entre la teoría del Derecho y la teoría de la argumentación jurídica. Las reglas y procedimientos establecidos por la teoría de la argumentación jurídica —principalmente cuando se hallan institucionalizadas (al menos de forma implícita) en las constituciones de los Estados democráticos de Derecho, como cree ALEXY— ingresan en el sistema jurídico y pretenden buscar, aunque sin la pretensión de alcanzar una certeza concluyente acerca de cuestiones prácticas, parámetros para determinar una decisión racional y (jurídicamente) correcta.

Al analizarse la derrotabilidad de las normas jurídicas, debe tenerse en cuenta dos cuestiones que se refieren respectivamente a la teoría del Derecho y a la teoría de la argumentación. La primera consiste en explicar su surgimiento o demostrar su funcionamiento. Esa cuestión es fundamental para cualquier avance en la comprensión del funcionamiento del sistema jurídico y pertenece a la dimensión analítica de la filosofía del Derecho. La segunda cuestión consiste en establecer cómo es posible justificar las decisiones que «derrotan» una determinada norma jurídica. Este problema se sitúa

---

aplicación de las normas morales (o, asimismo, de normas jurídicas). No obstante, es inexacto imaginar los discursos de aplicación y los discursos de justificación como disociados e independientes, como aparecen en la teoría de GÜNTHER. Un ejemplo extraído del debate entre GÜNTHER e ALEXY sobre la tesis del caso especial puede ser especialmente útil para ilustrar ese argumento. Puede imaginarse un conflicto entre las normas  $N^1$ , según la cual «debe cumplirse con las promesas que hechas a un amigo», y  $N^2$ , que establece el «deber de ayudar a personas enfermas que necesiten de asistencia». En un supuesto concreto, el conflicto puede manifestarse de la siguiente forma: A promete a B que irá a su fiesta, pero C, gravemente enfermo, le pide asistencia. En esa situación, son necesarias «nuevas interpretaciones» de las situaciones fácticas, que llevan a la «mudanza, modificación o revisión» del contenido semántico de las normas en cuestión (R. ALEXY, «Justification and Application of Norms», en *Ratio Juris*, vol. 6, núm. 2, 1993, 163; GÜNTHER, 2004: 79). Para que se pueda hacer una aplicación adecuada del sistema normativo, es necesario, como resalta ALEXY, modificar una de las normas que, en teoría, podría ser utilizada para la solución del caso. Una posible solución sería establecer la norma  $N^1_k$ , cuyo contenido sería: «alguien que haya prometido hacer algo tiene la obligación de hacerlo, excepto si, posteriormente, descubre que un amigo en dificultades necesita de ayuda al mismo tiempo» (ALEXY, 1993: 164). Sin embargo, al examinar el ejemplo más detenidamente, se observa que  $N^1_k$  revela un contenido normativo adicional en relación con  $N^1$  y  $N^2$  (ALEXY, 1993: 165). La situación de aplicación que lleva a la derrota de  $N^1$  sólo se soluciona con la creación de una *nueva nova norma concreta* ( $N^1_k$ ), que también necesita ser justificada. Esa conclusión llevó ALEXY a rechazar, a mi juicio correctamente (consultar T. BUSTAMANTE, «Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy», *Revista de Informação Legislativa*, núm. 171, 2006, 81 y ss.), la tesis de GÜNTHER de que el discurso jurídico no sería un caso especial de discurso práctico, sino un caso especial de discurso de aplicación, por cuanto no habría lugar para discursos de justificación de normas en la argumentación jurídica. El contraargumento de ALEXY es que los discursos de justificación necesariamente tienen lugar en todos los discursos de aplicación, lo que desmonta el argumento de GÜNTHER.

<sup>12</sup> R. ALEXY, «Sistema jurídico, principios y razón práctica», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1988, 148 y ss.

<sup>13</sup> R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007a, 178.

en la dimensión normativa de la filosofía del Derecho, la cual busca ir más allá de las dimensiones empírica y analítica para «llegar a la orientación y crítica de la praxis jurídica, sobre todo de la praxis de la actividad judicial»<sup>14</sup>.

El segundo grupo de cuestiones no puede ser enfrentado sin que se tenga claridad analítica acerca del funcionamiento de las normas. Cuando se indaga qué tipo de razonamiento puede ser invocado para rechazar la aplicabilidad de una norma jurídica mientras se mantenga intacta su validez, es necesario comprender el funcionamiento y la estructura de los sistemas jurídicos para contestar a esta pregunta.

En la siguiente sección serán tratadas inicialmente las cuestiones analíticas vinculadas a la derrotabilidad, lo que presupone tanto un esclarecimiento acerca del carácter dinámico del sistema jurídico y de la estructura de las normas susceptibles de ser «derrotadas» como un análisis de las normas que pueden ayudar a fundamentar la derrotabilidad.

## 2. PRINCIPIOS, REGLAS Y DERROTABILIDAD

En la sección anterior se abordó la derrotabilidad como una característica de las «normas jurídicas» en general. La base de la derrotabilidad estriba en el carácter dinámico del sistema jurídico. Si al aplicar una norma general siempre se crea una norma individual y si, además de ello, también la autoridad que establece la norma individual (sobre la base de una norma superior) excepcionalmente puede apartarse de la norma superior, entonces tenemos que el sistema jurídico es abierto, provisional y nunca puede ser completo.

Sin embargo, describir el sistema jurídico como un sistema dinámico puede ser insuficiente para un análisis adecuado de la derrotabilidad. Es necesario hacer todavía una breve especificación para dilucidar cómo la diferencia entre reglas y principios, que se refiere a la estructura de las normas jurídicas, incide en la justificación teórica de la derrotabilidad.

### 2.1. La derrotabilidad como una característica de las reglas jurídicas

La referencia a un sistema dinámico remite inicialmente a la teoría pura del Derecho de H. KELSEN. En su teoría jurídica, además de la idea de que el sistema jurídico tiene un aspecto dinámico, hay dos aserciones que nos interesan para los fines de este trabajo. La primera es que todas las normas jurídicas tienen una estructura condicional-hipotética y, por tanto, todas especifican ciertas condiciones en las cuales deben aplicarse. La segunda es que todas las reglas pueden ser exceptuadas.

En el primer argumento, que puede ser designado como «tesis de las reglas», KELSEN considera que sólo hay dos tipos de normas en cuanto al aspecto estructural: normas *categorías* y normas *condicionales*<sup>15</sup>. Las primeras —*categorías*— serían normas

<sup>14</sup> R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007b, 15.

<sup>15</sup> KELSEN, 1979: 115 y ss.

que «prescriben un determinado comportamiento humano sin imponer condiciones previas», o, en otras palabras, que prescriben la conducta «en todas las circunstancias». Las omisiones parecen ser previstas en ese tipo de normas (categóricas) por cuanto, al parecer, prescriben el comportamiento humano de manera incondicional, «o lo que es el mismo, en todas las circunstancias»<sup>16</sup>. Sin embargo, para KELSEN, incluso estas normas son normas hipotéticas, y no categóricas, pues no pueden ser prescritas de manera incondicional, dado que de lo contrario ellas podrían ser cumplidas o violadas de manera incondicional, lo que en realidad no ocurre<sup>17</sup>. En consecuencia, las normas que establecen una omisión también hacen referencia a determinados supuestos. Así, no se puede matar o hurtar en todas las circunstancias, sino sólo en circunstancias bien determinadas<sup>18</sup>. Una vez excluida la existencia de normas categóricas, KELSEN afirma la tesis de que en el sistema jurídico sólo existen normas hipotéticas:

«La condición bajo la cual se norma la omisión de una determinada acción es la suma de las circunstancias bajo las cuales la acción es posible. A ello se agrega que en una sociedad empírica no puede darse ninguna prescripción de omisión que no admita alguna excepción. Aun los mandamientos más fundamentales, como el de no matar; el de no sustraer a nadie un bien de su propiedad sin su consentimiento o su conocimiento; el de no mentir, sólo valen con ciertas limitaciones. Los sistemas sociales positivos deben siempre establecer las condiciones bajo las cuales no está prohibido matar, privar de la propiedad o mentir. Esto también muestra que todas las normas generales de un sistema social empírico, incluso las normas generales que prescriben omisiones, sólo pueden prescribir determinada conducta bajo muy específicas condiciones, y que, por tanto, *toda norma general establece una relación entre dos hechos que puede ser descrita en un enunciado según el cual, bajo determinada condición, debe producirse determinada consecuencia*»<sup>19</sup>.

Cuando KELSEN sostiene que sólo existirían normas hipotéticas, es decir, que contienen determinaciones acerca de una determinada acción que se exige, prohíbe o permite, deja claro que el sistema normativo sólo puede incluir normas que caen bajo la definición contemporánea de «reglas».

La segunda tesis —la «tesis de la derrotabilidad»— puede ser claramente vislumbrada cuando KELSEN explica la posibilidad de un «conflicto de normas de diferentes escalones». Sabemos que para KELSEN el orden jurídico presenta una estructura escalonada de normas *supra e infra* ordenadas unas a las otras. La autoridad judicial, cuando «aplica» una norma general establecida por el legislador, está creando una norma individual cuyo contenido es determinado por las normas generales. La decisión judicial no es meramente declaratoria de las normas jurídicas generales concretadas por el juez, sino que posee un carácter constitutivo: «la norma individual que estatuye que debe dirigirse una sanción bien específica contra determinado individuo, es recién creada por la sentencia judicial, no habiendo tenido validez anteriormente»<sup>20</sup>. El problema surge cuando se verifica un conflicto entre una norma de un escalón inferior y otra de un escalón superior. Para KELSEN, la hipótesis de una «norma contraria a las normas» es una *contradictio in terminis*: «una norma en cuyo respecto pudiera afirmarse que no corresponde a la norma que determina su producción, no podría ser vista como norma

<sup>16</sup> H. KELSEN, *¿Qué es justicia?*, trad. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 1982, 253.

<sup>17</sup> KELSEN, 1982: 253.

<sup>18</sup> KELSEN, 1979: 115.

<sup>19</sup> KELSEN, 1979: 274 y ss.

<sup>20</sup> KELSEN, 1979: 248.

jurídica válida, por ser nula, lo que significa que, en general, no constituye norma jurídica alguna. Lo que es nulo no puede ser anulado por vía del Derecho»<sup>21</sup>. Así:

«Afirmar que una sentencia judicial, o una resolución administrativa son contrarias a Derecho, sólo puede querer significar que el procedimiento en que la norma individual fue producida no corresponde a la norma que determina ese procedimiento, o que su contenido no corresponde al contenido de la norma general determinante, producida por vía legislativa o costumbre. [...] La sentencia del tribunal de primera instancia —y ello quiere decir, la norma individual producida con esa sentencia— no es nula, según el Derecho tenido por válido, aun cuando el tribunal competente para resolver la cuestión la considere “contraria a Derecho”. Sólo es anulable, es decir, puede solamente ser anulada mediante uno de los procedimientos determinados por el orden jurídico».

Las normas en conflicto con normas superiores que forman su base de validez sólo son susceptibles de anulación mediante un proceso determinado (en el caso de una decisión judicial, un recurso de casación; en el caso de una Ley infraconstitucional, una acción de inconstitucionalidad). Lo más importante para el presente trabajo es la solución planteada por KELSEN para el problema de una decisión judicial proferida por un tribunal de última instancia. KELSEN tiene que admitir la posibilidad de que ese tribunal decida en sentido contrario a lo que establece la norma general, sin que ello necesariamente implique la pérdida de la validez de su decisión: «El tribunal de última instancia está facultado para producir o bien una norma jurídica individual, cuyo contenido se encuentra predeterminado por una norma general producida por vía legislativa o consuetudinaria, o bien una norma jurídica individual cuyo contenido no está así predeterminado, sino que tiene que ser determinado por el tribunal mismo de última instancia». En síntesis: «Una sentencia judicial, mientras mantenga validez, no puede ser contraria a Derecho»<sup>22</sup>.

Cabe señalar que KELSEN admite la tesis de la derrotabilidad de todas las normas jurídicas, incluso de las normas de más alto rango jerárquico en el sistema de fuentes formales del Derecho. La doctrina en general denomina la posibilidad del juez decidir *contra* el contenido de una norma superior de «cláusula alternativa tácita», cuya consecuencia sería la siguiente: «En virtud de la cláusula alternativa tácita que acompañaría a todas las normas aplicables para la creación normativa pueden adquirir validez normas individuales cuyo contenido resulte incompatible con el contenido [expreso] de las normas generales correspondientes»<sup>23</sup>.

## 2.2. La distinción entre reglas y principios y la tesis de la derrotabilidad

### 2.2.1. *La relación entre principios y reglas y la institucionalización de los derechos fundamentales*

Más allá de la mención a las dos tesis kelsenianas arriba expuestas, lo más probable es que la teoría jurídica contemporánea acerca de la derrotabilidad de las normas jurídicas esté mayormente apoyada en la distinción entre reglas y principios. Esa clasifica-

<sup>21</sup> KELSEN, 1979: 274.

<sup>22</sup> KELSEN, 1979: 275-276.

<sup>23</sup> RUIZ MANERO, 1990: 86.

ción estructural de las normas puede enriquecer de modo significativo el análisis de la derrotabilidad. La tendencia de la doctrina contemporánea es aceptar la segunda tesis de KELSEN (la de la derrotabilidad) pero rechazar la primera (la de las reglas), de tal manera que aparece una tercera categoría de normas que no fue pensada originalmente por KELSEN: los principios. Una vez incorporados los principios a las constituciones con el más elevado grado de normatividad, ellos pasan a ejercer un «efecto de irradiación» sobre el ordenamiento jurídico y de esa manera actúan como las razones más relevantes para la justificación de las decisiones que juegan en contra de la aplicación de una determinada norma jurídica en situaciones en las que debería ser aplicada ordinariamente. La distinción entre reglas y principios juega, como veremos, un importante papel en la construcción de un modelo teórico que justifique la derrotabilidad. Una de las más sofisticadas propuestas teóricas de diferenciación entre esas dos clases de normas jurídicas es la formulada por R. ALEXY. En el ámbito del presente trabajo, su teoría será utilizada para explicar cómo la derrotabilidad se articula en el razonamiento jurídico y para ofrecer un modelo argumentativo para justificarla cuando la aplicación de una norma se vuelve problemática.

Como es sabido, este autor define a los principios como «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes». De esa forma, «los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas». La gama de posibilidades jurídicas es determinada por las otras normas (reglas y principios) que actúan en sentido contrario. Las reglas, a su vez, son «normas que sólo pueden ser cumplidas o no». Si una regla es válida, «entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible»<sup>24</sup>.

Esa clasificación es metodológicamente relevante porque implica diferentes *modos de aplicación* para las dos clases de normas. Mientras los principios deben ser optimizados de acuerdo con el principio de proporcionalidad, a fin de establecer las posibilidades reales y jurídicas en que ellos deben ser aplicados —de modo que la operación básica para su aplicación es la *ponderación*—, las reglas contienen mandatos definitivos y la operación básica para su aplicación es la *subsunción*.

El modelo de ALEXY, a pesar de establecer un criterio ontológico fuerte para diferenciar las dos clases de normas, presupone la existencia de relaciones estrechas entre los principios y las reglas, especialmente cuando esas normas se sitúan en distintos niveles jerárquicos, como en el caso de la expedición de reglas legislativas que definen el ámbito de aplicabilidad de los derechos fundamentales<sup>25</sup>. Cuando considera el ori-

<sup>24</sup> ALEXY, 2007b: 67-68.

<sup>25</sup> ALEXY sólo acepta un modelo mixto de principios y reglas. Sin embargo, pueden encontrarse en la doctrina varios modelos puros de principios o de reglas. La reciente discusión acerca de la derrotabilidad normativa, en la tradición ibérica y latinoamericana, suele presumir o un modelo puro de principios, como el de A. GARCÍA FIGUEROA, o un modelo puro de reglas, como el de J. A. GARCÍA AMADO. El primer modelo no reconoce una distinción fuerte entre principios y reglas, sino sustenta que todas las normas jurídicas pueden comportarse como principios y someterse al método de la ponderación (cfr. A. GARCÍA FIGUEROA, «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», en R. ALEXY *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico

gen de las normas de derecho fundamental, ALEXY concibe dos clases en las que ellas pueden ser agrupadas. Por una parte, hay normas de derechos fundamentales «directamente estatuidas» por el texto constitucional. Por otra parte, existe también una clase de normas de derecho fundamental no establecidas directamente en la ley fundamental, pero que son constitucionalmente relevantes porque ofrecen un remedio para la apertura semántica y estructural de las normas de derecho fundamental directamente estatuidas en la Constitución<sup>26</sup>. ALEXY denomina a ese segundo grupo «normas de derecho fundamental adscritas». La relación entre una norma directamente estatuida y una norma adscrita es una relación de precisión (en la medida en que ésta determina el contenido semántico de la primera y favorece su aplicabilidad) y una relación de fundamentación (en la medida en que la primera fornece el fundamento de validez de la segunda). «Una norma adscrita», argumenta el autor, «tiene validez y es una norma de derecho fundamental, si para su adscripción a una norma de derecho fundamental directamente estatuida es posible aducir una fundamentación iusfundamentalmente correcta»<sup>27</sup>. Cuando se da ese caso, la importancia de la norma adscrita es crucial porque resultaría imposible aplicar un derecho fundamental sin atender a la norma adscrita que establece su ámbito de protección.

En el modelo teórico de ALEXY existe una íntima relación entre la diferenciación de las normas de derecho fundamental en cuanto a su origen (normas directamente estatuidas o normas adscritas) y en cuanto a su estructura (principios o reglas). Esa relación es más nítida cuando se tiene en cuenta la regla acerca de las colisiones de principios constitucionales que ALEXY denominó «la ley de la colisión». Una colisión de principios constitucionales sólo puede ser resuelta por medio del establecimiento de ciertas relaciones de prioridad condicionada entre los principios en colisión. Dichas relaciones son establecidas mediante reglas de precedencia entre los principios constitucionales que pueden ser caracterizadas como normas adscritas. ALEXY llega, por tanto, a una importante conclusión: Las colisiones de principios son resueltas únicamente por la creación de normas adscriptas que tienen la naturaleza de reglas. Ése es el contenido de la llamada «ley de la colisión», que fue elaborada por ALEXY para ex-

---

Europeo, 2007, 333 y ss.; *ibid.*, «Neoconstitucionalismo y derrotabilidad: el Derecho a través de los derechos», en P. BONORINO RAMÍREZ (comp.), *Teoría jurídica y decisión judicial*, Madrid, Bubok, 2010, 147 y ss. Disponible para descarga gratuita en <http://www.bubok.com/libros/175862/Teoria-del-Derecho-y-decision-judicial>). El segundo modelo, a la inversa, sustenta que todas las normas jurídicas tienen la estructura propia de las reglas. La derrotabilidad, en este segundo modelo, se fundamentaría no en la ponderación, sino en normas excepcionales que son elaboradas por los órganos de aplicación del Derecho con fundamento en convenciones interpretativas aceptadas por los juristas (cfr. J. A. GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia», en T. BUSTAMANTE, *Teoria do direito e decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, 15 y ss.; *ibid.*, «Sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas», en BONORINO RAMÍREZ, 2010: 179 y ss.). Ninguno de estos modelos, sin embargo, me parece convincente. El modelo puro de principios debe ser rechazado porque no toma suficientemente en serio las decisiones del legislador democrático, pues no reconoce la prioridad de las ponderaciones hechas por el legislador sobre aquellas realizadas por la jurisdicción constitucional. El modelo puro de reglas, a su vez, debe ser rechazado porque su tesis de que no existen principios jurídicos obliga al intérprete a clasificar muchas normas constitucionales como «programáticas» y despidas de obligatoriedad. Además, como ese modelo cuenta sólo con convenciones sociales para establecer excepciones a las reglas jurídicas, carece de un criterio para la crítica a estas convenciones. Para una crítica a esos modelos puros de reglas y de principios, *vid.* T. BUSTAMANTE, «Principios, reglas y derrotabilidad. El problema de las decisiones *contra legem*», en BONORINO RAMÍREZ, 2010a: 205 y ss., esp. 229-262.

<sup>26</sup> ALEXY, 2007b: 49.

<sup>27</sup> ALEXY, 2007b: 53.

plicar la relación entre principios y reglas. Esa ley de colisión puede ser canónicamente enunciada de la siguiente manera: «las condiciones bajo las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»<sup>28</sup>.

Otra importante conclusión que puede ser extraída de la ley de colisión y que ayuda a comprender el fenómeno de la derrotabilidad es que las «reglas, cuando son racionalmente justificables, son el resultado de una ponderación entre principios»<sup>29</sup>. Cuando el legislador establece una regla, ésta puede ser presentada como el resultado de una elección (obviamente dentro de un margen de discrecionalidad fijado por la constitución) acerca de la precedencia de determinado principio constitucional en la situación que figura como supuesto de hecho de esa regla. La legislación ocupa un lugar central en el modelo teórico de ALEXY porque ella *universaliza* la solución para las colisiones de principios y establece una prioridad de las decisiones democráticas del legislador en todas las situaciones oscuras del texto constitucional<sup>30</sup>. Si, por una parte, toda regla debe ser formulada en un lenguaje universal, por otra parte todas las reglas mantienen una relación con los principios que las justifican. Como A. PECZENIK bien observa, si la distinción entre principios y reglas de ALEXY es aceptada «toda regla jurídica puede ser presentada como el resultado de una ponderación de principios realizada por el legislador»<sup>31</sup>.

Esa relación entre los principios y las reglas es un presupuesto de la teoría de ALEXY y debe ser preservada si se quiere vincular la teoría de los principios al discurso práctico en general, como pretende ALEXY. En efecto, la vinculación entre la teoría de los principios y el discurso práctico general es un aspecto nuclear de su teoría. Es por esa vía que se establece una teoría de la argumentación iusfundamental, la cual convierte el modelo de ponderación de un «modelo de decisiones» acerca del peso

<sup>28</sup> ALEXY, 2007b: 75.

<sup>29</sup> R. ALEXY, «Apêndice núm. 6: Resposta de Alexy à carta núm. 5», en T. BUSTAMANTE, *Argumentação «contra legem» - a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, 323 y ss.

<sup>30</sup> La exigencia de universalizabilidad no es, en absoluto, incompatible con la derrotabilidad de las reglas jurídicas. Cuando se introduce una excepción en una norma jurídica, esta excepción debe constituir el supuesto de hecho de una nueva norma introducida por el juzgador en el caso concreto. Dicha norma deberá ser enunciada en términos universales y aplicada a todos los casos semejantes, a menos que existan fuertes razones en sentido contrario. Como lo explica N. MACCORMICK, aun cuando el juez decide por equidad la decisión debe decorrer de una norma universal. Pese al hecho de corregir el exceso de generalidad de las reglas jurídicas, la equidad no afecta la característica de la universalizabilidad de esas normas. Aun según MACCORMICK, basado en las enseñanzas de R. M. HAR, la palabra *universal* tiene un sentido más exacto que la palabra *general*; cuando utilizamos la palabra *general*, señalamos una diferencia de grado, y no de lógica (N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Clarendon, 2.ª ed., 1994). Así, «la proposición “toda discriminación entre personas está prohibida” es más general que la proposición “toda discriminación entre personas fundada en los orígenes nacionales está prohibida”; pero todas las dos son universales» (MACCORMICK, 1994, 78). Eso se aplica también para los juicios de equidad, pues ellos también necesitan ser justificados. La exigencia de *justicia formal* hace con que todas las decisiones judiciales deban ser justificadas en una regla universal (MACCORMICK, 1994, 97-99). Incluso cuando el juez está en posición de apartar la incidencia de una regla por exceso de generalidad, eso sólo es posible si la regla excepcional, creada para el caso concreto, es igualmente aplicable a todos los casos análogos. El modelo que pretendo establecer para las decisiones *contra legem* camina, por tanto, en una dirección contraria a cualquier tipo de particularismo jurídico. Si una excepción a una determinada regla no puede ser universalmente establecida, entonces esta excepción no puede ser justificada de forma correcta.

<sup>31</sup> A. PECZENIK, «Saltos y lógica en el Derecho ¿Qué se puede esperar de los modelos lógicos de la argumentación jurídica?», trad. de E. Garzón Valdés, en PECZENIK, *Derecho y Razón*, México, Fontamara, 2000, 78.

de los derechos fundamentales en un «modelo de fundamentación», es decir, de un modelo voluntarista (en que la ponderación puede ser presentada como el resultado de una simple decisión) en un modelo en el que las reglas adscritas de una disposición de derecho fundamental pueden ser presentadas como el resultado de un proceso argumentativo racional. En su teoría de la argumentación jurídica, ALEXY sostiene la tesis de que en todos los actos de habla regulativos, incluso los jurídicos, hay implícita una pretensión de corrección que, aunque no se limita a, incluye la exigencia de una corrección en el sentido moral. De la pretensión de corrección, el autor extrae una afirmación correlativa que posee gran relevancia a la hora de determinar los argumentos que pueden ser empleados en el discurso jurídico: la tesis del caso especial, de acuerdo con la cual el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Esa idea es justificada de la siguiente manera:

«(La tesis del caso especial) se fundamenta (1) en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo ciertas condiciones de limitación (entre las cuales, especialmente, figura la exigencia de que la decisión esté fundamentada en el marco del ordenamiento jurídico)»<sup>32</sup>.

Es con base en la tesis del caso especial que se sostiene, por ejemplo, la «unidad del discurso práctico», según la cual el discurso jurídico no puede prescindir de argumentos morales que se encuentren imbricados en la argumentación judicial. Una decisión judicial que no cumpla con las exigencias de una moralidad procedimental universalista (que presupone un constructivismo ético al estilo de HABERMAS) es considerada como una decisión defectuosa por razones conceptuales<sup>33</sup>. La característica más destacada de la teoría de ALEXY es esa conexión entre el discurso práctico y el

<sup>32</sup> ALEXY, 2007a: 205.

<sup>33</sup> La conexión que se establece por la vía de la tesis del caso especial es una conexión entre el Derecho y una moral constructivista. No es una moral objetiva que tenga contenidos predeterminados y que exista independientemente del discurso. Es una moral para cuya fundamentación la religión o cualquier otra especie de factor potencialmente restrictivo o autoritativo no puede jugar ningún papel, pues sus normas sólo pueden ser el producto de un discurso racional conducido bajo ciertas condiciones que se acercan de la idea regulativa de una situación ideal de habla en que los puntos de vista morales pueden ser criticados y revisados por todos en un proceso que garantice la igualdad de acceso y participación en el discurso. Esa situación ideal de habla sirve para fundamentar una serie de reglas procesales por el método que HABERMAS denominó de «pragmático-universal». Como explica HABERMAS, la tarea de la pragmática-universal es «identificar y reconstruir las condiciones universales del mutuo entendimiento posible» (J. HABERMAS, «What is Universal Pragmatics?», en *On the Pragmatics of Communication*, Reprinted, Cambridge, Polity Press, 2003, 21 y ss.). Cualquier persona que actúe *comunicativamente* «debe, al realizar un acto de habla, sostener pretensiones de validez universales y suponer que ellas puedan ser fundamentadas (*vindicated; einlösen*)» (HABERMAS, 2003: 22). Una de las reglas de argumentación más importantes fundamentadas por esa vía es el principio U, que fue enunciado de la siguiente manera: «U: una norma es válida cuando todas las consecuencias y efectos colaterales previsibles de su observancia general bajo los intereses y orientaciones valorativas de *cada individuo* puedan, sin cualquier forma de coerción, ser conjuntamente aceptados por *todos* los afectados por ella» (J. HABERMAS, «A genealogical analysis of the cognitive content of morality», en *The inclusion of the other: Studies in Political Theory*, Cambridge, Polity Press, 1999, 42). «U» desempeña, para HABERMAS, la función de una *regla de argumentación* que especifica como normas morales pueden ser construidas y justificadas. Este principio está, por tanto, en el centro de la «ética del discurso». El modelo ético-discursivo de justificación «consiste en la derivación del principio fundamental U a partir del contenido implícito de las presuposiciones universales del discurso» (HABERMAS, 1999: 43). Si ALEXY presupone una conexión entre el Derecho y la moral, él presupone con ello que las normas jurídicas están conectadas a las normas que pueden ser construidas con la ayuda de U.

discurso jurídico: el Derecho se abre a una moral procedimental de carácter universalista. Los principios fundamentales de la constitución son la expresión positivada de la *institucionalización* de la moral por parte del Derecho.

No obstante, es evidente que una concepción de moral procedimental como la que propone HABERMAS encuentra varias limitaciones. Resulta imposible alcanzar un consenso racional motivador para ciertos problemas prácticos que, pese al hecho de permanecieren insolubles por la moralidad crítico-procedimental, tienen que ser resueltos por el Derecho. En este punto específico, ALEXY reafirma la importancia de las reglas y del principio democrático en la justificación y en la aplicación del Derecho. La necesidad de un discurso específicamente jurídico, en caso de que se admita la tesis del caso especial, puede ser fundamentada en deficiencias del discurso práctico general como los «problemas de conocimiento» (o sea, las dificultades para determinar la acción correcta a la luz de los principios morales aisladamente considerados) y los «problemas de cumplimiento» (la dificultad de garantizar efectividad a las decisiones alcanzadas por la vía del discurso práctico). El discurso jurídico —y, añadimos, especialmente la argumentación jurídica en el contexto de la legislación— resuelve cuestiones que permanecen abiertas en el discurso práctico. La necesidad del discurso jurídico deriva del propio discurso práctico en la medida que aquél es un «medio necesario para la realización de la razón práctica» y, de esa manera, un «elemento necesario de la racionalidad discursiva realizada»<sup>34</sup>. Ahora bien, la misma relación que se establece entre el discurso práctico y el discurso jurídico se desarrolla también entre los principios establecidos en la constitución y las reglas creadas en el proceso legislativo democrático. Los principios padecen los mismos problemas que el discurso práctico, especialmente los problemas de conocimiento, y, por ello, sus soluciones para los problemas jurídicos concretos son tan indeterminadas como las que se presentan en el discurso práctico. Es ahí donde surge la necesidad de concreción legislativa para garantizar efectividad a los derechos fundamentales. Las reglas que derivan de ese proceso no pierden, sin embargo, sus conexiones con los principios que las fundamentan y no pueden ni ser interpretadas sin una referencia explícita a tales principios ni tampoco pueden ser construidas de modo que traspasen los límites al marco discrecional que ellos establecen para el legislador.

ALEXY necesita, por tanto, de una clara distinción entre principios y reglas para seguir afirmando al tiempo la tesis del caso especial y el correlativo carácter vinculante de las normas establecidas por la vía del proceso legislativo democrático. Las excepciones a los supuestos de hecho de las reglas jurídicas no pueden ser justificadas por la simple realización de una nueva ponderación de principios aplicada al caso concreto, como si las reglas establecidas por el legislador fuesen también principios. En el caso de una colisión entre una regla válida y un principio constitucional, es posible ponderar el principio que justifica la existencia de una regla con otros principios directamente estatuidos en la constitución, pero no se puede descuidar la relevancia del hecho de que la existencia de una regla «atribuye consecuencias a casos de un tipo particular en la forma especificada en sus condiciones», de suerte que el legislador eleva una pretensión de haber dado la «última palabra» sobre los casos-tipo establecidos en esta regla<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> R. ALEXY, 2007a: 315.

<sup>35</sup> A. PECZENIK y J. HAGE, «Law, morals and Defeasibility», *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 3, 2000, 210.

La existencia de una regla implica, por tanto, la existencia de una pretensión de estabilidad para el resultado de las ponderaciones de principios realizadas por el legislador, es decir, una pretensión de que esos resultados tienen carácter definitivo.

### 2.2.2. Sobre la derrotabilidad de las reglas jurídicas

La pretensión de estabilidad de las reglas jurídicas anteriormente mencionada no es una garantía de su carácter definitivo<sup>36</sup>. Cuando se habla de una pretensión, obviamente se hace referencia a algo que debe ser reivindicado o fundamentado discursivamente. Pero no siempre habrá éxito en esa labor de fundamentación, y por, ello se puede afirmar que las reglas poseen la característica de la derrotabilidad.

Como ALEXY sostiene con claridad, su distinción entre reglas y principios no implica que las reglas sean normas de cumplimiento obligado en el modelo del «todo o nada», como había sugerido DWORKIN en sus ensayos de la década de 1960<sup>37</sup>. Según ALEXY, no todos los conflictos entre reglas y principios son resueltos con el reconocimiento de la invalidez de una de ellas ya que, en algunas circunstancias, es posible establecer una excepción a una de esas reglas. En otras palabras, no toda colisión entre reglas jurídicas se da en el nivel abstracto de la validez. Como consecuencia, es razonable suponer también que hay conflictos concretos que se dan en el nivel de su aplicación práctica.

Es precisamente eso lo que ALEXY tiene en mente cuando resalta que no es correcto afirmar que todos los principios tienen «el mismo carácter *prima facie*» y que todas las reglas poseen «el mismo carácter definitivo», como tampoco es correcto afirmar que por consiguiente las reglas son aplicadas según el modelo del «todo o nada». El modelo teórico de DWORKIN es demasiado sencillo para explicar el carácter *prima facie* de las reglas y los principios y, por ello, es necesario construir un modelo teórico

<sup>36</sup> Sólo podría pensarse en una garantía absoluta de estabilidad si el Derecho fuera comprendido en el sentido que J. RAZ lo define, es decir, como un sistema de razones excluyentes que permiten al destinatario de las normas jurídicas decidir una cuestión jurídica *sin realizar ninguna valoración propia*, o sea, actuando en conformidad con una ponderación de razones ya realizada por una autoridad. Según el autor, las razones jurídicas —elegidas por las autoridades con competencia para crear el Derecho positivo— *sustituyen* las razones propias de los individuos que actúan en conformidad con el Derecho. Los destinatarios de las normas jurídicas actúan según reglas que pueden ser identificadas y cumplidas sin que se realice cualquier consideración de naturaleza moral o política. Tener autoridad, para RAZ, significa tener el poder de determinar por completo (*pre-empt*) las razones que pueden ser utilizadas por otras personas (*cf.* J. RAZ, *The Authority of Law*. 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, OUP, capítulos 4 y 5, 2009; *id.*, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon, 1995, 196 y ss.). Como se percibe, RAZ reduce el Derecho a la noción de autoridad, sosteniendo exactamente el contrario de lo que piensa ALEXY, ya que este autor atribuye al Derecho una naturaleza dualista que se infiere de la conexión argumentativa entre el Derecho y la Moral, que se deriva de su pretensión de corrección. Como lo explica ALEXY, puede derivarse de la pretensión de corrección implícitamente erigida en los actos jurídicos una «obligación jurídica de prolarar decisiones moralmente correctas» (R. ALEXY, «Law and Correctness», en *Current Legal Problems*, núm. 51, 1998, 205 y ss.). El Derecho tiene una naturaleza dualista, dice ALEXY, porque hay en él una dimensión ideal (constituida por la idea de corrección moral) y una dimensión fáctica o institucional (R. ALEXY, *El concepto y la naturaleza del Derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2009). Para una crítica que, en mi opinión, desmonta las tesis de RAZ sobre la naturaleza del Derecho, *vid.* también G. POSTEMA, «Law's Autonomy and Public Practical Reason», en R. GEORGE (comp.), *The Autonomy of Law-Essays on Legal Positivism*, Oxford, OUP, 1996, 79 y ss.

<sup>37</sup> R. DWORKIN, «Is law a system of rules?», en R. Summers (ed.), *Essays in Legal Philosophy*, Berkeley, University of California Press, 1968, 25 y ss.

diferenciado que sea capaz explicar satisfactoriamente el fenómeno. Dicho sistema diferenciado es necesario porque siempre es posible introducir en la motivación de una decisión jurídica una cláusula de excepción en una regla jurídica. Si ello acontece, entonces la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso concreto<sup>38</sup>. La principal diferencia que se establece entre la teoría de ALEXY y los escritos iniciales de DWORKIN está en que el autor alemán, al contrario del americano, admite y considera imprescindibles tanto la interrelación entre las reglas y los principios como la derrotabilidad de las reglas jurídicas, como se puede comprobar en la explicación de C. BERNAL PULIDO:

«(L)a aplicación de la manera “todo o nada” implica necesariamente que todas las excepciones a las reglas puedan ser reconocidas de antemano. ALEXY sostiene que en los complejos sistemas jurídicos modernos no es posible conocer siempre todas las excepciones a las reglas, entre otras razones, porque en las específicas circunstancias de cada supuesto concreto en que las reglas deban ser aplicadas, pueden aparecer nuevas excepciones. Además, en todo caso, si fuera posible conocer de antemano todas las excepciones a las reglas, también sería posible conocer y prever todas las excepciones que pueden formularse a los principios. Como consecuencia, la diferencia entre principios y reglas sería solo una diferencia de grado [...]. Como consecuencia, según ese criterio de distinción, tanto los principios como las reglas se aplicarían de la misma manera: de forma todo o nada, y no existiría una diferencia lógica entre ellos<sup>39</sup>.

Problemas como éstos llevan a ALEXY a rechazar de manera expresa la clasificación propuesta por R. DWORKIN<sup>40</sup>, aunque conservando la idea general de que los principios poseen una dimensión de peso o importancia. Así, la distinción entre principios y reglas se mantiene como una cuestión empírica u ontológica: ALEXY afirma que existen normas que contienen determinaciones en relación con una conducta (reglas) y otras que tan sólo establecen un estado ideal de cosas que debe ser obligatoriamente buscado en la mayor medida posible (principios). Del hecho de que éstas permitan que se justifique el incumplimiento de aquéllas es que se deduce la derrotabilidad de las reglas jurídicas.

Como consecuencia, la derrotabilidad se presenta como una característica de las reglas jurídicas, que son las normas más rígidas del sistema jurídico. Curiosamente, la teoría de ALEXY permite sostener que las normas derrotables son reglas, y no principios, pues sólo es posible derrotar o establecer excepciones a una norma que haya especificado una serie de consecuencias que deben ser aplicadas en un caso concreto<sup>41</sup>. Como los principios jurídicos no hacen ese tipo de previsión (no establecen una

<sup>38</sup> ALEXY, 2007b: 79 y ss.

<sup>39</sup> C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3.ª ed, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 579.

<sup>40</sup> *Vid.* ALEXY, 1988: 141 y ss.

<sup>41</sup> Esta conclusión es incompatible con una tesis que defendí en un trabajo anterior. En efecto, yo sostenía que la derrotabilidad era una propiedad tanto de los principios como de las reglas jurídicas. Los principios serían normas cuya derrotabilidad es inmanente, mientras que las reglas serían normas cuya derrotabilidad está reservada para casos excepcionales (T. BUSTAMANTE, *Argumentação contra Legem*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, 220-229). Esta tesis es semejante al pensamiento de H. ÁVILA, para quien «las reglas tienen un carácter *prima facie* fuerte y su derrotabilidad es más rígida», mientras que los principios tienen un carácter *prima facie* débil y su derrotabilidad es más flexible» (*cf.* H. ÁVILA, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 11.ª ed., 2010, 105). La principal razón por la cual me aparto de esta explicación de la derrotabilidad es que ahora creo que dicha explicación no lleva en cuenta el hecho de que

consecuencia determinada para un supuesto de hecho), ellos no pueden ser sometidos a excepciones. Los principios tienen que ser convertidos en reglas para que sus consecuencias en un caso concreto sean conocidas. Únicamente después de la ponderación de principios es que se llega a una regla en que se permite subsumir el caso concreto para determinar la conducta exigida por el Derecho<sup>42</sup>. Ese proceso de concretización

los principios son normas cuya institucionalización es *parcial* (pues les falta la determinación de los comportamientos concretos exigidos por esas normas), y, por consiguiente, ellos no pueden ser derrotados porque no establecen ningún supuesto de hecho. Los principios establecen sólo un mandato para optimizar. Si definimos la derrotabilidad como la posibilidad de *se inserir* excepciones en una norma jurídica, entonces necesariamente debe presumirse que esa norma tiene la estructura de una *regla* que permita la subsunción de ciertos hechos o comportamientos en su supuesto de hecho. La tesis de que la derrotabilidad es una propiedad de las reglas, y no de los principios, es también sostenida recientemente por C. BÄCKER (cfr. C. BÄCKER, «Rules, Principles and Defeasibility», en M. BOROWSKI (comp.), *On the Nature of Legal Principles*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beibef 119, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, 80 y ss.

<sup>42</sup> Uno de los presupuestos del análisis de las relaciones entre reglas y principios realizado *supra* es la tesis de que los principios «exigen la aceptación de ciertas normas particulares como definitivamente válidas» (J.-R. SIECKMANN, «Las estructuras lógicas de los argumentos normativos», trad. de Carlos Bernal Pulido, en J. SIECKMANN, *El modelo de los principios del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, 84), es decir, ellos funcionan como razones para la producción de reglas. Esta idea es admitida tanto por ALEXY como por sus críticos. Cuando J.-R. SIECKMANN propone definir los principios como «argumentos normativos que tienen la estructura de mandatos reiterativos de validez» (SIECKMANN, 2006: 82), este autor sostiene que el procedimiento de ponderación y sopesamiento de principios acaba siempre en una norma (regla) individual que se establece como válida, de modo que «los principios implican la pretensión de que una norma N debe ser aceptada como definitivamente válida» (SIECKMANN, 2006: 86). Asimismo, ALEXY sostiene en su «ley de colisión» que al final de toda ponderación se llega a una norma adscripta que establece cuál de los principios tiene prioridad en el caso concreto. Como resultado de una ponderación o una argumentación a partir de un principio siempre se establece una regla. Podemos concluir, por tanto, que los procesos de aplicación y ponderación de principios constituyen procesos de creación de reglas individuales, tal como Kelsen ya había indicado en su análisis de la dinámica jurídica. Como es necesaria esa «transformación» de los principios en reglas antes de su aplicación concreta, la tesis de que lo que se derrota son las reglas, y no los principios, parece plausible.

Sin embargo, esa tesis (de que los principios no son derrotables porque no se puede establecer de antemano sus consecuencias normativas) puede ser objetada si se toma en cuenta las críticas que A. AARNIO y J.-R. SIECKMANN han dirigido contra la teoría de las normas propuesta por R. ALEXY. Argumenta AARNIO que cuando se define los principios como mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la máxima medida posible, «este mandado tiene en realidad un carácter definitivo», ya que «sólo puede ser cumplido o incumplido, y siempre está ordenado cumplirlo plenamente» (R. ALEXY, «Sobre la estructura de los principios jurídicos», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, 108). «O se optimiza o no se optimiza. Por ejemplo, en caso de conflicto entre dos principios, se debe armonizar los principios de manera óptima y sólo de manera óptima» [AARNIO, «Taking rules seriously», en W. Hofer y G. Sprenger (eds.), *Proceedings of the 14<sup>th</sup> IVR World Congress (Edinburg)*, *ARSP-Beibef 42*, 1990, 187; ALEXY, 2003: 108]. Así, la clasificación de los principios como mandatos de optimización no implicaría la existencia de diferencias estructurales entre principios y reglas. Si esta objeción estuviera fundada, entonces podría decirse que los principios tienen la misma estructura que las reglas, pues la exigencia de optimizar sería apenas la consecuencia normativa que ellos prevén. Nada bastaría, así, a que se introdujese una excepción en los principios, de modo que en el caso *x* no sería más necesario optimizar el principio P. No obstante, ALEXY aborda la poderosa objeción de AARNIO al establecer una distinción entre los principios en cuanto «mandados que se optimizan» (esto es, deberes ideales que deben ser optimizados) y las normas que establecen el «mandato para optimizar» (R. ALEXY, «On the Structure of Legal Principles», *Ratio Juris*, vol. 13, núm. 3, 300). Si esta distinción es correcta, entonces parece razonable sostener que en todos los sistemas jurídicos donde hay principios existe una meta-norma (del tipo regla) según la cual los principios deben ser optimizados siempre en la máxima medida. Dicho de otro modo, «si P es un principio dotado de validez en el sistema jurídico S, entonces S contiene una meta-regla R<sup>Opt</sup> que establece el deber de optimizar P en todos los casos a los cuales P sea aplicable» (*vid.* que la estructura de esta regla es idéntica a la de la máxima de proporcionalidad). Surge entonces una importante pregunta: ¿Puede R<sup>Opt</sup> ser excepcionada? O aun: ¿Es R<sup>Opt</sup> derrotable? Si quisiéramos mantener intacta la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY y la ley de colisión, entonces la respuesta parece ser negativa, pues si no fuera así los principios perderían su dimensión de peso y no podrían más ser definidos como normas que ordenan que algo

de los principios impone que se fundamenten enunciados formulados en un lenguaje universal, o sea, reglas de derechos fundamentales adscritas<sup>43</sup>. La existencia de normas del tipo de los principios es por tanto plenamente compatible con las reglas J.2.1 y J.2.2 de la *Teoría de la argumentación jurídica* de ALEXY, que disponen que «para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal» y, de modo correlato, «la decisión jurídica debe seguirse al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones»<sup>44</sup>.

Como puede observarse, hay una mutua dependencia entre los principios y las reglas en la teoría de la argumentación iusfundamental de ALEXY: de un lado, los principios sólo adquieren eficacia si de ellos se puede extraer reglas formuladas en lenguaje universal; y de otro, las reglas no pueden ser aplicadas sin atención a los principios que les fundamentan.

El efecto de irradiación de los principios es lo que constituye el fundamento para el carácter *prima facie* de las reglas y para su derrotabilidad. Aplicase en ese campo la técnica de la reducción, que consiste en la eliminación de una parte del «núcleo lingüísticamente no controvertido» de una norma jurídica<sup>45</sup>, es decir, en la introducción de una «cláusula de excepción» en una norma establecida por el legislador con base en un principio. Sin embargo, se establece una carga de argumentación especial para quien quiera defender la no aplicación de una regla a una situación cubierta por su supuesto de hecho, pues siempre habrá *principios formales* (o, como se les puede llamar, principios institucionales) que juegan a favor del mantenimiento de las consecuencias de la regla establecida por el legislador<sup>46</sup>. Para crear una excepción a una regla que

---

sea realizado en la máxima medida posible. Una de las características más esenciales de los principios es que ellos conservan su normatividad incluso para los casos en que son superados por otros principios, de modo que admitir la existencia de excepciones en el mandato para optimizarlos sería tratarlos como reglas, y no más como principios. Como explica ALEXY, «existe una relación necesaria entre el deber ser ideal, es decir, entre el principio como tal, y el mandato de optimización, en cuanto regla» (ALEXY, 2003: 109). Siempre que se clasifica una norma como un principio, se establece un mandato incondicional para optimizarla. R<sup>Opt</sup> es, por tanto, lo que KELSEN llamó una «norma categórica», esto es, una norma que prescribe una conducta humana «bajo cualquier condición» (KELSEN, 1979: 115). Sólo si la validez incondicional de R<sup>Opt</sup> es presupuesta se puede decir al mismo tiempo que hay un deber jurídico de optimizar los principios jurídicos y que estos principios tienen una estructura diferente de la de las reglas (agradezco a C. BERNAL PULIDO por haber atraído mi atención sobre este problema).

<sup>43</sup> Con ello no se niega que principios constitucionales puedan establecer un marco o límite al poder de concreción de los derechos fundamentales del legislador. Hay posiciones y condiciones que pueden ser fundamentadas mediante un discurso inmediatamente referido a las normas directamente instituidas en la Constitución. El control de constitucionalidad es una instancia en la que las decisiones legislativas que se encuentran más allá del margen de libertad determinada por el constituyente son sometidas a un control de racionalidad. Los tribunales constitucionales, por tanto, establecen también una serie de reglas adscritas que ayudan a establecer el ámbito de aplicación de cada derecho fundamental, de suerte que la distinción entre las reglas y los principios presupone también un cierto grado de vinculación para los precedentes judiciales de las cortes constitucionales. Sobre ese tema, he tenido la oportunidad de hacer una reflexión más profunda en T. BUSTAMANTE, «Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies between Cases», en M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie - Beiheft*, 119, 2010b, 63 y ss.

<sup>44</sup> ALEXY, 2007a: 215.

<sup>45</sup> A. PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983, 51.

<sup>46</sup> ALEXY, 2007b, 81. Mucho podría decirse sobre los denominados principios formales. Sin embargo, la característica más sobresaliente de estos principios es que ellos aseguran un «comprometimiento *prima facie* con el resultado de un procedimiento» (cfr. J. R. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990, 137; y M. BOROWSKI, «The Structure of Formal Principles - Robert

contiene una enumeración de tipo *numerus clausus* es necesario incluir en el proceso de ponderación principios formales como el principio democrático, el principio del Estado de Derecho y todas las reglas que definen el proceso legislativo, demostrando que existen razones incluso para superar el peso del material institucionalmente establecido por el legislador.

El establecimiento de excepciones casuísticas a las reglas jurídicas existentes en un dado espacio y tiempo implica decisiones *contra legem* que, según A. PECZENIK y J. HAGE, son en verdad «creación del Derecho por vía de la interpretación»<sup>47</sup>, en la cual se impone al jurista práctico una pesada carga de argumentación. Los supuestos de derrotabilidad de reglas jurídicas válidas encuentran justificación en el hecho de que —por más de que las reglas estén caracterizadas por la presencia de un componente descriptivo que permite la deducción (después de su interpretación) de un comportamiento debido— ellas «sólo están basadas en un conjunto finito de informaciones»<sup>48</sup>. Hay que introducir, por tanto, una distinción entre la *exclusión* de una regla (la cual implica el establecimiento de una excepción a su supuesto de hecho) y su *invalidación*: «Si una regla es inválida, eso significa —en cierto sentido— que ella no existe y que, por tanto, ni siquiera puede generar cualquier tipo de razones (para un comportamiento)». Por otra parte, la exclusión sólo tiene cabida delante de un caso particular: «Una regla sólo puede ser excluida si es válida»<sup>49</sup>. Los casos de derrotabilidad de una norma jurídica son siempre casos de decisiones *contra legem*. Son casos trágicos en el sentido de M. ATIENZA, por cuanto sólo pueden ser resueltos correctamente si suponen una excepción al ordenamiento jurídico. En esos casos, escribe ATIENZA, «no existe ninguna respuesta correcta»<sup>50</sup>. No sería exagerado decir que éstos son algunos de los casos más difíciles que se pueden hallar en la argumentación jurídica.

### 3. LA DERROTABILIDAD DE LAS REGLAS Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES CONTRA LEGEM

Como ya vimos, en un sistema jurídico de carácter dinámico, las normas de la legislación infraconstitucional no pueden ser normas absolutas, es decir, normas para un supuesto de hecho cerrado al que no es posible añadir ninguna excepción. Si el modelo regla/principio es adoptado, entonces hay que reconocer que las reglas son normas derrotables. No se puede, sin embargo, sostener la derrotabilidad de los principios,

---

Alexy's "Law of Combination", en *On the Nature of Legal Principles - Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Beiheft 119*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2010, 19 y ss.). En el epílogo a su *Teoría de los Derechos fundamentales*, ALEXY sostiene una «Ley de combinación» según la cual los principios formales se suman al menos a un principio material cuando colisionan con otro principio jurídico. El peso de este último principio, para que pueda justificar la introducción de una excepción en una regla jurídica, debe superar los pesos cumulativos del principio que está por detrás de esta regla y del principio formal que exige el respeto a las decisiones del legislador. Para un estudio más profundizado sobre esos problemas, que contiene una crítica a la «Ley de combinación», *vid.* BOROWSKI, 2010.

<sup>47</sup> PECZENIK y HAGE, 2000: 313.

<sup>48</sup> J. HAGE, *Reasoning with Rules - An Essay on Legal Reasoning and Its Underlying Logic*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1997, 4 y 85.

<sup>49</sup> HAGE, 1997: 109.

<sup>50</sup> M. ATIENZA, *As Razões do Direito - Teorias da argumentação jurídica*, trad. de María Cristina Guimaraes Cupertino, São Paulo, Landy, 2000, 34.

pues sólo lo que puede ser subsumido en una regla puede constituir una excepción a su supuesto de hecho. Como los principios no contienen determinaciones acerca de la conducta que se debe asumir en un supuesto, no se aplican por subsunción, y por eso no pueden ser derrotados.

Sin embargo, no se puede hablar de derrotabilidad sin referirse a los principios, pues ellos sirven como razones o como fundamento para la adscripción de una norma excepcional que irá derrotar a la regla general establecida por la legislación positiva. Los principios son los materiales que serán empleados en la justificación de la derrotabilidad. Hay dos características altamente relevantes para la derrotabilidad. En primer lugar, los principios, a diferencia de las reglas, constituyen una institucionalización *imperfecta* de la moral, ya que sólo establecen un propósito o un valor que debe ser perseguido, aunque en la mayor medida posible. En segundo lugar, los principios, en vista de su carácter axiológico, constituyen el fundamento de las reglas jurídicas. Analicemos estas características con más detalle.

### 3.1. Los principios como institucionalización imperfecta de la moral

Una de las cuestiones prácticas que la filosofía del Derecho debe responder es: ¿Por qué algunas normas de la Constitución pueden ser clasificadas como principios? La existencia de normas-principio, tal como las define la teoría de los derechos fundamentales de ALEXY, es una *cuestión empírica* que debe ser respondida con la mirada hacia el ordenamiento jurídico, y no sólo una cuestión metodológica. Para dar una respuesta a esa pregunta, tomemos un dispositivo de la Constitución brasileña de 1988, que establece las políticas debidas en materia de política agrícola:

«Art. 187. La política agrícola será planeada y ejecutada según lo que establezca la ley, con la participación efectiva del sector de producción, incluyendo productores y trabajadores rurales, así como de los sectores de comercialización, de almacenamiento y de transportes, llevándose en cuenta, especialmente:

- I. Los instrumentos crediticios y fiscales.
- II. Los precios compatibles con los costos de producción y con la garantía de comercialización.
- III. El incentivo a la investigación y a la tecnología.
- IV. La asistencia técnica y extensión rural.
- V. El seguro agrícola.
- VI. El cooperativismo.
- VII. La electrificación rural y la irrigación.
- VIII. La habitación para el trabajador rural».

Obsérvese que estas disposiciones imponen al legislador y a la administración la obligación constitucional de implementar una serie de políticas públicas, pero no hace mención a los medios para alcanzar esas finalidades o al contenido concreto de estas políticas, es decir, no hay una *determinación* de lo que debe hacerse para promover el estado ideal de cosas deseado por el constituyente. Se establece, tanto para el legislador como para la administración, el deber de aplicar una política agrícola que: i) permita el acceso de los agricultores al crédito; ii) promueva una ecuación razonable entre los precios y los costos de producción; iii) desarrolle las áreas de tecnología de producción, etcétera.

El texto no permite inferir directamente una norma (del tipo regla) que contenga una prescripción de un comportamiento concreto (con la determinación de la conducta que se debe adoptar, ya sea la administración, ya sea el particular, para alcanzar esos objetivos), pero es suficiente para llegar a una norma que establece el deber de alcanzar un estado ideal de cosas, en la medida de lo posible. Por tanto, sólo hay dos alternativas para la interpretación de la disposición constitucional transcrita: *a)* interpretarla como estableciendo una serie de principios jurídicos que deben realizarse en la máxima medida posible, o *b)* interpretarla como disposición que engendra «normas programáticas» que carecen de fuerza jurídica o aplicabilidad. Esta última opción la adoptó el Tribunal Supremo brasileño al decidir que «el art. 187 de la Constitución Federal es norma programática en la medida en que prevé especificaciones en ley ordinaria»<sup>51</sup>.

Creo que la primera opción (extraer normas-principio del mencionado dispositivo) sería la más correcta, por garantizar un mínimo de fuerza vinculante al referido precepto constitucional, aunque en cada caso de aplicación el administrador tenga que ponderar cada uno de los principios que pueden eventualmente entrar en colisión para determinar la política que ha de ser adoptada.

Como se nota, los diversos principios jurídicos incluidos en el art. 187 de la Constitución brasileña se encuentra en un *nivel intermedio* entre la completa falta de coercibilidad de los preceptos morales y el carácter decisivo y comprensivo de las reglas jurídicas que determinan no sólo un estado de cosas, sino también conductas concretas que deben ser adoptadas por sus destinatarios.

Para aclarar el significado normativo de los principios jurídicos puede trazarse un paralelo entre el Derecho y la moral a partir de algunas ideas de J. HABERMAS. De hecho, para este autor hay una relación de complementariedad entre el Derecho y la moral. Los dos sistemas normativos tratan de *problemas similares* (por ejemplo, el de «cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas»), pero de *manera distinta*: «pese al común punto de referencia la moral y el Derecho se distinguen *prima facie* en que la moral postradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el Derecho cobra a la vez obligatoriedad en un plano institucional. El Derecho no es un sistema de símbolos, sino un sistema de acción»<sup>52</sup>. La diferencia fundamental entre el Derecho y la moral residiría en el hecho de que las normas jurídicas pasaron por un proceso de institucionalización.

Resulta que esta institucionalización, al revés de lo que opina el propio HABERMAS<sup>53</sup>, también puede realizarse en diferentes intensidades, lo que implica que la eficacia o la aplicabilidad de algunas normas jurídicas pueden tener diferentes grados. Los principios consagrados en el art. 187 de la Constitución brasileña son normas que institucionalizaron el deber de lograr un determinado propósito o valor, pero que todavía no determinan los medios para hacerlo, lo que requiere una ponderación para que se les establezca.

<sup>51</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 1.330 MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. F. REZEK, DJ de 20 de septiembre de 2002, vol. 2.086, 142.

<sup>52</sup> J. HABERMAS, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, 4.ª ed., trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 2005, 171 y ss.

<sup>53</sup> HABERMAS, 2005: 263-308.

La institucionalización parcial de una norma (faltando la determinación de la conducta concreta debida para su cumplimiento) es por tanto una buena razón por qué debemos interpretar ciertos enunciados normativos como estableciendo normas-principio y, en consecuencia, ponderar esas normas con otras del mismo tipo en el momento de la aplicación del Derecho. En resumen, hay normas-principios no porque así lo queremos, sino porque tales normas no han pasado por un proceso de institucionalización lo suficientemente fuerte para que exista una determinación concreta del comportamiento exigido, como pasa en las reglas.

### 3.2. El contenido valorativo de los principios y el fundamento de las reglas jurídicas

En la teoría de los principios de ALEXY, el punto central está en su caracterización como mandatos de *optimización*. La «posibilidad de cumplir principios en diversos grados, mayores o menores, es la propiedad más esencial de los principios»<sup>54</sup>. Esta propiedad se debe a una coincidencia estructural que los principios comparten con los valores. Así como los principios, valores como el «bien», el «mal», lo «justo», etc., tienen una dimensión de peso y pueden ser protegidos o restringidos en diferentes intensidades. Los principios tienen el mismo contenido que los valores. Lo que los diferencia es únicamente su fuerza jurídica. Principios son valores que fueron incorporados por el Derecho. En lugar de determinar lo que es bueno o mejor, determinan lo que es debido. En otras palabras, mientras que los valores tienen un carácter *axiológico*, los principios tienen un carácter *deontológico*<sup>55</sup>.

Se puede decir, pues, como lo hizo PECZENIK, que «la principal fuente de la fuerza justificatoria de los principios consiste en su vínculo uno-a-uno con los correspondientes valores»<sup>56</sup>.

Comprender el contenido valorativo de los principios —que obviamente no nos obliga a comprenderlos como valores «objetivos» o «verdaderos», en la medida en que se adopta el constructivismo jurídico y el constructivismo moral— es esencial para establecer un método apropiado para la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas.

Tal como he señalado anteriormente, la ley de colisión de ALEXY implica que cada colisión de principios sólo puede resolverse mediante el establecimiento de una *regla* que establezca un orden de prioridad condicionado entre los principios en colisión. De modo semejante, toda regla puede ser presentada como el resultado de una ponderación de principios.

Esta relación entre las reglas y los valores también ha sido apreciada en la teoría pura del Derecho de KELSEN. Una norma jurídica válida, en la teoría de KELSEN, «funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico»<sup>57</sup>. Cada norma, en el

<sup>54</sup> A. PECZENIK, «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1992, 331.

<sup>55</sup> ALEXY, 2007b: 117.

<sup>56</sup> PECZENIK, 1992: 331.

<sup>57</sup> KELSEN, 1979: 30.

pensamiento de KELSEN, es el resultado de una valoración efectuada por quién la ha establecido. Sin embargo, este autor creía que todas las valoraciones serían necesariamente arbitrarias, por lo que las normas serían también actos de voluntad necesariamente arbitrarios<sup>58</sup>. Esta interpretación escéptica de la argumentación jurídica, típica del positivismo metodológico irracionalista, trae serias consecuencias para la práctica jurídica. La interpretación teleológica, por ejemplo, sería siempre arbitraria, ya que estaría guiada por valores también considerados arbitrarios. No podría jamás ser justificada de modo racional.

En la teoría de ALEXY, por el otro lado, la interpretación de las reglas jurídicas es siempre guiada por principios que también son jurídicos, a pesar de su contenido moral. La intersección entre el discurso jurídico y el discurso moral ocurre porque el contenido de estos principios está determinado por una argumentación constructivista que sigue pautas morales. Los principios actúan pues como los cánones más importantes para la interpretación y aplicación de reglas jurídicas, ya que en un sistema de reglas y principios jurídicos son éstos los que constituyen el fundamento jurídico y axiológico de aquéllas.

### 3.3. Los tipos de conflictos entre normas jurídicas en el Estado constitucional

Después de haber visto la interrelación entre reglas y principios, ya estamos en condiciones de analizar los conflictos entre las normas jurídicas que pueden dar lugar a la derrotabilidad (de las reglas jurídicas). Hay dos tipos de conflictos normativos en sentido amplio: el conflicto en sentido estricto y las colisiones.

Un *conflicto en sentido estricto* entre normas jurídicas ocurre cuando no se puede admitir la *validez* simultánea de las normas en conflicto en el mismo tiempo y en el mismo lugar. Puede haber conflictos en el sentido estricto en que participen tanto las reglas como principios jurídicos. Por ejemplo, una sociedad que consagre el principio de igualdad entre todos los seres humanos no puede aceptar un principio de discriminación racial que sostenga la superioridad de un grupo étnico sobre otro. Los conflictos de normas en sentido estricto se producen en la dimensión de la validez y sólo pueden ser resueltos por medio de la invalidación de una de las normas en conflicto.

Una *colisión*, por otra parte, es un tipo de conflicto en sentido amplio que es resuelto en la dimensión de la *aplicabilidad* y no más en la de la validez. Ambas normas superan la situación de conflicto manteniendo intocada su validez. El ejemplo clásico es la ponderación de los principios. Cuando el Tribunal Constitucional decide si está correcta o no una decisión que establece la obligación de pagar una indemnización por una ofensa al honor cometida en el ejercicio de la libertad de expresión, debe necesariamente ponderar los derechos fundamentales en ruta de colisión para establecer la regla a ser utilizada el caso en particular.

Como se muestra a continuación, las reglas no pueden entrar en colisión con otras reglas, ya que los conflictos entre este tipo de normas se resuelven con base en los criterios tradicionales de jerarquía, de la especialidad y de la norma más reciente. Esta

<sup>58</sup> KELSEN, 1979: 31.

circunstancia no excluye, sin embargo, la posibilidad de que una regla jurídica entre en colisión con un principio. Cuando eso ocurre, puede admitirse, eventualmente, la derrotabilidad de una regla jurídica. Por tanto, la derrotabilidad de las normas tiene un alcance mucho más limitado que la doctrina le ha comúnmente atribuido.

Existen diferentes tipos de conflicto en sentido estricto y de colisiones entre las normas jurídicas, que varían en función de la estructura de una norma jurídica y del nivel jerárquico de sus fuentes.

### 3.3.1. *Conflictos normativos en el mismo nivel jerárquico*

Los casos más sencillos se refieren a los conflictos normativos en sentido amplio que ocurren entre normas del mismo nivel jerárquico. En tales casos, los más frecuentes conflictos normativos en sentido amplio son los siguientes supuestos:

1. Conflicto (en sentido estricto) entre un principio y una regla.
2. Colisión entre un principio y otro principio.
3. Conflicto (en sentido estricto) entre dos reglas.
4. Conflicto (en sentido estricto) entre dos principios.

El primer supuesto (un conflicto entre un principio y una regla del mismo nivel jerárquico) suele ser resuelto por el predominio de la regla sobre el principio de igual jerarquía. La *pretensión de estabilidad* presente en las reglas jurídicas se manifiesta en su forma más intensa, vez que el legislador que ha establecido los principios jurídicos relevantes para el caso —el principio que justifica la regla y el principio con el cual él colisiona—, también ha establecido una relación de prioridad entre estos principios en el supuesto abarcado por la regla jurídica. La existencia de una norma del tipo regla implica, en sí misma, una decisión sobre la prioridad entre principios en colisión.

El segundo supuesto (en regla, una colisión de principios constitucionales) necesariamente es resuelta por el método de la ponderación. El resultado de una ponderación se determina por una serie de factores que incluyen: i) el grado de protección de un principio y el grado de restricción en el otro; ii) el peso abstracto de los principios que colisionan entre sí; iii) el grado de confiabilidad (a la luz de los parámetros de la ciencia y del conocimiento en un momento definido) de las premisas empíricas utilizadas para concluir que un principio particular está protegido o restringido; iv) el número de principios que justifican una u otra decisión, y v) en la hipótesis iv, la manera como interactúan los principios que apoyan a una decisión en particular (si sus pesos se suman o si se refuerzan mutuamente)<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> En sus escritos más contemporáneos, ALEXY desarrolló su modelo de ponderación y añadió a la versión primitiva de la ley de ponderación (según la cual el grado de interferencia en un principio debe estar compensado por al menos el mismo grado de fomento de otro principio) dos otros factores que deben entrar en el juego de la ponderación: el peso abstracto de los principios en colisión y la confiabilidad de las premisas empíricas utilizadas en la ponderación. Además, ALEXY explica también que puede volverse problemática la ponderación cuando dos o más principios interactúan en una única dirección y se soportan mutuamente (R. ALEXY, «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, trad. de C. Bernal Pulido, año 22, núm. 66, 2002, 13 y ss.). Tuve oportunidad de discutir dos de estos problemas (el problema de los pesos abstractos y el problema de la interacción unidireccional de principios) en un trabajo anterior [T. BUSTAMANTE, «Princípios, regras e a fórmula de ponderação de Alexy: Um modelo funcional para

El tercer supuesto, a su vez, puede dividirse en dos. En el caso de los conflictos aparentes de normas jurídicas, el problema debe ser resuelto mediante el uso de los criterios de especialidad o, en el caso de enmiendas a la Constitución o de leyes posteriores, mediante el criterio cronológico. Por otra parte, en la hipótesis de un genuino conflicto —que no pueda ser resuelto mediante la aplicación de estos criterios— el intérprete puede valerse de los principios constitucionales generales para tratar de encontrar una solución conciliatoria y una interpretación que elimine la antinomia.

El cuarto supuesto, finalmente, suele ocurrir con más frecuencia en el plano de la legislación ordinaria y es relativamente raro en el nivel constitucional. Se aplican, aquí, las mismas directrices utilizadas para solucionar los conflictos entre reglas jurídicas, aunque sea más difícil identificar un conflicto en sentido estricto entre principios que un conflicto entre reglas. Un conflicto en sentido estricto entre principios jurídicos sólo tiene lugar cuando es imposible establecer un equilibrio reflexivo (*cf.* J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Belknap Press, 1970) entre las exigencias establecidas por esos principios, es decir, cuando la incompatibilidad entre dichos principios sea tal que la coherencia del ordenamiento se torne imposible mientras ambos principios permanezcan válidos. En el campo del Derecho laboral, por ejemplo, difícilmente podría admitirse la compatibilidad entre el principio de protección procesal de la parte más débil, adoptado por muchos ordenamientos jurídicos, y un principio de interpretación de los contratos laborales que estableciera una prioridad de los métodos lingüístico y gramatical en la interpretación de las cláusulas contractuales. El primer principio sólo se armoniza con un principio de interpretación contractual que establezca una prioridad a la intención de los contrayentes y a la verdad real sobre la literalidad del texto de las cláusulas contractuales.

### 3.3.2. *Los conflictos normativos en diferentes niveles jerárquicos*

En caso de diferentes niveles jerárquicos, la admisión de la existencia de principios jurídicos genera un complejo problema, ya que el criterio jerárquico sólo funciona para resolver de manera conclusiva los conflictos que surgen en la dimensión de la validez.

Si nos limitamos a las situaciones de conflicto entre las normas consagradas en la Constitución y las normas consagradas en la legislación infraconstitucional (dejando de lado los precedentes judiciales y las normas emitidas por la Administración en el ejercicio de su potestad administrativa), podemos imaginar, al menos, las siguientes situaciones de conflicto en sentido amplio:

- 1) Conflicto (en sentido estricto) entre una regla constitucional y una regla infraconstitucional.
- 2) Colisión entre una regla constitucional y un principio infraconstitucional.
- 3) Conflicto (en sentido estricto) entre un principio constitucional y un principio infraconstitucional.

---

a argumentação jurídica?», en T. BUSTAMANTE (org.), *Teoria do direito e decisão racional: Temas de teoria da argumentação jurídica*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, 257 y ss.]. Sin embargo, el más completo análisis de estos problemas que conozco se encuentra en C. BERNAL PULIDO, «The rationality of balancing», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 92, 2006, 195 y ss.

- 4) Colisión entre un principio constitucional y un principio infraconstitucional.
- 5) Conflicto (en sentido estricto) entre un principio constitucional y una regla infraconstitucional.
- 6) Colisión entre un principio constitucional y una regla infraconstitucional.

Los casos 1), 3) y 5) se refieren a los conflictos en la dimensión de la validez de una norma jurídica (conflictos normativos en sentido estricto).

Los supuestos 1) y 3) se resuelven de manera relativamente sencilla: se aplica el criterio jerárquico y se desvalida por completo la norma infraconstitucional.

El supuesto 5), a su vez, se resuelve también por medio de la invalidación de la norma infraconstitucional, pero su solución no es obvia. Identificar un conflicto entre un principio constitucional y una regla infraconstitucional es uno de los más difíciles desafíos para la de argumentación jurídica, porque la regla infraconstitucional suele ser considerada una norma de derecho fundamental adscrita que es producto de una colisión entre principios constitucionales. El *quid* de la dificultad radica en el hecho de que los principios constitucionales admiten expresamente su restricción por parte del legislador infraconstitucional. Si bien el legislador puede violar este principio si lo restringe de forma irracional o incompatible con los requisitos procedimentales establecidos por la máxima de la proporcionalidad, el principio democrático establece una presunción de legitimidad en favor de las restricciones establecidas por el legislador.

Cualquiera que defienda la inconstitucionalidad de una restricción a un principio constitucional debe demostrar que el legislador, al comparar este principio con el principio que justifica la regla restrictiva, ha ido más allá de los límites del margen de libre apreciación fijado por la Constitución. Este margen de acción, como hemos visto, está determinado por los principios que intervienen en la ponderación. Debe considerarse, por tanto, los principios en curso de colisión (el principio restringido, así como el principio que fundamenta la regla restrictiva), y esta ponderación puede llevar a tres situaciones: i) la restricción está concluyentemente determinada por la Constitución en este caso, es decir, puede inferirse directamente de la Constitución la conclusión de que el principio P1 debe ser restringido con base en P2; ii) la restricción es concluyentemente prohibida por la Constitución, es decir, en el momento de la ponderación de P1 y P2 se puede determinar con seguridad que el principio restringido tiene peso superior al principio que justifica su restricción, y iii) la restricción no está ni concluyentemente prohibida ni tampoco concluyentemente permitida por las normas de derecho fundamental establecidas por la Constitución. En este último caso, que incluye la gran mayoría de los supuestos, nos enfrentamos al *margen de libre apreciación del legislador*, y, por tanto, la regla infraconstitucional debe prevalecer sobre el principio constitucional que con ella aparentemente ha entrado en conflicto.

Las supuestos 2), 4) y 6), a su vez, se refieren a cuestiones de aplicabilidad de las normas jurídicas, por lo que la decisión de excluir la aplicación de una norma no afecta su validez.

El caso 2) se refiere a una delimitación del ámbito de aplicabilidad del principio infraconstitucional. La regla constitucional excluye la aplicación del principio en los casos delimitados por ella, aunque el principio permanezca capaz de generar razones contributivas para la decisión de los casos no cubiertos por el supuesto de hecho de la regla.

El caso 4) normalmente se resuelve por la regla de prioridad del principio constitucional sobre el principio infraconstitucional. Esta directiva, sin embargo, no es absoluta. Lo que se puede tomar como una regla general es que *el peso abstracto del principio* constitucional es considerablemente mayor que lo del principio infraconstitucional que entra en colisión con él. Aunque sean raros los casos en que un principio infraconstitucional aisladamente considerado pueda prevalecer sobre un principio constitucional<sup>60</sup>, el principio infraconstitucional puede tener una importante relevancia cuando se asocia con un principio constitucional que contribuye a la misma decisión por él sugerida. Es posible que este principio, especialmente en los casos de omisión u oscuridad en la legislación positiva, contribuya de forma decisiva a la solución de una colisión entre principios constitucionales.

El caso 6), por último, se refiere a los casos típicos de derrotabilidad. El principio constitucional P1 no genera ninguna razón para que sea declarada la invalidez de la regla R, sino apenas para introducir una excepción en su hipótesis de incidencia. En este caso, puede hablarse de una ponderación entre P1, que fundamenta la excepción, y el principio P2, que se encuentra por detrás de R y le sirve de base axiológica. P2 tendrá siempre a su lado los principios formales como el principio de la seguridad jurídica y el principio de la democracia, que establecen la regla de la vinculación del juez al legislador positivo. Sin embargo, los casos anormales o genuinamente extraordinarios pueden justificar la creación de una regla excepcional que derrote la norma R.

El supuesto 6), que comprende los casos auténticos de derrotabilidad, sólo puede resolverse con la prioridad del principio constitucional sobre la regla infraconstitucional cuando se admita una decisión *contra legem*<sup>61</sup>. Consideremos, pues, las características definitorias de este tipo de decisiones.

### 3.4. La derrotabilidad y las decisiones *contra legem*

Podemos decir que admitir la derrotabilidad de las normas jurídicas implica admitir, sin tabúes y eufemismos, la existencia de decisiones *contra legem*. Aunque pesa

---

<sup>60</sup> Aunque raramente, puede imaginarse la hipótesis de que un principio infraconstitucional sea vulnerado en una extensión grave o gravísima y el principio constitucional sea apenas arañado, de suerte que la interferencia en su ámbito de aplicación sea considerada leve o levísima. En un caso de esta naturaleza no es absurdo imaginar que un principio infraconstitucional pueda prevalecer sobre un principio de jerarquía superior.

<sup>61</sup> Es posible pensar también en colisiones (y no sólo conflictos en sentido estricto) entre principios y reglas que se hallan en el mismo nivel jerárquico, cuando ambas pertenezcan a la misma Constitución. La solución para este tipo de colisión debe favorecer, con rarísimas excepciones, la regla jurídica establecida en la Constitución. Admitir la derrotabilidad de una regla constitucional implica no sólo una decisión *contra legem*, sino una decisión *contra* el sentido literal de la Constitución. ¿Es posible justificar jurídicamente este tipo de decisión? Para los lectores que estén convencidos de las tesis defendidas en este ensayo, esta cuestión probablemente es un tema interesante para futuras investigaciones. Mi impresión inicial es que la diferencia entre los casos de colisiones entre principios y reglas constitucionales, por una parte, y las colisiones entre principios constitucionales y reglas infraconstitucionales, por otra parte, está en el hecho de que se impone sobre los primeros una carga de argumentación mucho más elevada. No obstante, aunque teóricamente fuera admitida la posibilidad de decisiones contra una regla constitucional con fundamento en un principio constitucional, la carga de argumentación que pesaría sobre la pretensión de decidir contra una regla de la Constitución sería tan intensa que difícilmente podría encontrarse un ejemplo de este tipo de caso en la jurisprudencia de los tribunales.

sobre este tipo de decisión una pesada carga de la argumentación, los muchos ejemplos citados en la literatura jurídica y encontrados en las decisiones judiciales dictadas en los casos difíciles demuestran que ellas son parte del universo de problemas jurídicos que enfrentan los juristas prácticos.

Si se acepta la tesis del caso especial y el argumento de que la pretensión de corrección de una norma jurídica abarca tanto su validez con arreglo a criterios jurídico-institucionales cuanto su corrección práctico-racional, es posible imaginar una serie de situaciones donde la aplicabilidad de una norma puede ser rechazada debido a que el grado de injusticia que vendría de su aplicación mecánica hace que el componente sustancial (práctico-discusivo) de la pretensión de corrección del Derecho prevalezca, en el caso particular, sobre el componente formal (institucional en el sentido estricto).

Si toda regla es el resultado de una ponderación de principios y en consecuencia trae consigo un principio que es su *ratio* o justificación, entonces no es razonable aplicar esta regla cuando puede concluirse de forma segura que esta justificación o fundamento no tendría prioridad en este caso si hubieran sido previstas ciertas peculiaridades que no eran y no podían ser conocidas por el legislador en el momento de la promulgación de la ley. Una decisión *contra legem* puede ser justificada si se puede establecer que, aunque una regla R no sea inconstitucional, su *aplicación* en este caso particular conduce a una inconstitucionalidad<sup>62</sup>.

Una decisión *contra legem* puede definirse como una decisión que establece una excepción a una regla jurídica N, en presencia de las siguientes condiciones: i) N es una norma de tipo regla, no un principio jurídico; ii) N está expresa en una ley o en otra fuente formal del Derecho con nivel jerárquico equivalente; iii) los significados mínimos o literales de las expresiones utilizadas por el legislador no permiten extraer del texto que sirve de base a N una norma alternativa que no sea desafiada por esta decisión; iv) la decisión no reconoce la invalidez de N, sino que aleja su aplicación a una situación en la que es aplicable; v) no hay duda de que los hechos que condujeron a la decisión puedan ser subsumidos en N; vi) la autoridad que adopta esta decisión establece una norma individual formulada en términos universales, y vii) la decisión plantea una pretensión de juridicidad para esa norma individual.

Conviene una breve explicación de los elementos de esta definición. Cuando se dice que la regla derrotada es una norma del tipo regla i), se refiere a la mencionada circunstancia de no poseyeren los principios un supuesto de hecho determinado, por lo que no se puede hablar de una excepción a su supuesto de hecho. Un principio establece un valor que ha de ser buscado o un fin a concretizar. Por tanto, ellos deben ser optimizados antes de que pueda determinarse con seguridad las consecuencias que les siguen. La característica ii), a su vez, se refiere a la jerarquía de la fuente formal del Derecho en que la norma derrotada debe estar establecida. Sólo se vuelve problemático decidir en contra del texto de una norma jurídica cuando se reconoce una vinculación general a esta norma. Una decisión *contra legem* es siempre una decisión difícil, porque a favor de la legislación juegan el principio democrático y la presunción de legitimidad de las leyes. El carácter problemático desaparece, sin embargo, si no está presente la característica iii). Una decisión *contra legem* sólo se hace necesaria

<sup>62</sup> J. S. M. BORGES, *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*, São Paulo, Malheiros, 1999, 93.

cuando no es posible interpretar el dispositivo legal que prevé la norma rechazada de manera que se extraiga una norma distinta que permita decidir de forma correcta el caso particular sin forzar los límites semánticos determinados por el texto que constituye el objeto de la interpretación. La circunstancia iv), a su vez, limita el universo de los conflictos que pueden ocurrir en una decisión *contra legem*. Un conflicto normativo en sentido estricto, que ocurre en la dimensión de la validez, genera la eliminación de una norma, mientras que una colisión comprende conflictos que surgen en la dimensión de la aplicabilidad. La decisión deja de ser *contra legem*, para convertirse en una declaración de inconstitucionalidad, cuando pasa a discutir la validez general de la norma alejada v), del mismo modo, es una característica constitutiva de las decisiones *contra legem*. Sólo se puede decidir *contra* una regla si no hay dudas de que los hechos del caso son subsumibles en la moldura de la norma jurídica. La circunstancia iv), por otro lado, se refiere al principio de la universalidad. Toda decisión judicial, para ser justificada, debe ser redactada en términos universales. Deben presentarse sus conclusiones como emanando de una regla que puede ser generalizada y debe ser repetida en todos los casos similares, bajo pena de grave vulneración de los principios generales de la imparcialidad y de la justicia formal. La norma especial establecida para justificar la derrotabilidad es una regla que se repite por fuerza de vinculación al precedente judicial. Por último, la circunstancia vii) es lo que determina el carácter jurídico de una decisión *contra legem*.

Una decisión *contra legem* deja de ser un caso de «aplicación del Derecho» para convertirse en una usurpación de las prerrogativas de la autoridad que la profiere si falta la pretensión de juridicidad para una norma excepcional que se formula (en términos universales) para derrotar a la regla legislativa en el caso particular. Esta pretensión de juridicidad es algo que tiene que ser *fundamentado* o *rescatado* en un discurso o en una argumentación racional a partir de un principio que ofrece una serie de *razones contributivas* para la decisión que acepta una excepción<sup>63</sup>. Como se trata de una pretensión, no hay ninguna garantía de que esta decisión pueda ser considerada legítima al final del proceso de argumentación. Para reconocer la posibilidad de decisiones *contra legem* —sin lo que no se puede hablar de derrotabilidad de las normas jurídicas— es necesario reconocer no sólo que HART tenía razón al describir el Derecho como *práctica social*<sup>64</sup>, sino que DWORKIN también tiene razón al calificar esta práctica social como una *práctica argumentativa*<sup>65</sup>.

Decir que el Derecho es argumentativo implica que sus contenidos no están completamente determinados ni son «descubiertos» según un método empírico o analítico que nos permite reconocer las convenciones sociales o derivar enunciados por la vía de la deducción lógica. Una práctica social argumentativa reflexiona necesariamente sobre sí misma y está abierta a incorporar las críticas que se le dirijan. Es a través del reconocimiento del carácter argumentativo del Derecho que los principios se vuelven relevantes. Y ésta es la diferencia fundamental entre, por ejemplo, KELSEN y ALEXY. KELSEN considera las normas como resultado de un acto de voluntad que no puede ser racionalizado (no existe razón práctica), mientras ALEXY ve las normas como re-

<sup>63</sup> PECZENIK y HAGE, 2000.

<sup>64</sup> H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, OUP, 1994.

<sup>65</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, 11.ª ed., Cambridge, MA, Belknap, 2000.

sultado de un discurso de justificación racional que obedece a un conjunto de reglas de argumentación que garantizan un cierto grado de racionalidad para las decisiones. Este proceso de argumentación, sin embargo, es guiado y dirigido por principios que, a pesar de su elevada dosis de indeterminación, la cual brota de su contenido moral, poseen el más alto grado de normatividad.

Sin duda los principios hacen que la ciencia jurídica se vuelva mucho más compleja de lo que imaginan los positivistas, y los casos de aplicación del Derecho más difíciles de lo que parecen en los libros de teoría jurídica tradicional. Hacen también que la aplicación de las normas sea mucho más problemática. En ese sentido, recordemos los casos de «ilícitos atípicos» que han sido recientemente objeto de un importante estudio de M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO. Para estos autores, los ilícitos atípicos son conductas que, aunque se conformen a las reglas establecidas por el ordenamiento jurídico y no planteen problemas desde el punto de vista formal, «son contrarias a un principio»<sup>66</sup>. Ilícitos atípicos como el «abuso de Derecho», el «fraude de ley» o el «desvío de finalidad» se presentan necesariamente en conformidad con la literalidad de una regla jurídica, pero deben ser invalidados porque un principio superior, que suele estar positivado en la Constitución (aunque su contenido sólo puede determinarse por medio de un discurso práctico de justificación), es suficientemente importante en el caso para justificar una nueva regla adscrita que excluye un determinado conjunto de circunstancias fácticas del marco genérico de una norma jurídica.

La existencia de decisiones *contra legem* es inevitable en cualquier estado neoconstitucionalista. Su justificación es el problema más difícil de la filosofía del Derecho. Y la práctica jurídica, por supuesto, también es sensible a los argumentos que predominan en el discurso filosófico acerca de la derrotabilidad.

---

<sup>66</sup> M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Ilícitos atípicos: Sobre el abuso de Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta, 2000.

# LA UNIDAD DE RAZONAMIENTO PRÁCTICO EN LA TEORÍA DEL DISCURSO JURÍDICO \*

José Manuel Cabra Apalategui

*Universidad de Málaga*

**RESUMEN.** La principal contribución de la *Teoría de la argumentación jurídica* de R. ALEXY es la «tesis del caso especial» (*Sonderfallthese*), según la cual, la argumentación jurídica es un caso especial de discurso práctico general. Para determinar el verdadero significado de esta tesis, es decir, para determinar el contenido de las pretensiones de validez (o pretensión de corrección) formuladas en los discursos jurídicos, es necesario precisar el concepto central de la misma —el discurso práctico general— y sus relaciones con otros discursos prácticos específicos —discursos pragmáticos, ético-políticos y morales— distintos del discurso jurídico.

**Palabras clave:** unidad de razón práctica, discurso jurídico, tesis del caso especial, ALEXY, HABERMAS.

**ABSTRACT.** The «special case thesis» (*Sonderfallthese*) is the main contribution of R. ALEXY in his *Theory of Legal Argumentation*. According to this thesis, legal argumentation is a special case of the general practical discourse. In order to determine its real meaning, that is, in order to determine the content of the validity claims (or claims of correctness) made in legal discourses, it is necessary to specify its central concept —general practical discourse— and its relations with specific practical discourses —pragmatic, ethical and moral discourses— others than legal discourse.

**Key words:** unity of practical reason, legal discourse, special case thesis, ALEXY, HABERMAS.

---

\* Fecha de recepción: 28 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2010.  
Título en inglés: *The Unity of Practical Reason in the Theory of Legal Discourse*.

## INTRODUCCIÓN

La principal contribución de R. ALEXI en su *Teoría de la argumentación jurídica* es la llamada «tesis del caso especial» (*Sonderfallthese*), según la cual, «el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general»<sup>1</sup>. Dicha afirmación encuentra su fundamento en que: 1) la argumentación jurídica, como la argumentación práctica general, se ocupa de cuestiones prácticas, *i. e.*, califica acciones como prohibidas, permitidas u obligatorias; 2) plantea respecto a las mismas un pretensión de corrección, y 3) circunscribe esta pretensión de corrección (en esto reside la especialidad) al marco de un ordenamiento jurídico vigente, *i. e.*, está limitada por la ley, los precedentes, la dogmática jurídica y, en su caso, a las reglas de procedimiento judicial. La relevancia de esta tesis trasciende el ámbito argumentativo y «se revela como un elemento esencial para la teoría del Derecho que proviene de la teoría de la argumentación jurídica»<sup>2</sup>.

En su simplicidad está su potencial, pero también su ambigüedad. En primer lugar, en relación a su propio estatuto epistemológico: no está claro si se trata de una tesis descriptiva, analítica o normativa, pero esto no va a ser tratado aquí<sup>3</sup>. En segundo lugar, es necesario precisar el concepto central de la teoría —el discurso práctico general— y su relación con otros discursos distintos del jurídico; sólo así podrá dilucidarse la relación existente entre lo general (el discurso práctico general) y lo específico (el discurso jurídico) en la tesis del caso especial. Además, la tesis del caso especial presupone que los sistemas jurídicos reales no pueden ofrecer una respuesta inequívoca para cada problema. Esto supone, necesariamente, abrir el discurso jurídico a otro tipo de argumentos: los argumentos prácticos, con los que fundamentar aquellas decisiones que no pueden ser fundamentadas exclusivamente en los argumentos institucionales (si es que esto es posible en algún caso). Los argumentos prácticos pueden ser, en principio, tan diversos como las perspectivas desde las que se puede responder al interrogante práctico «¿qué hacer?». Cada una de estas perspectivas prácticas —moral, política, religiosa, etc.— genera, al menos en principio, un discurso y un tipo de argu-

<sup>1</sup> *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung* (en adelante TJA), Frankfurt a. M., Surkamp, 1978, 32 y 263 y ss. (hay traducción española: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid, CEC, 1997).

<sup>2</sup> A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, 238.

<sup>3</sup> E. HILGENDORF llamó la atención sobre el carácter ambiguo de la tesis del caso especial, susceptible de ser interpretada: 1) como estipulación lingüística (*sprachliche Festsetzung*); 2) como enunciado empírico (*empirische Aussage*) relativo a la aplicación del Derecho, o 3) como postulado moral (*moralisches Postulat*). HILGENDORF sostiene que la tesis del caso especial resulta trivial, tanto en su interpretación como tesis analítica, pues se trata únicamente de una estipulación lingüística más o menos acertada, como en su interpretación empírica —HILGENDORF no considera la tercera opción—, puesto que si los discursos jurídicos pueden ser calificados como discursos racionales porque plantean una pretensión de corrección, ésta no puede considerarse un rasgo específico de los discursos jurídicos, pues todos los discursos, jurídicos o no, lo hacen (E. HILGENDORF, *Argumentation in der Jurisprudenz. Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, 112 y ss.; *vid.* también A. GRABOWSKI, «Sonderfallthese - Its Critique and Interpretation», *Rechtstheorie* 34, 2003, 371-392, especialmente, 387 y ss.).

Que las tesis analíticas sean triviales en cualquier sentido es algo que puede ser discutido, *cf.* B. BIX, *Teoría del Derecho: ambición y límites*, trad. Pablo E. Navarro *et al.*, Madrid, Marcial Pons, 27 y ss.

mento propios (por ejemplo, el principio de universalización en los discursos morales) con el que fundamentar las distintas pretensiones de validez normativa. La relación entre distintas perspectivas o distintos tipos de argumentos nos sitúa ante el problema de la unidad de la razón práctica. En el caso del discurso jurídico, el problema de la unidad de razón práctica —que es el fundamento de la tesis del caso especial<sup>4</sup>— es doble: de un lado, respecto a los argumentos institucionales entre sí (dimensión interna) y, de otro lado, respecto a la relación entre éstos y los argumentos no institucionales o argumentos prácticos en general (dimensión externa), que es el *quid* de la cuestión.

En adelante, trataré la cuestión de la unidad de la razón práctica en la teoría del discurso con la vista puesta en una interpretación coherente de la tesis del caso especial<sup>5</sup>. Tomaré como punto de partida el diseño pergeñado por HABERMAS en *Facticidad y validez* y otros escritos coetáneos<sup>6</sup>, lo que obliga en primer lugar a hablar de unidad, paradójicamente, desde la fragmentación del discurso práctico (1); analizaré después las tesis de ALEXY, orientadas hacia un planteamiento unitario (2); y, por último, defenderé una variante de la pretensión de validez jurídica (o pretensión de corrección formulada en los discursos jurídicos) como la más coherente con la tesis de la unidad de razón práctica (3).

## 1. TENDENCIAS A LA FRAGMENTACIÓN DE LA RAZÓN PRÁCTICA EN LA TEORÍA DEL DISCURSO

### 1.1. Dos estrategias de fragmentación del discurso práctico

En el seno de la teoría discursiva se han desarrollado dos estrategias de fragmentación del razonamiento práctico. Según su función sea la de justificar o la de aplicar normas, GÜNTHER ha distinguido entre *discursos de justificación* y *discursos de aplicación*<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> R. ALEXY, «The Special Case Thesis» (en adelante SCT), *Ratio Iuris* 12, 1999, 374-384, 379.

<sup>5</sup> Ello significa que no lo haré desde planteamientos igualmente fértiles, como la teoría de las razones para la acción; en este sentido, *vid.*, entre otros: M. ATIENZA, «Lógica y argumentación jurídica», en J. ECHEVERRÍA, J. DE LORENZO, y L. PEÑA, *Calculemos... Matemáticas y libertad. Homenaje a Miguel Sánchez Mazas*, Madrid, Trotta, 1996, 229-238; *ibid.* «A propósito de la argumentación jurídica», *Doxa*, núm. 21 (2), 1998, 33-50; *ibid.* *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 242 y ss.; J. C. BAYÓN MOHINO, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, CEC, 1991; *ibid.*; «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas», *Doxa*, núm. 19, 1996, 143-162; R. V. GUARINONI, «Juridical Norms and the Unity of Practical Reasoning», *ARSP*, Beiheft 91, 2004, 50-59; J. J. MORESO, P. E. NAVARRO y C. REDONDO, «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», *Doxa*, núm. 11, 1992, 47-262; P. E. NAVARRO y M. C. REDONDO, «Legal Norms and Practical Reason», *Rechtstheorie* 23, 1992, 491-498; C. S. NINO, *La validez del derecho*, Astrea, 1985, 64 y ss.; *ibid.*, «Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo», *Doxa*, núm. 13, 1993, 261-264; *ibid.*, «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», *Ragion Pratica* 1, 1993, 2-37; A. PECZENIK, «Dimensiones morales del Derecho», *Doxa*, núm. 8, 1990, 89-109; J. RAZ, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, OUP, 1995; *ibid.*, «The moral point of view», en J. RAZ, *Engaging Reason*, Oxford, OUP, 2000, 47-272; M. C. REDONDO, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid, CEC, 1996, 239 y ss.; *ibid.*, «El carácter práctico de los deberes jurídicos», *Doxa*, núm. 21, (2), 1998, 355-370; *ibid.* «La justificación de las decisiones judiciales», *Isegoría* 21, 1999, 149-163.

<sup>6</sup> J. HABERMAS, «Del uso pragmático, ético y moral de la razón práctica» (en adelante PEM), en *ibid.*, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. J. Mardomingo, Madrid, Trotta, 2000, 109-126; *ibid.*, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (en adelante FV), trad. M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998.

<sup>7</sup> K. GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1988; *ibid.*, «Universalistische Normbegründung und Normanwendung in Recht und Moral», *ARSP*, Beiheft 45, 1992, 36-76; *ibid.* «Critical Remarks on Robert Alexy's "Special-Case Thesis"», *Ratio Iuris*,

Según sea la naturaleza del problema práctico a que se quiere dar respuesta, HABERMAS ha distinguido entre *discursos morales*, *discursos ético-políticos* y *discursos pragmáticos*.

Ambas son relevantes para la teoría del discurso jurídico. En la primera de esas estrategias (justificación/aplicación) ya puede intuirse una teoría discursiva de la aplicación de normas. La diferenciación entre los aspectos de fundamentación y aplicación ha llevado a GÜNTHER a formular su propia versión de la tesis del caso especial, según la cual, el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral de aplicación. Lo que caracteriza al discurso jurídico, según esta variante de la tesis del caso especial, es que «queda descargado de cuestiones de fundamentación»<sup>8</sup>. Se entiende, por tanto, que el discurso jurídico a que se refiere esta variante del caso especial es el desarrollado por la dogmática jurídica y los aplicadores jurídicos, mientras que los discursos desarrollados por el legislador guardarían una relación directa con los discursos morales de fundamentación.

En el origen de la segunda diferenciación, que distingue entre discursos morales, éticos o pragmáticos, está el propósito de explicar el Derecho sin identificarlo con el discurso moral en sentido estricto. La estrategia desarrollada por HABERMAS está orientada, principalmente, al ámbito legislativo, en cuanto que la fragmentación del discurso práctico en distintos discursos parciales plantea de lleno la cuestión acerca de en qué consiste la validez jurídica, esto es, que una norma jurídica esté justificada. No obstante, esta diferenciación de contextos discursivos materiales también resulta relevante, aunque de un modo menos evidente, para los discursos jurídicos de aplicación de normas desarrollados por la dogmática o de los jueces y tribunales, como se verá más adelante.

Por otro lado, ambas diferenciaciones son compatibles y conceptualmente independientes: quien distinga entre discursos de justificación y discursos de aplicación de normas puede, aunque no tiene que hacerlo necesariamente, asumir la diferenciación entre distintos problemas prácticos, y viceversa, quien distinga entre diversos contextos prácticos o problemas prácticos puede, aunque no tiene que hacerlo necesariamente, asumir la existencia de dos momentos discursivos distintos, en el sentido de GÜNTHER, uno de justificación y otro de aplicación en relación con las normas. Puesto que ALEXY no admite la primera diferenciación<sup>9</sup>, la discusión de la unidad de razonamiento práctico en la tesis del caso especial se centrará en la segunda diferenciación, esto es, la fragmentación temática entre discursos prácticos desarrollada por HABERMAS.

## 1.2. La diferenciación de discursos prácticos

HABERMAS<sup>10</sup> sostiene que el «deber» contenido en el interrogante práctico —¿qué debo hacer?— «mantiene un sentido inespecífico» mientras no se determine con-

núm. 6, 1993, 143-156; *ibid.*, «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», *Doxa*, núm. 17-18, 1995, 271-302.

<sup>8</sup> *FV*, 304.

<sup>9</sup> *Vid.* R. ALEXY, «Normenbegründung und Normanwendung», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M., Surkamp, 1995, 52-70.

<sup>10</sup> No pretendo hacer aquí un resumen de la teoría del Derecho de HABERMAS, sino únicamente incidir sobre los aspectos relevantes para la cuestión central del trabajo, esto es, la unidad de razón práctica; una

cretamente cuál es el problema y desde qué punto de vista (moral, jurídico, etc.) se debe resolver<sup>11</sup>. En su planteamiento, todos los puntos de vista o contextos prácticos responden a un mismo nivel de fundamentación, representado por el principio del discurso:

(D): «válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales»<sup>12</sup>.

Ahora bien, este principio es concebido de un modo tan abstracto «que ya sólo expresa la necesidad postmetafísica de fundamentación [imparcial] en relación con las normas de acción general»<sup>13</sup>, esto es, «no tiene todavía en cuenta ni el tipo de acciones que requieren fundamentación, ni el aspecto específico de validez bajo el cual dichas acciones se justifican en cada caso»<sup>14</sup>, siendo susceptible de distintas especificaciones o concreciones en función de las condiciones de validez que deben satisfacer las pretensiones (juicios, normas) para merecer reconocimiento general en cada contexto (discurso) práctico específico.

Tal y como lo ve HABERMAS, el potencial de racionalidad contenido en las formas de la argumentación (participación universal, igualdad de trato, sinceridad y ausencia de coacción) se actualiza de diversos modos, según sea la pretensión de validez tematizada:

«... debemos tener clara la diferencia entre el contenido pragmático-trascendental de la forma de comunicación de los discursos racionales y el sentido específico de la validez de las normas de acción fundamentadas en cada caso, a fin de comprender la autonomía del principio del discurso, que prescribe un determinado nivel de fundamentación independiente de cualquier trasfondo de supuestos metafísicos, sin prejuzgar ya por eso el sentido ético, moral o jurídico de la validez de los posibles enunciados normativos»<sup>15</sup>.

El principio abstracto del discurso tiene, entonces, un carácter previo —«neutral», dice HABERMAS<sup>16</sup>—, pero, a la vez, insuficiente sin una especificación del sentido de los enunciados normativos cuya validez se plantea. Así, afirmaciones del tipo «la acción *X* está justificada» o «la norma *N* está justificada» son enunciados todavía ambiguos que no especifican el sentido en que una acción o una norma están justificadas o fundamentados. Lo que HABERMAS parece querer poner de manifiesto no es tanto que las acciones o normas de las que predicamos validez puedan estar justificadas en un sentido o desde un punto de vista y no desde otros (aunque éste es un problema que no puede ser ignorado), sino que la naturaleza o el sentido de cada acción o cada norma determina los términos de su justificación discursiva.

---

completa presentación crítica de las tesis iusfilosóficas de HABERMAS puede verse en el trabajo de J. A. GARCÍA AMADO, «La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas», *Doxa*, núm. 13 (1993): 235-258.

<sup>11</sup> PEM, 110.

<sup>12</sup> FV, 172.

<sup>13</sup> J. HABERMAS, «Sobre la arquitectónica de la diferenciación de discursos» (en adelante ADD), en *ibid.*, *Entre naturalismo y religión*, trad. P. Fabra, Barcelona, Paidós, 2006, 83-103, cita en 86.

<sup>14</sup> ADD, 5.

<sup>15</sup> ADD, 0.

<sup>16</sup> Esta concepción del principio del discurso (D) como un principio neutral respecto del principio moral y del principio democrático está en el origen de la discusión con APEL, en la que no podemos entrar aquí; *vid.* K. O. APEL, *Apel versus HABERMAS. Elementos para un debate*, trad. Norberto Smilg, Granada, Comares, 2004, 124 y ss.

Cuáles sean estos sentidos es algo aún por determinar. En algunos trabajos<sup>17</sup>, HABERMAS ha distinguido de forma explícita entre tres *usos* de la razón práctica: el pragmático, el ético-político y el moral. Puede hablarse, en este sentido de diversos discursos, puntos de vista o contextos prácticos, cada uno de los cuales opera conforme a una lógica interna propia, que responde a la naturaleza o al sentido de cada problema práctico (lo útil, lo bueno y lo justo). Con esta diferenciación, HABERMAS proporciona una tipología de los discursos prácticos específicos definidos en función de las distintas pretensiones de validez, empíricas o normativas, sometidas a discusión<sup>18</sup>:

i) En los discursos *pragmáticos*, en los que se dilucida la racionalidad teleológica de nuestras decisiones, se adopta el punto de vista de la efectividad o eficacia (adecuación de medios y fines sobre la base de relaciones empíricas de causa-efecto) y la consistencia conceptual para fundamentar normas más o menos complejas de acción instrumental y de elección racional. Naturalmente, el sentido de la validez *pragmática* tiene un núcleo empírico que la asemeja a las pretensiones de verdad de los enunciados descriptivos (presupuesto de un mundo objetivo y de leyes físicas que lo rigen).

ii) Los conflictos de intereses o la problematización de los valores que orientan la determinación de los fines en las reglas de acción instrumental general el tipo de problema que es discutido en los discursos *ético-políticos*. Cuando un problema adopta la forma de problema ético-político, versa sobre la preferibilidad de valores y bienes, o dicho de otro modo, sobre la autocomprensión individual o colectiva de los miembros de una comunidad y su concepción de lo bueno. En este caso, las pretensiones de validez adoptan la forma de pretensiones de autenticidad en la reconstrucción reflexiva de la forma de vida compartida.

iii) En los discursos *morales* se adopta la perspectiva de la justicia. El sentido moral supone, por tanto, que la pretensión de corrección normativa de las normas de acción moral ha de entenderse como la aspiración a ser universalmente reconocidas por los destinatarios de las mismas. En otras palabras, el principio del discurso adopta en el contexto moral la forma de un principio de universalización.

No está claro si éstos son todos los sentido primitivos del interrogante práctico, esto es, si se trata o no de una clasificación exhaustiva a la que puedan reducirse la totalidad de los problemas prácticos<sup>19</sup>. La pregunta no es irrelevante desde el punto de vista la teoría del derecho: resulta esencial dilucidar el lugar de los discursos jurídicos en este diseño; cabe preguntarse si hay un «sentido jurídico» específico que permita definirlos sin presentarlos como un derivado de otros discursos, y especialmente de los discursos morales.

HABERMAS defiende abiertamente la diferenciación del discurso jurídico respecto del moral<sup>20</sup>. Así, el principio moral es una especificación del principio abstracto del

<sup>17</sup> Vid. PEM; FV, 173; ADD, 91 y ss.

<sup>18</sup> Vid. PEM, 117 y ss.; FV, 226 y ss.; ADD, 95.

<sup>19</sup> De hecho, en PEM (126), al referirse a la distinta naturaleza de los problemas —sentidos de los enunciados— a que nos podemos enfrentar, HABERMAS menciona varias perspectivas: estética, económica, teórica, práctica, ética, moral, política o jurídica, sin especificar cuál de las innumerables posibilidades resulta más adecuada como una taxonomía de la naturaleza de los problemas prácticos (sobre esto, vid. M. KETTNER, «Habermas über die Einheit der praktischen Vernunft. Eine Kritik», en A. WÜSTEHUBE (Hrsg.) *Pragmatische Rationalitätstheorien. Studies in Pragmatism, Idealism and Philosophy of Mind*, Würzburg, Königshausen y Neumann, 1995, 85-111, aquí, 93).

<sup>20</sup> Diferenciación no significa aquí independencia absoluta, como se verá más adelante.

discurso «para aquellas normas de acción que *sólo* pueden justificarse desde el punto de vista de si se tienen en cuenta por igual los intereses de todos», mientras que el principio democrático es otra especificación del principio abstracto del discurso «para aquellas normas de acción que se presentan en forma de derecho y que pueden justificarse con ayuda de razones pragmáticas, de razones ético-políticas y de razones morales, y no sólo con ayuda de razones morales»<sup>21</sup>. Y esta diferencia de fundamentación se justifica porque las normas jurídicas «[n]o dicen en general qué sea bueno por igual para todos los hombres; [sino que] regulan el contexto de vida de los ciudadanos de una comunidad jurídica concreta»<sup>22</sup>, esto es, las normas jurídicas tienen un alcance contextual, a diferencia de las normas morales, que tienen un alcance universal.

Al admitir ahora esta pluralidad de discursos como distintas concreciones del principio más abstracto (D), HABERMAS presenta un esquema que permite considerar la legitimidad jurídica separada de la legitimidad moral, saliendo así al paso de algunas de las objeciones en que se ponía de manifiesto el solapamiento del principio discursivo (D) y el discurso moral<sup>23</sup> en la reconstrucción de los procedimientos democráticos de creación del derecho en términos de (una menos sofisticada) teoría del discurso.

La peculiar naturaleza de los problemas jurídicos que impide su tratamiento como asuntos morales (en el sentido del principio de universalización) reside, para HABERMAS, en las propiedades formales del derecho moderno<sup>24</sup> que expresan su entrelazamiento con la política:

«... el derecho asume objetivos y programas políticos que pueden justificarse no sólo desde el punto de vista moral. Las materias necesitadas de regulación exigen justificaciones complejas en las que intervienen razones de naturaleza empírica, instrumental-pragmática, estratégica y ética»<sup>25</sup>.

Esta particularidad de la fundamentación de las normas jurídicas «excede» los límites de la perspectiva moral e impide la identificación de los discursos jurídicos y morales. En las sociedades modernas se responsabiliza al derecho «de la totalidad de la vida colectiva, no sólo de la convivencia legítima»<sup>26</sup>, de manera que las pretensiones de validez en los discursos jurídicos de producción normativa no pueden dejar de considerar los puntos de vista de «la autoconservación política, económica

<sup>21</sup> FV, 173.

<sup>22</sup> FV, 221.

<sup>23</sup> Éste era el sentido de la crítica formulada por K. TUORI al afirmar que «[l]os procedimientos para la redacción y promulgación de las normas jurídicas no pueden incluso en el nivel de la reconstrucción racional, analizarse simplemente como institucionalizaciones de los de los discursos práctico-morales en el sentido de la ética discursiva: debe prestarse atención también a las dimensiones *teleológica* y *axiológica* de los procedimientos de creación de normas jurídicas» («Ética discursiva y legitimidad del Derecho», *Doxa*, núm. 5, 1988, 47-67, cita en 51, subrayado JMCA). En un sentido similar, A. WELLMER sostenía que el entrelazamiento del derecho con la moral a que daba lugar el principio de universalización «se logra sólo al precio de asimilar conceptualmente los problemas morales a los jurídicos (...) dando como resultado que al final dicho postulado no resulta convincente *ni* como principio moral *ni* como principio de legitimidad» (A. WELLMER, *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso*, trad. F. Morales, Barcelona/México, Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, 1994, 81).

<sup>24</sup> Estos rasgos formales del Derecho moderno son: i) los derechos subjetivos; ii) la coacción, que convierte al derecho, a diferencia de la moral, que es un sistema de saber, en un sistema de acción, y iii) la positividad de las normas jurídicas, provenientes de una autoridad (FV, 171 y ss.; 179 y ss.).

<sup>25</sup> ADD, 97.

<sup>26</sup> ADD, 99.

y cultural»<sup>27</sup>. De otro modo, difícilmente podríamos justificar muchas de las normas de los ordenamientos jurídicos occidentales, dirigidas a garantizar estándares de vida cada vez más altos, mientras hubiera una sola persona en el mundo cuyas necesidades básicas no estuvieran satisfechas.

Con lo dicho hasta aquí no sólo queda definida la diferenciación del discurso jurídico respecto del discurso o punto de vista moral (ambos, el punto de vista moral y el punto de vista jurídico son distintas concreciones del principio del discurso), sino que se advierte ya la complejidad del punto de vista jurídico materializado en el principio democrático. Esta complejidad se manifiesta en el hecho de que en lugar de describir un sentido específico del discurso jurídico, HABERMAS lo define como la confluencia de los distintos puntos de vista prácticos:

«... el procedimiento democrático de legislación debe agotar el potencial de racionalidad de las deliberaciones en toda su amplitud de posibles aspectos de validez, y de ningún modo únicamente desde la perspectiva moral de la generalización igualitaria de intereses»<sup>28</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en el resto de discursos prácticos, el principio democrático no establece una pretensión de validez específica contenida en un principio de la argumentación, al modo del principio de *universalización* en el discurso moral, o la *optimización* y la *eficacia* en el pragmático<sup>29</sup>. Si en estos discursos el potencial de razón práctica se concentra en una regla argumentativa que señala las condiciones de validez de una norma práctica, en el contexto jurídico, sin embargo, la realización de la razón práctica está en directa relación con el carácter institucional del sistema jurídico:

«... la razón práctica no sólo se hace valer en la propia praxis discursiva o en las reglas que sigue la argumentación. A nivel sistémico, la razón práctica se encarna más bien en los principios según los cuales está constituido el sistema político en cuanto tal. Esto explica por qué el principio democrático, en tanto que elemento constitutivo de un orden constitucional, no interviene en los discursos estableciendo un esquema de argumentación, como hace el principio moral, sino que fija criterios para el *establecimiento* y la *interrelación* de discursos políticos»<sup>30</sup>.

El derecho, por tanto, no se constituye como una especificación del interrogante práctico en el mismo sentido de los discursos morales o los discursos pragmáticos. Lo que caracteriza al punto de vista jurídico, al carecer de una regla de argumentación propia, es precisamente la apertura a la pluralidad de puntos de vista prácticos (y sus correspondientes reglas argumentativas: eficacia, preferibilidad, justicia) que están implicados en el horizonte de la política. En este sentido, la diferenciación de discursos prácticos no da como resultado la identificación de un discurso jurídico como otra posible especificación del principio discursivo (D), equiparable a los discursos morales éticos y pragmáticos, sino que sirve más bien para mostrar la estructura compleja de los discursos jurídicos y su condición de metadiscurso respecto del resto de especificaciones del principio discursivo (D) que confluyen en el discurso jurídico.

<sup>27</sup> ADD, 100.

<sup>28</sup> ADD, 99.

<sup>29</sup> No tengo claro que la *autenticidad* en los discursos ético-políticos pueda formularse como una regla de la argumentación en el mismo sentido en que lo podemos hacer con los principios de universalidad o eficacia. Ésta es una cuestión que debo dejar al margen en este momento.

<sup>30</sup> ADD, 99.

Ésta es la idea que expresa HABERMAS cuando sostiene que «[e]n la fundamentación de las normas jurídicas hay que hacer uso de la razón práctica en todo el espectro de ésta»<sup>31</sup>.

Para mostrar esta diferencia entre los discursos jurídicos y morales, HABERMAS sostiene que el principio moral «opera en el plano de la estructura *interna* de un determinado juego de argumentación», mientras que el principio democrático «se refiere al plano de la institucionalización *externa*»<sup>32</sup>. Podría decirse que lo que caracteriza al principio democrático, en contraste con el principio moral, es su condición de *principio procedimental puro* en el sentido de RAWLS<sup>33</sup>, al carecer de una regla de argumentación<sup>34</sup>. No es posible aquí desarrollar esta idea por extenso, pero me parece correcta la intuición de que las reglas argumentativas, como el principio moral de una «generalización igualitaria de intereses» o el principio de eficacia de los discursos pragmáticos, que funcionan como estándares epistémicos de validez, no permiten concebir los discursos correspondientes como procedimientos puros<sup>35</sup>. Esto permitiría una lectura realista (no estrictamente procedimental) de la teoría del discurso<sup>36</sup>; al menos, de aquellos discursos que se rigen por reglas o esquemas argumentativos de este tipo. Lo que diferencia a los discursos procedimentales puros de otros discursos procedimentales (perfectos/imperfectos) es que agotan el sentido de la pretensión de validez que se formula en los discursos correspondientes. En los discursos procedimentales puros, si el procedimiento es observado, no cabe hablar de falibilidad o error; en cambio, la validez de los resultados de los discursos perfectos o imperfectos, como los discursos pragmáticos o los discursos morales<sup>37</sup> es revisable sobre la base de una apreciación crítica de esos resultados desde el punto de vista de la regla de argumentación correspondiente; por ejemplo, cuestionamos o negamos validez a una norma moral porque dudamos o negamos que sea una «generalización igualitaria de intereses»<sup>38</sup>. Y esto

<sup>31</sup> FV, 223.

<sup>32</sup> FV, 176.

<sup>33</sup> «Un rasgo característico de la justicia puramente procesal es que el procedimiento para determinar el resultado justo tiene que ser efectivamente observado, ya que en estos casos no existe un criterio independiente por referencia al cual se pueda saber que un determinado resultado es justo. Está claro que no podemos decir de un estado de cosas particular que es justo porque pudo haberse obtenido siguiendo un procedimiento imparcial. (...) Un procedimiento imparcial hace imparcial el resultado sólo cuando es efectivamente observado» (J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores González, Mexico, FCE, 1971, 109).

<sup>34</sup> Cfr. C. LAFONT, «Procedural Justice? Implications of the Rawls-Habermas debate for discourse ethics», *Philosophy and Social Criticism*, núm. 29, 2003, 163-181; en el mismo sentido, M. COOKE observa que la caracterización del principio democrático por parte de HABERMAS carece de un estándar epistémico de validez, a diferencia de los discursos morales; vid. M. COOKE, «Law's Claim to Correctness», en G. Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford/Portland, Hart, 2007, 225-247, aquí 236.

<sup>35</sup> Como es sabido, lo que distingue a la justicia procesal *pura* de otros tipos de justicia procesal, como la *perfecta* y la *imperfecta*, es que éstas presuponen la existencia de un criterio externo de corrección, mientras que aquella no; vid. RAWLS, *Teoría de la justicia*, *op. cit.*, 108 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. C. LAFONT, *The Linguistic Turn in the Hermeneutic Philosophy*, Cambridge (Mass.), MIT Press, 1999; *ibid.*, «How Cognitivist is Discourse Ethics?», en M. NIQUET, J. J. HERRERO y M. HANKE (Hrsg.), *Diskursethik. Grundlegungen und Anwendungen*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 2001, 135-144.

<sup>37</sup> De nuevo, debo manifestar mis dudas acerca del carácter —procedimental puro o procedimental perfecto— de la pretensión de autenticidad de los discursos ético-políticos.

<sup>38</sup> HABERMAS sólo admite esta interpretación en relación con los discursos teóricos, en los que se tratan cuestiones empíricas, pero no con los discursos morales; vid. J. HABERMAS, «Corrección normativa *versus* verdad. El sentido de la validez deontológica de los juicios y normas morales», en *ibid.*, *Verdad y justificación*, trad. Pere Fabra y Luis Díez, Madrid, Trotta, 2002, 261-303.

es, me parece, lo que está implícito en este planteamiento: la validez jurídica tiene un carácter procedimental puro<sup>39</sup>.

Ante la inevitable duda que suscita la posibilidad de que el discurso jurídico legislativo —*i. e.*, el asentimiento libre y reflexivo de los ciudadanos de un Estado (principio democrático)— produzca normas no universalizables y entre en conflicto con los resultados que se alcanzarían desde la perspectiva moral (o dicho de otro modo, que se reproduzca el eterno problema del Derecho natural), HABERMAS se ha pronunciado en diferentes sentidos.

En primer lugar, mediante la diferenciación y clasificación, en cuestiones morales y cuestiones éticas, de las materias que deben ser reguladas por los respectivos discursos morales (universal) y ético-políticos (contextual). Una ordenación de este tipo —de ser posible— evitaría que resultados no universalizables del discurso jurídico fueran problemáticos desde el punto de vista de la validez jurídica, siempre que dichos resultados regularan materias no pertenecientes al ámbito de la moralidad. Según HABERMAS, pertenecen al ámbito de las cuestiones morales aquellas de tipo penal, como el aborto, los plazos de prescripción de los distintos delitos o la prohibición de la obtención de pruebas por determinados medios en el proceso penal; cuestiones de política social, derecho fiscal, de organización de la educación y la sanidad que afectan a la distribución de la riqueza y a las oportunidades vitales de cada uno. En cambio, son cuestiones éticamente relevantes las ecológicas de protección del medio ambiente y los animales, la ordenación del tráfico y la planificación de las ciudades o las políticas de inmigración, de protección de las minorías étnicas y culturales<sup>40</sup>. La clasificación de problemas prácticos en cuestiones morales y cuestiones éticas se enfrenta, antes o después, a problemas de calificación (esta misma que ha presentado HABERMAS plantea algunas dudas<sup>41</sup>).

Por otro lado, HABERMAS habla de «los aspectos pragmáticos, éticos y morales»<sup>42</sup> de las materias necesitadas de regulación, como si fueran distintos niveles de problematización o puntos de vista desde los que se puede abordar una misma cuestión, es decir, como si la regulación de una materia se planteara (o pudiera plantearse) primero como un problema de eficiencia, que se transformaría en un problema ético-político de preferibilidad una vez problematizados los fines y valores presupuestos por la racionalidad instrumental o pragmática. Así entendido, la anterior clasificación de los problemas prácticos, *i. e.*, de las distintas materias necesitadas de

<sup>39</sup> Esta idea permite, además, explicar que dos normas jurídicas consecutivas en el tiempo (o pertenecientes a sistemas normativos distintos) y de contenido divergente o incluso contradictorio puedan ser jurídicamente válidas. Por el contrario, esto no es posible en el ámbito moral: dos normas consecutivas en el tiempo y de contenido contrario no pueden ser igualmente válidas desde un punto de vista moral. La modificación de nuestras normas morales es vista *necesariamente* como un proceso de aprendizaje sustantivo o material, pero la validez no tiene un sentido temporal o espacial, sino absoluto; una norma moral es válida en términos absolutos o no lo es. Nada de esto ocurre en el Derecho.

<sup>40</sup> FV, 233.

<sup>41</sup> En opinión de GARCÍA AMADO a propósito de la enumeración de temas que corresponden a uno y otro ámbito práctico, «resulta un tanto complicado comprender su lógica interna, entender, por ejemplo, por qué los problemas ecológicos o de inmigración requieren un discurso menos exigente en cuanto a las condiciones de aceptabilidad de sus resultados que el relativo a la fijación del plazo de prescripción de los delitos» (J. A. GARCÍA AMADO, «La Filosofía del Derecho de Jürgen Habermas», *op. cit.*, 248).

<sup>42</sup> FV, 232.

regulación, tendría como finalidad señalar qué materias están llamadas a ascender en los niveles de discurso hasta el discurso moral y cuáles podrían detenerse en el discurso ético-político; algo así como una *naturaleza dominante* de los problemas prácticos<sup>43</sup>.

Una segunda vía para escapar del dilema que plantearía para la construcción habermasiana la posibilidad de que el discurso jurídico produjera resultados no universalizables, vendría dada, no ya por la diferenciación de materias o asuntos morales y políticos, sino por relaciones de prioridad entre ambos puntos de vista (discursos). En este sentido, HABERMAS ha oscilado entre posturas que procuran una difícil síntesis entre el punto de vista ético y el punto de vista moral, de una parte, y posturas que parecen dar preeminencia a la perspectiva ética (contextual) en el discurso jurídico, de otra. Un ejemplo de lo primero puede constatarse cuando sostiene que: «[d]e lo que el modo deliberativo de la práctica de la legislación ha de cuidar, no es *sólo* de la validez ética de las leyes. Ante la compleja pretensión de validez de las normas jurídicas puede entenderse como la pretensión de, por un lado, haber tenido en cuenta de forma compatible con el bien común los intereses parciales que estratégicamente se afirman y, por otro, dar cobro a los principios universalistas de justicia en el horizonte de una forma de vida determinada, caracterizada por constelaciones valorativas particulares»<sup>44</sup>. En cambio, parece defender con claridad la segunda postura cuando afirma que, efectivamente, el discurso de creación de normas jurídicas debe estar abierto a la reflexión moral, pero que esta exigencia se vería ya satisfecha con la «vinculación de la legislación al conjunto de principios de una constitución democrática»<sup>45</sup>.

En conclusión, al poner de manifiesto la complejidad de la fundamentación jurídica, HABERMAS evita una reconstrucción del discurso jurídico con el discurso moral como referente, pero, al mismo tiempo, se enfrenta a la cuestión acerca del punto de vista práctico (pragmático, ético o moral) desde el que deba abordarse cada problema o materia necesitada de regulación. La pregunta acerca del punto de vista adecuado para cada problema práctico, a la que HABERMAS no da una respuesta concluyente, remite a un metadiscurso o discurso sobre discursos prácticos parciales. Ésta es, precisamente, la función que parece cumplir el discurso jurídico de creación de normas, si bien su condición de discurso procedimental puro (carente de una regla o esquema de argumentación) deja abierto el interrogante planteado sobre el tipo de razones propias de este discurso; o planteado de otro modo: ¿qué tipo de razones pueden argüirse para defender la racionalidad (o irracionalidad) de uno de los puntos de vista prácticos en detrimento (o a favor) de los otros puntos de vista<sup>46</sup>?

<sup>43</sup> M. KETTNER apunta, no obstante, que la naturaleza dominante de un problema (como, por ejemplo, el hecho de que el trastorno físico se considere un problema clínico y no un problema judicial) es una construcción histórica, no el descubrimiento de la esencia del problema mismo (M. KETTNER, «Habermas über die Einheit der praktischen Vernunft. Eine Kritik», *op. cit.*, 98).

<sup>44</sup> *FV*, 358.

<sup>45</sup> *ADD*, 97.

<sup>46</sup> M. KETTNER, «Habermas über die Einheit der praktischen Vernunft. Eine Kritik», *op. cit.*, 94.

## 2. LA UNIDAD DE LA RAZÓN PRÁCTICA EN LA TEORÍA DEL DISCURSO

### 2.1. El discurso práctico general

Según la tesis del caso especial, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. El discurso práctico general —ha insistido ALEXY— no es el discurso moral, entendido como el discurso orientado por el principio de universalización, sino un discurso «en el que están conectados los argumentos y los problemas morales, éticos y pragmáticos»<sup>47</sup>. Esa «conexión» expresa la idea de unidad de razonamiento práctico y lo que define esa unidad son las relaciones de *prioridad* y *permeabilidad* entre los distintos puntos de vista prácticos.

La relación de prioridad entre los puntos de vista prácticos se manifiesta singularmente en que la racionalidad teleológica, propia de los discursos pragmáticos, carece de sentido si el fin a alcanzar carece de valor: se trata de la prioridad de lo bueno (argumento ético) sobre lo útil (argumento pragmático). Igualmente, la prioridad de lo justo (argumento moral) sobre lo bueno, es decir, la prioridad de la perspectiva universal frente a la perspectiva particular, se vería corroborada por el carácter necesario del punto de vista moral, como muestra la reconstrucción de los presupuestos lingüísticos de los actos de habla elementales, como afirmar, preguntar o discutir<sup>48</sup>. Este carácter necesario constituye una razón para privilegiar el punto de vista moral.

Por otro lado, la permeabilidad de los distintos puntos de vista interfiere en el sistema de prioridades: «[l]a prioridad —sostiene ALEXY— es algo simple cuando lo que se ordena está claramente deslindado entre sí», y éste no es el caso de lo justo y de bueno; especialmente, en lo que se refiere a los derechos humanos elementales (derecho a la vida, a no ser torturado, etc.), que pueden ser concebidos como algo «igualmente bueno para todos, independientemente de las particulares concepciones de lo bueno»<sup>49</sup>. Por otro lado, cómo se resuelvan cuestiones de justicia no fundamentales relativas a la distribución y retribución depende, en gran medida, de la autocomprensión de los sujetos y de la comunidad a la que pertenecen y, en este sentido, «lo justo depende de lo bueno»<sup>50</sup>. Todo ello vendría a mostrar que:

«... el discurso práctico general no es una simple mezcla o combinación, sino una conexión sistemáticamente necesaria que expresa la unidad sustancial de la razón práctica» (379).

<sup>47</sup> SCT, 378; R. ALEXY, «Jurgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, op. cit.*, 165-174, especialmente 173. La diferencia entre el discurso práctico general y los discursos jurídicos de creación de normas es que estos últimos son discursos institucionalizados que garantizan un resultado final (*vid.* R. ALEXY, «Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems», *ARSP Beiheft*, núm. 44, 1991, 30-44).

<sup>48</sup> SCT, 379. Sobre la reconstrucción del acto de habla de la afirmación (*Behauptung*), *vid.* R. ALEXY, «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs, op. cit.*, 127-164. Una revisión crítica del argumento alexiano puede verse en el reciente libro de C. BÄCKER, *Begründen und entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos, 2008, 49-116.

<sup>49</sup> SCT, 379.

<sup>50</sup> SCT, 379; *vid.* también Th. MACCARTHY, «El discurso práctico: sobre la relación de la moralidad con la política», en *ibid.*, *Ideales e ilusiones: reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*, trad. A. Rivero Rodríguez, Madrid, Tecnos, 1992, 197-198.

El discurso práctico general opera como la instancia argumentativa en que convergen —de un modo sistemático y no como una simple combinación— los distintos puntos de vista o argumentos prácticos. La clave de la unidad de razón práctica en la teoría del discurso está en cómo se entienda la relación entre los distintos puntos de vista prácticos y sus respectivas reglas de la argumentación. En la construcción del discurso práctico general de ALEXY, las relaciones de prioridad y permeabilidad, especialmente entre los puntos de vista de lo bueno y lo justo, parece que se excluyan mutuamente o, al menos, que sean inversamente proporcionales: cuanto más permeables son los puntos de vista en relación con una materia necesitada de regulación, es decir, cuando más difícil resulta calificar las materias necesitadas de regulación como problemas prácticos específicos (morales o ético-políticos), menos sentido tiene hablar de relaciones de prioridad entre ellos. Ahora bien, esta explicación de la unidad de razón práctica combina dos planteamientos difícilmente compatibles: por un lado, la ordenación jerárquica de los distintos argumentos del discurso práctico general, dando prioridad a los argumentos morales frente a otros argumentos, y, por otro lado, la disolución de los distintos argumentos prácticos (morales y ético-políticos) en una única categoría de argumentos prácticos. Se trata de dos explicaciones distintas o dos dimensiones distintas del mismo problema que plantean dos interrogantes distintas. Si la unidad de razón práctica se explica en términos de prioridad, cabe preguntarse si y cómo es posible que, en un discurso que privilegia el punto de vista moral, puede un argumento de otro tipo distinto al punto de vista moral fundamentar suficientemente una norma de acción. Si esto no fuera posible, entonces no se ve en qué se diferencian el discurso práctico general del discurso moral tal y como es definido por HABERMAS. Por otra parte, planteada la unidad de razonamiento práctico en términos de permeabilidad, cabe preguntarse cuál es el principio de la argumentación —el estándar epistémico de validez— del discurso práctico general, es decir, cuál es el contenido de la pretensión de validez o corrección que se dilucida en estos discursos en los que concurren «sistemáticamente conectados» argumentos pragmáticos, éticos y morales.

## 2.2. El discurso jurídico

Según la tesis del caso especial, lo específico del discurso jurídico, lo que lo hace un caso especial del discurso práctico general, es su vinculación al derecho vigente (con mayor intensidad en los discursos judiciales y de la dogmática que en los discursos legislativos, por definición); las cuestiones jurídicas son discutidas desde el punto de vista de la corrección, si bien ésta es sólo parcialmente coincidente con la pretensión formulada en el discurso práctico general, al estar sujeta a los límites institucionales impuestos por el derecho vigente<sup>51</sup>. Por esta razón, la racionalidad de la argumentación jurídica, es «siempre relativa a la racionalidad de la legislación»<sup>52</sup>. La vinculación al derecho vigente, no obstante, de ningún modo significa que el discurso jurídico sea impermeable a otros argumentos de tipo práctico general. La corrección en el marco

<sup>51</sup> La pretensión de corrección de los discursos jurídicos no plantea «que el enunciado normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado» (TAJ, 272).

<sup>52</sup> TAJ, 274.

de un sistema jurídico tiene, esencialmente, pero no únicamente, una dimensión institucional:

«Si los textos legales, los precedentes judiciales o la dogmática *determinan claramente una decisión y excluyen toda duda acerca de su corrección*, el caso se decide sobre la base de los materiales institucionales; si no lo hacen, como en los denominados casos difíciles, es necesario recurrir a premisas adicionales que no derivan del material autoritativo dado»<sup>53</sup>.

La adecuación al derecho vigente —*i. e.*, a los materiales institucionales— no agota el contenido de la pretensión de corrección en el derecho, como se aprecia en los problemas que podemos denominar de la «textura abierta del derecho» (los materiales institucionales no determinan claramente una decisión) y de la «corrección» (los materiales institucionales no excluyen toda duda acerca de la corrección de la decisión). El primero es un problema semántico y el segundo un problema normativo. Siempre que nos enfrentamos a un problema de indeterminación semántica del derecho surge un problema normativo —bien porque debamos crear una norma *ad hoc* para colmar una laguna, bien porque debamos decidir entre dos alternativas interpretativas igualmente compatibles con los materiales institucionales<sup>54</sup>— aunque no así a la inversa; no todos los problemas normativos tienen su origen en la indeterminación semántica, como en el problema de las leyes injustas.

ALEXY ha insistido en que la relación entre los materiales institucionales y los argumentos sustanciales o prácticos generales en el discurso jurídico debe entenderse como una relación de *integración* (*Integrationsthese*)<sup>55</sup>, esto es, como la conexión a todos los niveles, que hace posible que los argumentos institucionales sean complementados, impregnados y controlados por los argumentos prácticos sustantivos<sup>56</sup>. El carácter complementario de los argumentos prácticos es evidente en el problema de la textura abierta, pero la integración de la que habla ALEXY se percibe con mayor claridad en el carácter *prima facie* de las reglas de prioridad en el uso de los argumentos interpretativos<sup>57</sup>:

«(1) Los argumentos lingüísticos preceden *prima facie* a cualesquiera otros argumentos.

(2) Los argumentos lingüísticos, genéticos y sistemáticos preceden *prima facie* a los argumentos prácticos generales<sup>58</sup>».

<sup>53</sup> R. ALEXY, «My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason», en L. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Kluwer Academics Publishers, 1999, 23-45, cita en 41 (subrayado JMCA).

<sup>54</sup> Quedan englobados también dentro de los problemas interpretativos los problemas de calificación y aplicabilidad.

<sup>55</sup> *TJA*, 38.

<sup>56</sup> R. ALEXY, «Jurgen Habermas' Theorie des juristischen Diskurses», *op. cit.*, 173.

<sup>57</sup> Los argumentos lingüísticos (semánticos), genéticos o sistemáticos usados en la interpretación de los textos legales —ya sea en sede judicial, ya sea la llevada a cabo por la dogmática jurídica— son expresión de la dimensión institucional del discurso jurídico (*vid. SCT*, 381).

<sup>58</sup> R. ALEXY, «Juristische Interpretation», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, *op. cit.*, 71-92, aquí 90. La *TJA* contiene una regla con un sentido similar, aunque no coincidente en su contenido:

(J.7) Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a los otros argumentos (p. 305).

Si se complementan las reglas (1), (2) y (J.7), podemos formular la siguiente regla de prioridad:

(J.7') Los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley prevalecen sobre los argumentos que expresan una vinculación a la voluntad del legislador histórico, y éstos, a su vez, prevalecen sobre los argumentos sistemáticos, a no ser que puedan ser aducidos motivos racionales que concedan prioridad a los argumentos genéticos.

La interacción entre distintos tipos de argumentos tiene lugar dentro del discurso jurídico, sin desbordar las posibilidades del mismo, mediante la selección de los argumentos institucionales que mejor encajen con la perspectiva del discurso práctico general. Se explica así, por ejemplo, que un juez pueda apartarse del sentido literal de una norma para interpretarla sistemáticamente, o que no lo haga. Las razones por las que, en un caso determinado, un juez opta por una interpretación sistemática son siempre razones prácticas de tipo general (no institucionales). De hecho, los argumentos institucionales y las formas de argumento propias del razonamiento jurídico tienen un fundamento racional práctico; tienen, por así decirlo, una «traducción» en términos del discurso práctico general: la seguridad, la certeza, la coherencia o el respeto al principio democrático son argumentos prácticos generales (pragmáticos, ético-políticos, morales) que el discurso jurídico reproduce en sus propios términos como seguridad jurídica, coherencia sistémica, vinculación a la voluntad del legislador, etc. De este modo es posible la integración —la «conexión sistemática»— entre los argumentos institucionales, condensados en el principio de vinculación a la ley, y los argumentos prácticos generales.

Ahora bien, la situación es distinta cuando nos enfrentamos con el problema de las leyes injustas (inmorales) o manifiestamente ineficientes (pragmática o teleológicamente irracionales). Parece que el problema de la ley injusta, sobre el que se ha desarrollado la eterna discusión entre iusnaturalistas e iuspositivistas, ha sido relegado a un segundo plano por el neoconstitucionalismo actual, como una anomalía cuyo carácter excepcional la convierte en irrelevante para la teoría del derecho<sup>59</sup>. No puedo extenderme en discutir este punto<sup>60</sup>. En mi opinión, el problema del derecho injusto constituye un reto para la tesis del caso especial, entendiendo como tal problema un escenario en el que la interacción entre los argumentos institucionales y los argumentos sustantivos no puede enderezar un resultado injusto o ineficiente, sin forzar los márgenes del discurso jurídico, es decir, los materiales jurídicos institucionales determinan claramente una decisión acerca de cuya corrección existen dudas (casi habría que decir que, más bien, no existen dudas acerca de su incorrección), entendiendo por corrección la aceptabilidad de la decisión (aspecto práctico) y no su mera deducibilidad o compatibilidad (aspecto lógico) con el sistema jurídico de que se trate. ¿Cómo podemos hablar aquí de una conexión sistemática de los distintos argumentos —institucionales y prácticos— contradictorios que confluyen en el discurso jurídico?

### 3. LA UNIDAD DE RAZONAMIENTO PRÁCTICO Y LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA

ALEXY sostiene que las decisiones jurídicas aspiran a ser correctas «no sólo en el contexto de un ordenamiento jurídico válido, sino también en cuanto decisiones jurídi-

<sup>59</sup> Vid. A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, op. cit., 232 y ss.

<sup>60</sup> ALEXY, apoyándose en las experiencias alemanas del postnazismo y el postcomunismo, niega que este problema haya perdido relevancia: «tendrá significado siempre que persista la posibilidad de que existan sistemas jurídicos injustos o defectuosos» (R. ALEXY, «La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho», en *ibid.*, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. C. Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008, 51-72, cita en p. 69).

*cas»*<sup>61</sup>, esto es, aspiran a estar justificadas desde la perspectiva del derecho positivo y, simultáneamente, como decisiones justas y razonables.

En este punto, ALEXY ha seguido dos estrategias, y aunque no son plenamente contradictorias, sólo una de ellas acierta a expresar con claridad la idea de unidad de razón práctica en el discurso jurídico.

La primera de ellas —que, en mi opinión, resulta fallida— queda reflejada en el siguiente texto:

«Una decisión judicial que aplica correctamente una ley injusta o irrazonable no satisface la pretensión de corrección en todos sus aspectos. Si la ley injusta o irrazonable es derecho válido, la decisión que la aplica es jurídicamente válida también, y en muchos casos, si no en la mayoría, los principios de seguridad jurídica, de separación de poderes y el principio de democracia exigen del juez la aplicación de incluso leyes injustas o irrazonables cuando no hay lugar para la interpretación, de manera que su decisión es correcta *conforme a las circunstancias dadas*, por desafortunadas que sean. Sin embargo, la decisión no es una decisión jurídica perfecta. Está impregnada por la ley defectuosa»<sup>62</sup>.

Este planteamiento suscita varios interrogantes. En principio, la aplicación de una ley injusta o irracional no satisface *todos los aspectos de la pretensión de corrección* que está implícita en las decisiones jurídicas; pero ¿significa esto que su aplicación no está justificada? Entonces, ¿qué quiere decir que los principios formales de seguridad, separación de poderes y representatividad democrática *exigen* en un gran número de casos la aplicación de esas leyes de contenido injusto o irracional? ¿Cuál es el sentido de esa exigencia (deber)? Una justificación de este tipo, basada en principios jurídico-formales, está fundada indirectamente en argumentos prácticos; pero, si esto es así, ¿no debería considerarse la decisión que aplicara esas leyes injustas o irrazonables justificada desde todos los puntos de vista y no sólo «correcta *conforme a las circunstancias dadas*»?

Si, como sostiene ALEXY, la unidad de razonamiento práctico es el fundamento de la tesis del caso especial, no resulta fácilmente comprensible que la pretensión de corrección de los discursos jurídicos se desdoble en dos pretensiones parciales acumulativas: la pretensión de *adecuación al derecho*, que permite hablar de decisiones «jurídicamente válidas» cuando éstas aplican leyes injustas o irracionales, y la pretensión de *racionalidad práctica*, según la cual una decisión que aplica una norma injusta «no es una decisión jurídica perfecta». Si se sostiene que una decisión jurídica es conforme a derecho («correcta conforme las circunstancias dadas»), pero «imperfecta» desde otro punto de vista: el moral, el pragmático, o cualquier otro, no parece decirnos nada sobre la *integración* de los argumentos institucionales y los argumentos prácticos de tipo general, salvo que, en ocasiones, dicha integración es imposible.

El siguiente paso en su argumentación resulta todavía menos convincente. En opinión de ALEXY, quien crea ver en el problema de las leyes injustas una objeción insalvable para la tesis del caso especial está pasando por alto una distinción importante: la diferenciación entre la formulación de una pretensión y su cumplimiento. La tesis del caso especial no afirma la consonancia siempre y en todo caso entre el derecho y

<sup>61</sup> TJA, 433; SCT, 382.

<sup>62</sup> SCT, 382.

la moral, «sólo dice que tal consonancia está siempre implícita en las pretensiones del Derecho»<sup>63</sup>. Es cierto que no todas las pretensiones particulares confirman su validez en un discurso, pero ¿tiene sentido reconstruir las pretensiones de validez de nuestros discursos —entre ellos el jurídico— ignorando la realidad? En relación con la racionalidad de las leyes, más nos valdría adoptar un sano escepticismo *à la* MONTAIGNE<sup>64</sup>. Si la experiencia nos dice que siempre han existido leyes injustas o irracionales, ¿está justificada esta presunción de corrección moral de las leyes? Si un juez sabe de antemano que la ley que aplica es injusta, ¿cómo puede su decisión elevar una pretensión de corrección en la que esté implícita la adecuación del derecho a la moral, es decir, que ignora esa inadecuación que percibe claramente? Del mismo modo que la falibilidad humana nos obliga a interpretar las pretensiones de verdad no como pretensiones de certeza absoluta y definitiva, sino más bien como pretensiones de justificación, la seguridad o la mera posibilidad de que existan leyes inmorales o ineficientes, leyes injustificables desde un punto de vista moral o pragmático, deberían ser buenas razones para que las pretensiones de corrección en el discurso jurídico no incorporaran siempre la presuposición de que el derecho está en consonancia con la moral; sencillamente, porque es falso.

Esta respuesta de ALEXY al problema de las leyes injustas es algo artificiosa, si no incompatible con la tesis del caso especial. Cualquiera con cierto sentido crítico —es decir, cualquiera que no sea un positivista ideológico— podría dar una respuesta similar sin recurrir a la ficción de que las pretensiones formuladas en el derecho presuponen siempre la adecuación del derecho a la moral. Lo que no se entiende bien es que una decisión sea jurídicamente válida o «correcta *conforme a las circunstancias dadas*», pero defectuosa desde un punto de vista jurídico; ¿cómo puede la pretensión de validez jurídica ser válida *conforme a las circunstancias dadas* (ley injusta o irracional) e inválida *debido*, precisamente, a las circunstancias dadas? No puede serlo en un mismo plano; no, en el mismo discurso.

Si la idea de fundamentación en el marco de un ordenamiento jurídico tiene implicaciones morales, éticas y pragmáticas, como ocurre en la tesis del caso especial<sup>65</sup>, habrá que preguntarse qué significa justificar racionalmente en un contexto institucional en el que no siempre se puede presuponer la corrección práctica (moral, ética o pragmática) de los argumentos institucionales y en qué consiste su integración en todos los niveles del razonamiento jurídico con los argumentos prácticos; habrá que pre-

<sup>63</sup> SCT, 382.

<sup>64</sup> «Las leyes se mantienen en crédito, no porque sean justas, sino porque son leyes. Es el fundamento místico y único de su autoridad, y lo aprovechan en abundancia. A veces han sido hechas por tontos; más a menudo por gentes que, en su odio a la igualdad, incurrían en falta de equidad, y siempre por hombres, tutores, pues, vanos e irresolutos. Nada hay tan grave, vasta y ordinariamente defectuoso como las leyes. Quien las obedece por justas no las obedece por lo que son» (M. DE MONTAIGNE, «De la experiencia», en *Ensayos completos* (3 vols.), trad. J. G. De Luaces, Barcelona, Iberia, 1968, vol. III, 233 y 238).

<sup>65</sup> R. ALEXY, «El concepto y la validez del Derecho», en *ibid.*, *El concepto y la validez del derecho* (trad. J. M. Seña) Barcelona, Gedisa, 1997, 13-130, aquí 44; «Recht und Richtigkeit», en W. Krawietz, R. S. Summers, O. Weinberger y G. H. von Wright (eds.), *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, 3-19, aquí 14. Esta implicación moral no supone una conexión con contenidos morales a priori, sino «con la idea de una moral correcta en el sentido de una moral fundamentada», lo que supone, en última instancia, que el derecho o las pretensiones de fundamentabilidad jurídica no están vinculadas con *alguna* moral determinada, sino, más bien, con *cualquier* moral: cualquiera sostenida por el individuo que formule la pretensión («El concepto y la validez del Derecho», *op. cit.*, 84).

guntarse, en fin, cuál es el contenido de la pretensión de corrección que formulamos cuando decidimos cuestiones jurídicas, sobre todo cuando la decisión a que conducen inequívocamente los materiales institucionales es incompatible con la decisión que resultaría de un discurso práctico no sujeto a los límites impuestos por el correspondiente orden jurídico.

En este sentido, la segunda explicación de la unidad de razón práctica en el discurso jurídico ofrecida por ALEXY me parece mucho más satisfactoria. En un trabajo reciente<sup>66</sup>, ALEXY defiende la doble naturaleza, ideal y real, del derecho. La primera corresponde a la corrección sustantiva de las normas y decisiones jurídicas y la segunda a la dimensión institucional o positiva del derecho. La reconciliación de ambas dimensiones pasa por la distinción de dos niveles de corrección: en el primer nivel (*first-order correctness*), la corrección tiene un sentido ideal, y se identifica con la justicia; en el segundo nivel (*second-order correctness*), la corrección tiene un sentido comprensivo, y se refiere tanto a la dimensión ideal como a la dimensión real, esto es, tanto a la justicia como a la seguridad jurídica; la pretensión de corrección de segundo nivel conecta ambas dimensiones: el principio de justicia y el principio de seguridad jurídica. ¿Qué ocurre si ambos principios colisionan, como en el caso de las leyes injustas? El establecimiento de una relación absoluta de prioridad entre ambos principios resulta incompatible con la naturaleza dual del derecho, que, por el contrario, exige que entre ambos principios se dé una relación de proporcionalidad (*correct proportion*)<sup>67</sup>; la corrección de segundo nivel, afirma ALEXY, «es una cuestión de ponderación»<sup>68</sup>.

La pretensión de validez jurídica, por tanto, es una pretensión de corrección de segundo nivel. Lo que significa la unidad de razón práctica implícita en la tesis del caso especial es que la tensión entre autoridad y racionalidad que se produce en el caso de la aplicación de leyes manifiestamente injustas o irracionales debe resolverse *dentro* del discurso jurídico. Por esta razón, la afirmación de que una decisión que aplica correctamente el derecho vigente es *jurídicamente* defectuosa porque lo es desde otros puntos de vista prácticos, esencialmente el punto de vista moral<sup>69</sup>, sólo puede hacerse en el sentido de la corrección de primer nivel; desde el punto de vista de la corrección de segundo nivel, la pretensión de validez que elevan las decisiones jurídicas está o no justificada, según que la relación entre los principios institucionales y los principios materiales sea una relación de proporcionalidad o no.

La integración de los argumentos institucionales y los argumentos prácticos no plantea problemas en aquellos casos en los que se trata de la preferibilidad entre los distintos argumentos institucionales (por ejemplo, una interpretación sistemática a una interpretación literal) o cuando los argumentos prácticos complementan a unos argumentos institucionales insuficientes (como ocurre en los razonamientos analógicos, que precisan de una calificación de «igualdad de razón» entre dos casos); el problema se plantea, como

<sup>66</sup> R. ALEXY «The Dual Nature of Law», *Ratio Juris*, núm. 23, 2010, 167-182.

<sup>67</sup> Utilizo aquí el término proporcionalidad en un sentido normativo. La *proporción* es un hecho; se refiere a la relación de dos objetos o entidades entre sí respecto de una propiedad mensurable. La *proporcionalidad* es un valor; se refiere a la debida proporción (equilibrio, si se quiere) entre dichos objetos o entidades. De aquí se colige que no toda proporción es proporcional.

<sup>68</sup> «The Dual Nature of Law», *op. cit.*, 174.

<sup>69</sup> Esto es, presupone que el discurso jurídico incorpora esas dimensiones prácticas, *i. e.* morales y pragmáticas.

hemos visto, cuando entre unos y otros argumentos se produce una tensión ineludible, es decir, cuando los argumentos institucionales y los argumentos prácticos son contradictorios. En estos casos, la integración de las dimensiones institucional y práctica no tiene una significación, por así decirlo, *operativa* (que hace posible la aplicación de los materiales institucionales), sino  *sintética* (que supera una contradicción). En este sentido, la corrección de segundo nivel proporciona, mediante la ponderación, una explicación comprensible de la *integración* de los argumentos institucionales y los argumentos prácticos en la justificación de las decisiones jurídicas y se evita plantear la pretensión de validez jurídica de tal manera que, en el caso de las leyes manifiestamente injustas o irracionales (y la experiencia nos dice que no debemos descartar esta posibilidad), no es que pueda no realizarse, es que, necesariamente, es una pretensión de corrección fallida.

Según esta interpretación de la pretensión de corrección jurídica, la aplicación de los materiales autoritativos no estaría justificada en todo caso, aunque podría estar justificada la aplicación de leyes injustas o irracionales desde un punto de vista práctico general, es decir, desde el punto de vista de la corrección de primer nivel. Sólo así se pone de manifiesto la relevancia práctica del carácter institucional del derecho, cuyo peso argumentativo no reside únicamente en el contenido material de las normas, esto es, en razones subyacentes a las normas, sino también en las razones que justifican la autoridad. Es esta racionalización de la autoridad lo que permite integrar los materiales autoritativos o razones de tipo institucional y las razones sustantivas en un razonamiento plenamente racional.

El propósito de justificar racionalmente la autoridad no puede ser abordado aquí más que de un modo tentativo, general y necesariamente superficial. Se trata en todo caso de una justificación *formal* de la autoridad, independiente de aquello que prohíba, permita u obligue hacer. En términos muy generales, podemos distinguir dos niveles de fundamentación: un nivel *abstracto*, referido a la justificación del propio derecho como institución social; y un nivel *concreto*, relativo a la justificación de las normas o instituciones jurídicas específicas.

En cuanto al primer nivel, la misma teoría del discurso propicia el tránsito al derecho sobre la base de argumentos prácticos sustentados en las limitaciones cognitivas, motivacionales y realizativas de la teoría del discurso<sup>70</sup>. También podemos situar en este nivel de justificación a las teorías del orden de inspiración hobbesiana, aquellas que podemos englobar bajo el rótulo de utilitarismo de la regla<sup>71</sup> o las que presentan al derecho como una razón excluyente en el razonamiento práctico<sup>72</sup>, entre otras<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> HABERMAS habla de una justificación *funcional* del Derecho (FV, 179 y ss.), mientras que APEL y ALEXY sostienen una justificación *normativa* (cfr. K.-O. APEL, «Diskursethik von der Problematik von Recht und Politik: Können die Rationalitätsdifferenzen zwischen Moralität, Recht und Politik selbst noch durch die Diskursethik normativ-rational gerechtfertigt werden?», en K.-O. APEL y M. KETTNER (Hrsg.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1992, 29-61, en especial, 38 y ss.; R. ALEXY, «Diskurstheorie und Menschenrechte», en *ibid.*, *Recht, Vernunft, Diskurs*, op. cit., 144 y ss.).

<sup>71</sup> Una interesante versión evolucionista del utilitarismo de la regla es el desarrollado por HAYEK; vid. F. HAYEK, «The Errors of Constructivism», en *ibid.*, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and The History of Ideas*, London, Melbourne and Henley, Routledge & Kegan Paul, 1978, 3-22.

<sup>72</sup> J. RAZ, *Razón práctica y normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, CEC, 1991.

<sup>73</sup> Se trata únicamente de *considerar* los argumentos que se suelen esgrimir a favor de la autoridad en general (seguridad, coordinación, reforzamiento de expectativas, etc.), no de asumir las consecuencias prácticas que cada una de estas teorías extrae de su concepción de la autoridad.

En los sistemas democráticos, existe una razón más para justificar la relevancia práctica de los argumentos institucionales: las normas creadas siguiendo los procedimientos establecidos de producción de normas legalmente establecidos, constituyen una aproximación al cálculo de las preferencias morales de los miembros de la sociedad<sup>74</sup>, lo cual puede, incluso, ser considerado como lo más aproximado a la corrección moral<sup>75</sup>.

En el segundo nivel de justificación de la autoridad encontramos las razones que justifican que determinadas materias sean objeto de regulación jurídica. Estas razones no justifican que existan normas jurídicas en general, sino que existan normas jurídicas, y precisamente esas normas y no otras, que regulan materias específicas; se trata, por tanto, de la razón de ser de cada institución jurídica particular<sup>76</sup>.

La pretensión de validez jurídica, esto es, la pretensión de corrección que es formulada en los discursos jurídicos, tiene una doble dimensión, material (corrección) y formal (autoridad), pero es *una única pretensión*, su validez corresponde a un único sentido de corrección, a saber, la corrección de segundo nivel. Ambas dimensiones tienen relevancia práctica, o si se quiere, ambas forman parte de la *corrección jurídica*, la primera por su contenido, la segunda por las razones que justifican la autoridad, pero cuando ambas entran en conflicto resulta inevitable la ponderación. Del resultado de esa ponderación depende que una decisión incorrecta desde un punto de vista moral o pragmático pueda ser una decisión jurídica correcta o no; justificada o no. Esta forma de entender la pretensión de corrección jurídica, que revitaliza la vieja idea de RADBRUCH de que «la pugna aparente entre derecho y moralidad entraña en realidad una colisión entre dos deberes morales»<sup>77</sup>, es el único modo en que la tesis del caso especial refleja el principio de unidad de razón práctica.

<sup>74</sup> Éste es un argumento recurrente en PECZENIK, *vid.*, por ejemplo, *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/London, Kluwer, 1989, 119-120 y 243 y ss.; «Legal Reasoning as a Special Case of Moral Reasoning», *Ratio Juris*, núm. 2, 1988, 123-136, en especial, 132-133; «Dimensiones morales del derecho», *Doxa*, núm. 8, 1990, 89-109, aquí 100.

<sup>75</sup> *Vid.* C. S. NINO, *El constructivismo ético*, Madrid, CEC, 1989, 104-110.

<sup>76</sup> Entre las razones que justifican el establecimiento de normas deben mencionarse aquellas que ATIENZA y RUIZ MANERO denominan «exigencias regulativas que surgen de la dimensión institucional del Derecho». Este tipo de exigencias fundamentan reglas cuya especificidad reside, además de en sus destinatarios (por lo general los órganos que aplican el derecho), «en la clase de razones que constituyen su justificación subyacente: pues se trata de razones que aparecen centralmente como derivadas de exigencias del propio Derecho como aparato institucional y no de razones sustantivas», por ejemplo, los plazos procesales (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», *Doxa*, núm. 24, 2001, 115-130, cita en 126).

<sup>77</sup> G. RADBRUCH, *Introducción a la ciencia del Derecho*, trad. L. Recaséns Siches, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, 296.

# FUNDAMENTAR Y DECIDIR

## (Sobre la obra homónima de Carsten BÄCKER, *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*) \*

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro

*Universidad de La Laguna*

**RESUMEN.** En su reciente obra, *Begründen und Entscheiden*, plantea BÄCKER un sugerente desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica formulada por ALEXY, mediante su relativización. Tal relativización conlleva, entre otros aspectos, la renuncia a la idea de «la única respuesta correcta», asumiendo en su lugar una idea de corrección relativa en función de las circunstancias concurrentes. Sin embargo, el alto grado de relativismo de este planteamiento acentúa al mismo tiempo su principal debilidad, así como en general, el descuido de las cuestiones evaluativas —frente a las analíticas— en el seno de las teorías de la argumentación. Pues corrección (y en particular, corrección relativa) no significa equivalencia en Derecho: en el marco del discurso jurídico, hay mejores y peores soluciones dentro de lo discursivamente posible. En este último sentido, se esbozan también las posibilidades de una comprensión normativa de la idea de eficiencia.

**Palabras clave:** teoría de la argumentación jurídica, evaluación y eficiencia en Derecho, C. BÄCKER.

**ABSTRACT.** BÄCKER'S last work, *Begründen und Entscheiden*, propounds an interesting relativization and development of ALEXY'S theory of legal argumentation. This relativization means as well, that there cannot be only one right answer to interpretive questions. Interpretive questions allow different right answers and there can be only a relative concept of correction. However the relativization of BÄCKER'S approach emphasizes its weakness: the overlooking of the evaluative questions. The different right answers must not be equivalent in Law: there are better and worse answers than others. In connection with this last question, in this paper the possibilities of a normative understanding of the concept of efficiency will be outlined.

**Keywords:** theory of legal argumentation, evaluation and efficiency in Law, C. BÄCKER.

---

\* Fecha de recepción: 25 de marzo de 2010. Fecha de aceptación: de 18 de abril de 2010.

C. BÄCKER, 2008: *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*, Baden-Baden, Nomos.

## 1. INTRODUCCIÓN

Si para un problema jurídico se proponen tres posibles soluciones, se plantean —al mismo tiempo y entre otras— una serie de cuestiones relacionadas con el fundamento y corrección de estas últimas. Por desarrollar algo más este ejemplo, si para los supuestos de concurrencia de imprudencias —esto es, la concurrencia de varias conductas imprudentes en la producción de un resultado lesivo— se plantean en Derecho penal y entre otras, las siguientes tesis: valorar individual y separadamente las distintas conductas, compensar las distintas conductas o excluir —luego, sin compensar— la responsabilidad cuando no se pueda determinar en el resultado lesivo el riesgo generado individualmente por cada uno de los actores<sup>1</sup>; se empuja al operador jurídico a justificar la comprensión adoptada —también frente a las otras comprensiones posibles— y con ello, su decisión. De este modo, se esboza igualmente el principal objeto de las teorías de la argumentación jurídica: la cuestión de cómo se diferencia la fundamentación o fundamentaciones correctas de las incorrectas y con ello, en un segundo momento, de cómo se diferencian las decisiones jurídicas correctas de las incorrectas, pues del problema del fundamento deriva el problema relativo a la corrección de la decisión (BuE 18). Se trata, con otras palabras, y una vez más, de «cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar en el Derecho»<sup>2</sup>. A ello, particularmente a la cuestión analítica, dedica su esfuerzo el discípulo de R. ALEXY en esta reciente contribución.

## 2. FUNDAMENTAR Y DECIDIR

El propósito de esta obra se centra en el análisis de la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY, y más concretamente, de su teoría del discurso. Ya desde un primer momento, avanza el autor la necesidad de renunciar a la dimensión ideal de la teoría del discurso, asumiendo como costes una completa relativización, lo que sin embargo permite —a su juicio— una mayor optimización de la misma y la superación de una parte importante del aparato crítico desarrollado en su contra (BuE 5, 18).

### 2.1. Tres modelos de decisión en Derecho

En un primer momento, se señala la necesidad de la teoría de la argumentación jurídica. Así, frente a un modelo como el planteado por KELSEN, donde se reconoce al operador jurídico un margen de discrecionalidad en la decisión —hablando del modelo de discrecionalidad («*Ermessensmodell*»)<sup>3</sup>— que fundamenta ésta, en última instancia, y en relación con las decisiones judiciales, en el poder jurídicamente reco-

<sup>1</sup> Por lo demás, al respecto, F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, Comares, 2004, 317 y ss.; en particular, también «Strafbarkeit nicht voll zurechenbarer Rechtsgutsverletzungen nach Versuchsgrundsätzen im Fahrlässigkeitsbereich», 2005, 152, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 700 y ss.

<sup>2</sup> M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 7.

<sup>3</sup> En particular, para diferenciarlo de modelos propiamente decisionistas, como el de SCHMITT (BuE 32 y ss., n. 65).

nocido al juez, apunta la necesidad de racionalidad también en tales actos. De forma que aun cuando juez y legislador se diferenciarían únicamente mediante un criterio cuantitativo, no cualitativo, afrontando también el juez en su margen de decisión un problema de tipo —no ya técnico jurídico sino— político jurídico, ello no resuelve la cuestión relativa a la racionalidad de ésta: «la mera necesidad de la decisión judicial en el marco de su libre discrecionalidad no responde a la cuestión de un criterio de corrección de esta decisión» (BuE 30). Mientras que frente a un modelo como el planteado por DWORKIN, donde la labor del operador jurídico se agotaría no ya en la creación de la norma, sino en su conocimiento o concreción («*Erkenntnismodell*»), apunta la necesidad de subsumir y ponderar —en particular, en los casos difíciles—. El operador jurídico, en oposición a *Hércules*, debe justificar la concreta decisión adoptada y con ello, su concreción, y al respecto no se encuentran respuestas en el modelo de DWORKIN (BuE 33). De esta forma, la teoría de la argumentación jurídica —en particular, el modelo de Alexy— se muestra como una tercera vía frente a los modelos anteriores, pues se trata no ya de márgenes de libre discrecionalidad o de reconocer la única decisión correcta posible, sino de la elaboración de «criterios para la racionalidad del discurso jurídico» (siguiendo a su maestro, BuE 33 y s., 184), compatibilizando así elementos deterministas y decisionistas con exigencias de racionalidad (BuE 37). Sin embargo, se ha desarrollado un importante aparato crítico al respecto.

## 2.2. Sobre la teoría del discurso práctico general

### 2.2.1. Fundamento de las reglas del discurso en el pensamiento de ALEXY

Como es sabido, en su teoría del discurso práctico general, ALEXY recoge y precisa un catálogo de 28 reglas y formas discursivas que permitirían discriminar las proposiciones normativas válidas de las inválidas<sup>4</sup>. Sin embargo, el principal esfuerzo de fundamentación de éstas lo realiza posteriormente en su obra *Diskurstheorie und Menschenrechte*, donde concreta con mayor detalle el denominado argumento pragmático-trascendental («*das transzendentalpragmatische Argument*»). BÄCKER disecciona este argumento en 7 pasos para proceder a un análisis del material crítico desarrollado en su contra, si bien avanza en un primer momento —siguiendo, entre otros, a ATIENZA— la necesidad de relativización (BuE 52 y ss.). En concreto, el argumento trascendental (T) se disecciona como sigue:

(T.1) El acto de habla de afirmar es (en un determinado sentido) necesario.

(T.2) Rigen determinadas reglas, las cuales «pueden mostrarse como presupuestos necesarios de la posibilidad de afirmaciones». Según estas reglas:

(T.2.1) «Quien afirma algo, plantea una pretensión de verdad o corrección».

(T.2.2) «La pretensión de verdad o corrección implica una pretensión de fundamentabilidad («*Begründbarkeit*»)».

(T.2.3) «La pretensión de fundamentabilidad implica un deber *prima facie*, de fundamentar lo afirmado en caso de requerimiento».

<sup>4</sup> R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. castellana de M. Atienza e I. Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 51 y ss., 131 y ss., 185 y ss.

(T.2.4) «Mediante las afirmaciones se plantean, en cualquier caso por lo que respecta al fundamentar en cuanto tal, las pretensiones de igualdad, ausencia de coerción (*“Zwanglosigkeit”*) y universalidad».

(T.3) Con ello, las reglas del acto de habla de la afirmación rigen (en un determinado sentido) necesariamente.

De este modo, se fundamentaría la necesidad trascendental de las denominadas reglas de razón<sup>5</sup>; sin embargo, para justificar la necesidad de su efectiva observancia recurre ALEXY a un argumento empírico-utilitarista (U, *«das utilitaristisch-empirische Argument»*), el cual puede reducirse al siguiente esquema (BuE 55 y s.):

«(U.1) Hay personas que por su interés en la corrección dan valor a la observancia de las reglas del discurso y ofrecerían una resistencia considerable en caso de infracción.

(U.2) A largo plazo, la ventaja creíble de la observancia de las reglas del discurso resulta más ventajosa que la superación de esa resistencia.

(U.3) A largo plazo, todos cuando menos priorizarán la observancia de las reglas del discurso».

Pues bien, frente al carácter fuerte del que dota ALEXY a su propuesta de fundamentación («presupuestos necesarios», «quien afirma algo plantea una pretensión de corrección»), BÄCKER sugiere una relativización de las mismas, hablando a lo sumo de «una necesidad relativa». Así, por ejemplo, en relación con la necesidad de aserciones o afirmaciones (BuE 58 y ss., 64), no cabe probar «la necesidad del acto de habla de afirmar... Con todo, no se advierte un fundamento razonable por el que debiera dudarse de (T.1). De este modo, la primera premisa de ALEXY se revelaría sólo como una hipótesis, pero con todo, como una hipótesis altamente plausible» que se presta a ulteriores fundamentos. Asimismo, en relación con los presupuestos necesarios para la posibilidad de afirmaciones (T.2), apunta la necesidad de dar cuenta de su relatividad en función de la vigente práctica del lenguaje y de nuestro conocimiento sobre la misma (BuE 74 y ss., 90), de esta forma (T.2) mutaría en (T.2’): «Rigen necesariamente algunas reglas, las cuales pueden mostrarse como presupuestos de la posibilidad de afirmaciones». Mientras que la contradicción preformativa que apuntaría a considerar toda afirmación como una pretensión de corrección, sería nada más que eso, una buena razón sobre la cual cabe entender en cada afirmación una pretensión de corrección, pero ello no excluye posibles razones en contra, de ahí que sólo quepa considerarla como una regla del lenguaje relativamente necesaria, por lo que (T.2.1’) se concreta en términos más suaves (BuE 67 y ss., 78): «Quién afirma algo, plantea de forma relativamente necesaria una pretensión de verdad o corrección». Ciertamente, así se renuncia a la pretensión de una fundamentación trascendental, lo que no implica la disfuncionalidad de un fundamento relativo.

<sup>5</sup> R. ALEXY, *op. cit.*, n. 4, 188 y ss.; más recientemente, al respecto «Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs», en *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 2003, 118, en concreto:

(2.1) Quien pueda hablar puede formar parte en el discurso.

(2.2) (a) Todos pueden problematizar cualquier aserción.

(2.2) (b) Todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso.

(2.2) (c) Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades.

(2.3) A ningún hablante puede impedírsele ejercer sus derechos fijados en (2.1) y (2.2) mediante coerción interna o externa al discurso.

En esta misma línea, se aborda la crítica —en particular, la desarrollada por GRIL— del denominado argumento empírico-utilitarista. Así, en relación con la imposibilidad de realizar constataciones empíricas en relación con el devenir —con el futuro— apunta que la constatación en el presente de personas con interés en la corrección (U.1) permite suponer —luego, no necesaria pero sí— razonablemente que los habrá también en el futuro (BuE 94 y s.). Igualmente, la premisa (U.3) debe dar cuenta de la relatividad de intereses (BuE 107 y ss.), y ciertamente, quien tiene un interés pretende realizar el mismo, y en este sentido, puede entenderse la pretensión de una realización del ideal discursivo como consecuencia necesaria de un interés en la corrección o en la maximización de beneficios, pero con ello (U.3') debiera formularse en los términos siguientes: «En todo caso, aquel que tiene un interés en maximizar beneficios, planteará al menos objetivamente la pretensión a una realización óptima del ideal de discurso» (BuE 108). De este modo, los argumentos anteriores adoptan la siguiente forma (BuE 114 y ss.):

«(T.1) El acto de habla de afirmar es (en un determinado sentido) necesario.

(T.1.1) Todo ser humano, en la vida en común con otros seres, debe comunicarse con un limitado número de seres humanos, cuando menos en determinados momentos.

(T.1.2) Quien quiere comunicarse con otros seres humanos, debe para tal fin realizar afirmaciones, ofrecer fundamentaciones y admitir cuestiones.

(T.1.2.1) La comunicación sólo puede ser alcanzada a través de afirmaciones, fundamentaciones y cuestiones.

(T.1.2.2) Sólo quien quiere comunicarse, debe comunicarse en el sentido de (T.1.2.1).

(T.1.3') Todo ser humano quiere, en la vida común con otros seres y en todo caso, en determinados momentos, comunicarse con un limitado número de seres humanos y debe para tal fin realizar afirmaciones, ofrecer fundamentaciones y admitir cuestiones.

(T.2') Rigen necesariamente algunas reglas, las cuales pueden mostrarse como presupuestos de la posibilidad de afirmaciones.

(T.2.1') Quien afirma algo, plantea de forma relativamente necesaria una pretensión de verdad o corrección.

(T.2.2) La pretensión de verdad o corrección implica una pretensión de fundamentabilidad (“*Begründbarkeit*”).

(T.2.3) La pretensión de fundamentabilidad implica un deber *prima facie*, de fundamentar lo afirmado en caso de requerimiento.

(T.2.4) Mediante las afirmaciones se plantean, en cualquier caso por lo que respecta al fundamentar en cuanto tal, las pretensiones de igualdad, ausencia de coerción (“*Zwanglosigkeit*”) y universalidad.

(T.3') Siempre cuando alguien realiza una afirmación — en tanto que todos en algún momento deben realizar afirmaciones (T.1.3')— plantea de forma relativamente necesaria las pretensiones de igualdad, ausencia de coerción (“*Zwanglosigkeit*”) y universalidad».

Mientras que en relación con el argumento empírico-utilitarista:

«(U.1') Hay personas que por su interés en la corrección dan valor al planteamiento de una pretensión a una realización óptima del ideal de discurso y ofrecerían una resistencia considerable en caso de no plantearse.

(U.2') El planteamiento cuando menos objetivo de una pretensión a una realización óptima del ideal de discurso es para todos siempre más ventajosa que la superación de esa resistencia.

(U.3') En todo caso, aquel que tiene un interés en maximizar beneficios, planteará al menos objetivamente la pretensión a una realización óptima del ideal de discurso».

### 2.2.2. *Un modelo de discurso de tres planos*

Esta relativización del fundamento, que permite hablar —meramente, pero con todo— de una mera necesidad relativa del planteamiento de una pretensión a una realización óptima del ideal de discurso, sugiere diversas cuestiones. En particular, las relativas al concepto de ideal discursivo y al proceso de su optimización. A ello trata de responder BÄCKER mediante el esbozo de un modelo discursivo de tres planos (BuE 117 y ss.). Frente al modelo de ALEXY, que diferencia entre un discurso ideal y un discurso real, donde el primero se caracterizaría frente al segundo, por unas condiciones de tiempo y participación ilimitadas, ausencia absoluta de coerción, así como plena información, claridad conceptual y ausencia de prejuicios, sirviendo a éste —al discurso real, caracterizado por la limitación de tales presupuestos— como idea regulativa; BÄCKER propone un modelo discursivo de tres planos: el plano del ideal de discurso, el de los principios del discurso y el plano del discurso efectivo o real («*der tatsächliche Diskurs*»). Así, frente al discurso ideal opuesto a las limitaciones de los partícipes y a las condiciones en que éstos participan, BÄCKER sitúa en un primer plano un ideal de discurso («*Diskursideal*») que permite dar cuenta de tales limitaciones, y en el cual el concepto de discurso ideal ofrece meramente —y nada menos que— claridad sobre el concepto y las condiciones de un ideal de discurso (BuE 127 y ss., 130). En un segundo plano se situarían los principios discursivos —o del discurso— que fungan como criterios manejables para la realización efectiva de aquéllos. Bäckker recurre aquí, fundamentalmente, al concepto de principio formulado por su maestro, proponiendo los principios del discurso como el instrumento de transmisión entre los planos ideal y real de la teoría del discurso (BuE 130 y ss., 137 y ss., 141 y ss.). En ello consisten las reglas y formas del discurso práctico general —por poner un ejemplo: «quien pueda hablar puede formar parte en el discurso»<sup>6</sup>— en tanto que sólo realizables de forma aproximada; o más concretamente, en cuanto «mandatos de realización óptima de un fin», esto es, el ideal de discurso en cuanto ideal a optimizar (BuE 140, 142). Finalmente, el plano del discurso efectivo o real, es el plano de referencia de los principios discursivos, en cuanto mandatos de optimización en función de las circunstancias concurrentes (BuE 143 y ss.). Ciertamente, este modelo supone costes de relativización, en tanto que se desplaza el discurso ideal por el real y éste sólo es capaz de una corrección relativa y en ello residen sus ventajas pero también sus debilidades (BuE 147 y ss., 156 y ss.). La orientación de los principios hacia el discurso real permite, aunque de forma limitada, su realización (posteriormente, también BuE 179), igualmente obliga a renunciar a la idea de «la única respuesta correcta», situando en su lugar una idea de corrección óptima relativa en función de las circunstancias concurrentes. La indeterminación del ideal de discurso, en la medida en que da cuenta de una concepción de ideal cultural e históricamente contingente, le confiere flexibilidad y una mayor capacidad explicativa, en tanto que permite comprender los distintos cambios a lo largo de la historia como por poner un ejemplo, las divergencias en la comprensión del principio de igualdad en la antigua Roma —donde la esclavitud resultaba discursivamente posible— y en la actualidad (BuE 152 y ss.).

<sup>6</sup> R. ALEXY, *op. cit.*, n. 4, 188 y ss.

### 2.2.3. Problemas de fundamentación última

El modelo esbozado permite asimismo, en opinión de su autor, superar los problemas que plantea la pretensión de una fundamentación última, si bien a costa de los márgenes de relativismo que conlleva renunciar a una certeza última, en favor de la racionalidad (BuE 166 y ss., 182). Se trata entonces, no ya de verdades o certezas últimas, sino de una corrección relativa que es sometida continuamente a examen en discursos reales. En lugar de un fundamento teórico-discursivo último e incuestionable, se sugiere aquí un fundamento cuestionable en todo momento sobre buenas razones. Con ello la teoría del discurso ofrece la posibilidad no ya de esquivar el trilema de Münchhausen, sino de atravesar y quebrar el mismo (BuE 171). BÄCKER habla aquí de la dictadura de la racionalidad, en tanto que las fundamentaciones últimas dejan lugar a discursos reales continuamente revisables donde cabe cuestionar todos los conocimientos vigentes hasta entonces (en particular, BuE 175 y ss., 178 y ss.).

## 2.3. Sobre la teoría del discurso jurídico

Las limitaciones del discurso práctico general, específicamente su limitada capacidad resolutoria («*Erkenntnisproblem*»), ausencia de coerción («*Durchsetzungsproblem*») y estructura para su realización («*Organisationsproblem*»), determinan —siguiendo a ALEXY— la necesidad del Derecho positivo (BuE 186 y ss.). En la segunda parte de la obra, BÄCKER aborda un análisis de las singularidades de este otro discurso —el discurso jurídico— frente al anterior:

### 2.3.1. La tesis del caso especial

En particular, el autor centra su atención en la tesis del caso especial, según la cual el discurso jurídico sería un caso especial del discurso práctico general en tanto que (1) en el discurso jurídico se trata de cuestiones prácticas, sobre lo que se debe hacer u omitir (BuE 195 y ss.), (2) en las cuales se plantean pretensiones de corrección, si bien (3, lo que constituiría la tesis del caso especial en sentido estricto) la discusión jurídica de tales cuestiones tiene lugar bajo determinadas limitaciones jurídicas, esto es, la vinculación a la ley, los precedentes y la dogmática (BuE 190 y ss., en particular 252 y ss.), centrándose fundamentalmente en el análisis de la segunda de estas premisas.

En este sentido, BÄCKER subraya la relatividad del concepto de corrección en ALEXY. En el marco del discurso jurídico, la pretensión de corrección se entiende como una pretensión de fundamentación racional en el marco del Ordenamiento jurídico vigente. De esta forma, el concepto de corrección vendría determinado, no por una concreta definición material, sino por las reglas y materiales del discurso, concibiéndose la teoría del discurso como un instrumento para posibilitar decisiones —correctas o— racionales en la mayor medida posible: «para ALEXY, correcto o racional es aquello que puede

fundamentarse en el discurso» (BuE 200)<sup>7</sup>. Con todo, ello no impide distinguir entre lo discursivamente posible e imposible, tampoco frente a lo discursivamente necesario: «conclusiones discursivamente necesarias son aquéllas, relativas al discurso, justificadas en mayor medida que las meramente posibles» (BuE 206). Aquí, el autor se centra en justificar como también la pretensión jurídica implica corrección práctica general. Así, señala —siguiendo el modelo procedimental del Derecho esbozado por su maestro— cómo el discurso jurídico se encuentra unido al discurso práctico general: en un primer plano, el del discurso práctico general, se trata de discutir cuestiones prácticas sobre las que, en un segundo plano, decide el legislador mediante la legislación, el grado de abstracción de las normas legislativas, la vaguedad del lenguaje o la mutabilidad de su objeto deja numerosas cuestiones abiertas para las que se precisa, en un tercer plano, del discurso jurídico, el cual se caracterizaría frente al discurso práctico general por su sujeción a lo establecido por la legislación, la necesidad de respuestas definitivas explicaría la necesidad de un cuarto plano, el del proceso judicial (BuE 213 y ss., 245). La corrección práctica general de las pretensiones jurídicas se decidiría en un primer momento, en el plano superior: ¿por qué el legislador debe decidirse por lo correcto o discursivamente posible? Se trata de una decisión política: si se opta por el discurso y la racionalidad argumentativa —frente a otros modelos, como por ejemplo los fundamentalistas—, ello implica la preferencia de las soluciones discursivamente posibles frente a las imposibles (BuE 240 y ss., 247), y de ese modo, en un tercer momento —o plano— la ubicación del discurso jurídico en el marco del discurso práctico general (BuE 245)<sup>8</sup>. Sin embargo, esta vinculación no debe exagerarse como prueba, por ejemplo, la existencia de leyes irracionales, si bien ello se presta a una comprensión mediante el modelo discursivo de tres planos esbozado por BÄCKER: el discurso real es relativo al ideal del discurso, al proceso de aplicación de los principios derivados de aquél y a las condiciones discursivas concurrentes. Por ello, puede suceder que un cambio en el ideal o las condiciones del discurso determinen que lo discursivamente posible torne imposible. En este sentido, la posibilidad de leyes irracionales se entiende como consecuencia de la relatividad del discurso (BuE 246 y ss.). De esta forma, no puede hablarse de un grado de vinculación cierta por parte de las instancias decisorias, sino de una pretensión de vinculación a lo establecido en el Ordenamiento jurídico y a lo relativamente correcto en la actualidad (BuE 248). Pero con ello ya basta para confirmar que también en el discurso jurídico se plantean pretensiones de corrección práctica general<sup>9</sup>.

Finalmente, en relación con la tesis del caso especial en sentido estricto (3), la vinculación a la ley, al precedente y la dogmática, señala los mayores márgenes del discurso científico para la realización de los principios discursivos (BuE 260), mientras que en relación con el proceso judicial, apunta que las limitaciones procesales pueden entenderse —en principio— como consecuencia de la aplicación de los principios discursivos a las efectivas condiciones del proceso, entre otras, las limitaciones de tiempo, participación, conocimiento y la necesidad de decisión, con lo que no deben privarlo del carácter discursivo (BuE 262). En cuanto a la actuaciones conforme a intereses

<sup>7</sup> Críticamente, sin embargo, M. ATIENZA, *op. cit.*, n. 2, 226.

<sup>8</sup> Señalando igualmente aquí la vinculación a los pronunciamientos legislativos anteriores, BuE 243 y s.

<sup>9</sup> Por lo demás, sobre la necesidad de operar con principios en el discurso jurídico y con ello, de incorporar contenidos morales, lo que conferiría a estas decisiones —también— una pretensión de corrección en el sentido de una moral fundamentable y por ello, correcta (siguiendo a ALEXY, BuE 229 y ss., 235).

(«*strategisches Handeln*») que tiene lugar en estos ámbitos, señala siguiendo a ALEXY que para tales actuaciones, con independencia de los concretos intereses subjetivos, la pretensión de corrección se presenta no sólo como una condición del éxito sino también del juego procesal, de forma que el proceso impone a tales actuaciones estratégicas un corsé discursivo («*diskursives Korsett*», BuE 262 y ss., 265 y s.). De esta forma, concluye, las limitaciones del discurso jurídico no sustraen a éste el carácter de discurso mientras puedan entenderse como realización óptima de los principios del discurso, si bien presentan al mismo como un caso especial del discurso práctico general (BuE 267 y s.).

### 2.3.2. *La relación entre el discurso jurídico y el discurso práctico general*

Esta comprensión del discurso jurídico, como un discurso práctico general sujeto a particulares limitaciones mediante su vinculación al Derecho vigente, empuja a entender la relación de ambos mediante la tesis de integración («*Integrationsthese*») <sup>10</sup>. BÄCKER confirma aquí tres de los cuatro argumentos esgrimidos por su maestro a favor de la misma: (1) la necesidad del discurso jurídico por razón de la constitución del discurso práctico general, en particular por el déficit resolutorio de éste y los márgenes de incertidumbre que deja abierto —en el segundo plano del modelo procedimental del Derecho esbozado por su maestro— el legislador (BuE 281), (2) la coincidencia parcial entre las pretensiones de corrección jurídica y general práctica, en tanto que aquélla —la pretensión jurídica— se plantea también en el marco de lo discursivamente posible señalado por el legislador, de ahí que implique al mismo tiempo una pretensión de racionalidad en el sentido de lo relativamente correcto o discursivamente posible en la actualidad (BuE 282) <sup>11</sup>, así como (3) la necesidad de argumentos prácticos generales en el marco de la argumentación jurídica, en tanto que ésta no es más que una forma especial del discurso práctico general (en particular, BuE 302 y s.). Sin embargo, en relación con la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las reglas y formas del discurso práctico general (BuE 283 y ss.), apunta la posibilidad de tales coincidencias, pero ello no puede sustentarse en las meras apreciaciones del teórico del Derecho R. ALEXY; en particular, cuando éste esboza las mismas mediante una formalización unificadora de las ideas desarrolladas al respecto <sup>12</sup>.

### 2.3.3. *Teoría del discurso y decisión jurídica*

El autor concluye, señalando la relatividad del discurso jurídico en tanto discurso real: «todo lo que puede alcanzarse en el discurso efectivo es una respuesta correcta

<sup>10</sup> Sobre las tesis de la secundariedad y de la adición, BuE 269 y ss.

<sup>11</sup> De otra opinión M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, 231, 223.

<sup>12</sup> Críticamente, también M. ATIENZA, *op. cit.*, n. 11, 231, señalando las diversas perspectivas, principalmente normativa y descriptiva, en el tratamiento de los dos discursos. Por lo demás, sobre la comprensión de la analogía en ALEXY, como tercera forma fundamental de la argumentación jurídica —junto con la subsunción y la ponderación— críticamente, BuE 297 y ss., comprendiendo la misma no como una tercera forma fundamental, sino como una combinación de las dos anteriores.

discursivamente posible, esto es, relativa al discurso» (BuE 305). Ello implica que el operador jurídico, y en particular, el juez «sólo puede plantear la pretensión a una corrección relativa de su decisión, por lo que no [se] debe por ello, renunciar a decisiones judiciales y jurídicas correctas», sólo asumir su relatividad (BuE 307 y s.). Esto constituye la razón esencial de esta concreta figura jurídica, el órgano judicial, la necesidad de responder mediante elementos extradiscursivos —en particular, razones de autoridad y competencia— a una cuestión práctica para la que se prestan distintas respuestas discursivamente posibles.

### 3. SIN EMBARGO, ¿CÓMO SE EVALÚA UNA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

El planteamiento de BÄCKER supone un importante desarrollo del modelo esbozado por su maestro. Pero en particular, mediante la relativización que sugiere, debilita considerablemente el aparato crítico desarrollado en su contra. Así, ahora<sup>13</sup>, cabe convenir con el autor en (T.2.1'), «quien afirma algo, plantea de forma *relativamente necesaria* una pretensión de verdad o corrección», esto es, como una regla del lenguaje relativamente necesaria, en cuyo favor habla —luego, como argumento derrotable— la contradicción preformativa que se advierte en las posibles excepciones. Se trata de que la formulación más débil de (T.2.1) —«quien afirma algo, plantea una pretensión de verdad o corrección»— permite dar cuenta de actuaciones estratégicas o de cualquier otro tipo de excepciones a la misma sin negar su validez. Asimismo, la relativización que sugiere para la tesis del caso especial ofrece nuevas razones a favor de ésta<sup>14</sup>. En este sentido, la decisión legislativa de optar por el discurso y la racionalidad argumentativa —ubicable en el segundo plano del modelo procedimental del Derecho esbozado por ALEXY— se presenta como una decisión política para la que se advierten buenas razones, si bien aun en los casos en los que se opta por otro tipo de razones —por ejemplo, fundamentalistas— más allá de lo discursivamente posible, también resultan relativamente necesarias reglas y formas del discurso práctico general; por poner un ejemplo: todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *a*, debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *a* en todos los aspectos relevantes<sup>15</sup>. Se trata de que se advierten buenas razones —también— para racionalizar relativamente un Ordenamiento jurídico injusto, por ejemplo, dando cuenta del principio de universalidad, de modo que éstas pudieran surgir posteriormente en el —tercer— plano del discurso jurídico<sup>16</sup>. Sin embargo, el alto grado de relativismo de este planteamiento acentúa al mismo tiempo su principal debilidad, así como, en general, el descuido de las cuestiones evaluativas —frente a las analíticas— en el seno de las distintas teorías de la argumentación.

En este sentido, la relativización del modelo de ALEXY y, con ello, de sus posibilidades problemáticas (BuE 148 y s., 150) nos lleva a echar en falta algún desarrollo

<sup>13</sup> Frente a lo manifestado entonces, F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un segundo desarrollo, de la mano de algunos problemas de miedo insuperable*, Granada, Comares, 2009, 42 y s.

<sup>14</sup> En un sentido distinto M. ATIENZA, *op. cit.* n. 2, 270 y 283.

<sup>15</sup> Cfr. R. ALEXY, *op. cit.*, n. 4, 79 y ss., 91 y 110.

<sup>16</sup> Así ya F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *op. cit.*, n. 13, 41 y s.

sobre posibles criterios relativos de racionalidad o corrección (en particular, BuE 156 y ss.). En principio, parecen asumibles las razones esgrimidas en contra del modelo de la «única respuesta correcta» (en particular, BuE 308). Sin embargo, no se perfilan ulteriores soluciones así como una comprensión en el modelo discursivo esbozado, de «la fórmula del peso». Al respecto, cabe apuntar aquí la idoneidad de una perspectiva económica para la elaboración de un criterio relativo de corrección —como eficiencia<sup>17</sup>—. También la flexibilidad de los mismos para el establecimiento de los márgenes de lo discursivamente racional —o correcto, irracional, o sea, incorrecto— o necesario. En este sentido, retomando el ejemplo del principio —conurrencia de imprudencias— cabe avanzar que no es lo mismo la valoración individual y separada de las distintas contribuciones<sup>18</sup> que proceder a la compensación de las mismas<sup>19</sup>. También que las razones que subyacen a la primera —básicamente, adecuación a la estructura dogmática del delito imprudente de resultado— pesan menos que las razones que subyacen a la segunda —la solución de la compensación<sup>20</sup>—: razones relativas a los principios de proporcionalidad y culpabilidad, en tanto que la fórmula de la compensación, mediante la ponderación de las contribuciones de unos y otros actores en el establecimiento de las respectivas responsabilidades personales, permite dar cuenta en mayor medida de las correspondientes divergencias de merecimiento<sup>21</sup>. Y de esta forma, ya es posible establecer grados de corrección y preferencia discursiva; por desarrollar algo más el ejemplo: en el marco del discurso jurídico, la solución de la ponderación se muestra preferente a la solución de la valoración aislada e individual de las distintas contribuciones, en tanto que las razones que hablan a favor de aquella —razones relativas a los principios de proporcionalidad y culpabilidad— prevalecen frente a las razones que hablan a favor de ésta —razones de adecuación a la estructura dogmática del delito imprudente de resultado—. Asimismo, es posible pensar en un criterio relativo de corrección o eficiencia: márgenes de rendimiento positivo.

Así, en relación con la primera postura, valoración individual de las contribuciones, apuntamos que las razones que se esgrimen a favor de la misma se agotan en cierto grado de adecuación a la estructura del tipo de lo injusto del delito imprudente de resultado. Sin embargo, también conlleva importantes costes: razones relativas a los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Con otras palabras: si un sujeto, Gabriel C. S., irrumpe «con su ciclomotor en una vía preferente sin respetar la señal

<sup>17</sup> En este sentido, ilustrativa A. VAN AAKEN, 2003: «*Rational Choice*» in *der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorien im Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 19 y ss., 70 y ss., 181 y ss., 266 y ss., 296 y ss., 325 y ss., 337 y s. Igualmente, BuE 181, 184: «una decisión jurídica debe siempre plantear la pretensión de ser tan racional como es posible».

<sup>18</sup> Como propone, entre otros, J. CERZO, *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría Jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, 184 y s.

<sup>19</sup> Últimamente SAP Madrid 250/2008, de 25 septiembre, fundamento de derecho segundo. Anteriormente, también STS 491/2002, de 18 marzo, fundamento de derecho único; STS 1611/2000, de 19 octubre, fundamento de derecho sexto. En un sentido distinto, últimamente STS 860/2009, de 16 julio, fundamento de derecho segundo, igualmente con ulteriores referencias.

<sup>20</sup> Sobre el valor de unas y otras, *vid.* F. G. SÁNCHEZ LÁZARO, *op. cit.*, n. 13, 175 y ss.

<sup>21</sup> Expresamente STS 491/2002, de 18 marzo, fundamento de derecho único: «[se trata de medir] la incidencia de cada conducta en el resultado para atribuir éste al sobreviviente y a la víctima en proporción a la diferente contribución de cada una en la producción del daño». En relación con el principio de culpabilidad, igualmente ilustrativo J. CERZO, *Curso de Derecho Penal español. Parte General III. Teoría Jurídica del delito*, Madrid, Tecnos, 2001, 16 y ss.: «la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad».

de “ceda el paso” que le obligaba», colisiona con otro, «Jordi M. G. (condenado en la instancia precedente por una falta de imprudencia con resultado de lesiones del art. 621.3...), que circulaba en tramo urbano por aquella vía preferente a una velocidad excesiva o inadecuada y que, en el referido trance, colisionó con el primero» causándole —el resultado señalado— una serie de lesiones<sup>22</sup>, se encuentran buenas razones para no examinar individualmente y «con independencia cada una de las conductas»<sup>23</sup>, o en sentido contrario, para que «en la calificación de la gravedad de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (imprudencia grave o leve) [en tanto que título de imputación, influya también] la conducta imprudente de la víctima»<sup>24</sup>. Se trata de que, en estos casos, el resultado de lesión no es sólo realización del riesgo generado por el autor, Jordi M. G., sino de la concurrencia «de dos conductas abstractamente imprudentes y, cuando menos, antirreglamentarias»<sup>25</sup>, y parece que también a ello debiera ajustarse la responsabilidad de aquél; luego, razones de adecuación —o proporcionalidad— de la responsabilidad a lo injusto imputable y con ello, en un siguiente nivel analítico de la teoría jurídica del delito, razones —relativas al principio— de culpabilidad: «la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad»<sup>26</sup>.

En cuanto al peso de unas y otras razones, cabe apuntar en relación con el principio de culpabilidad, su consagración constitucional «como principio estructural básico del Derecho penal»<sup>27</sup>, así como la vinculación con el derecho a la dignidad de la persona humana que, «según lo dispuesto en el art. 10.1 CE, representa uno de los fundamentos del orden político y de la paz social»<sup>28</sup>. También el principio de proporcionalidad adquiere en nuestra disciplina un peso notable, en tanto que se trata por lo general de posiciones iusfundamentales. En este sentido, apunta ALEXY «que el carácter de principio de los pilares fundamentales de nuestro Derecho constitucional material implica el principio de proporcionalidad, e inversamente, éste a aquéllos»<sup>29</sup>. Ciertamente, el *peso abstracto* de estas razones no basta sin más, para la ponderación de las mismas, sino que es preciso analizar en qué medida se afectan o se satisfacen tales principios: importantes razones de proporcionalidad, moderadas razones de proporcionalidad,

<sup>22</sup> SAP Lleida, 171/1998, de 16 octubre, fundamento de derecho primero.

<sup>23</sup> En contra de lo que sugiere J. CEREZO, *op. cit.*, n. 18, 184 y ss.; sobre la comprensión de lo injusto, 186-188.

<sup>24</sup> J. CEREZO, *op. cit.*, n. 18, 184 y s.

<sup>25</sup> En los términos de la SAP Lleida, 171/1998, de 16 octubre, fundamento de derecho primero.

<sup>26</sup> J. CEREZO, *op. cit.*, n. 21, 16.

<sup>27</sup> STC 150/1991, de 4 julio, fundamento de derecho cuarto. Asimismo, *vid.* BVerfGE 26.2.2008 (Akt.Z: 2 BvR 392/07): «el principio “no hay pena sin culpabilidad” posee rango constitucional; el mismo encuentra su fundamento en el mandato de respeto a la dignidad de la persona humana, así como en el art. 2 apartado 1 de la Ley fundamental y en el principio del Estado de Derecho (*cf.* BVerfGE 9, 167 <169>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>»). En relación con la potestad sancionadora de la administración, igualmente ilustrativa STC 198/1995, de 21 diciembre, fundamento de derecho segundo.

<sup>28</sup> STC 181/2004, de 2 noviembre, fundamento de derecho decimotercero. Igualmente ilustrativa BVerfGE 27/1, p. 6: «en el orden valorativo de la Ley fundamental la dignidad de la persona constituye su valor superior». De otra opinión, excluyendo al principio de culpabilidad de toda ponderación S. MIR, «El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal», en *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, 1380 y ss.

<sup>29</sup> R. ALEXY, «Die Gewichtsformel», en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, de Gruyter, 772. Entre nosotros, últimamente S. MIR, *op. cit.*, n. 28, 2003, 1370 y ss.

por poner dos ejemplos<sup>30</sup>. En este sentido, y frente a supuestos de afectación extrema o considerable como, por ejemplo, la apreciación de culpabilidad —aun disminuida— en un caso donde «el sujeto activo había cometido dos delitos consumados y tres delitos frustrados de asesinato en una misma noche... en un supuesto de brote agudo de esquizofrenia»<sup>31</sup>, aquí se trataría de *afectaciones moderadas*: se obvia la concurrencia de riesgos ajenos en la lesión del bien jurídico en el establecimiento de las responsabilidades al respecto, menoscabando con ello los principios citados. La naturaleza de estas razones tampoco permite grandes certezas en relación con sus *bases empíricas*: ¿«plausible menoscabo de los citados principios»?<sup>32</sup>, pues no se trata, por poner otro ejemplo, de ejecutar una pena de siete años de privación de libertad y establecer el grado en que se afecta este otro principio —de libertad—, para lo que pudiéramos acudir a la efectiva situación del sujeto: se encuentra preso, por tanto, *ciertamente* se afecta el principio de libertad. Frente a ello, los principios de culpabilidad y proporcionalidad permitirían una base empírica más débil, lo que modera correspondientemente su significación en el caso concreto.

En un sentido contrario, las razones esgrimidas a su favor —corrección dogmática: adecuación a la estructura del tipo de lo injusto del delito imprudente del resultado— muestran un *peso abstracto* notoriamente inferior: cuestionables razones de adecuación a una comprensión de la teoría jurídica del delito. Ciertamente, se apunta en relación con este tipo de discurso, entre otras, las funciones de consistencia y estabilización, «en cuanto que con ayuda de enunciados dogmáticos, se fijan, y se hacen por ello reproducibles, determinadas soluciones a cuestiones prácticas»<sup>33</sup>. Y ello, en particular, en relación con un ejemplar desarrollo finalista de la teoría del delito. Sin embargo, la relatividad del pensamiento dogmático —«¿para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad, es desde el punto de vista político-criminal erróneo?»<sup>34</sup>—, la flexibilidad de su instrumental así como el creciente desmembramiento del pensamiento jurídico-penal en aras de la maximización de sus instituciones concretas<sup>35</sup>, desaconsejarían la consideración de estas formas de argumento como razones de seguridad jurídica equiparables a las razones de proporcionalidad —o justicia distributiva—. La tesis de la valoración individual de las contribuciones tampoco permite una *satisfacción* —frente al concepto de intervención, quizá más adecuado para cuantificar una argumentación crítica— significativa del concreto modelo dogmático, en tanto que también se abre a la consideración y ponderación de riesgos ajenos concurrentes en la lesión del bien jurídico<sup>36</sup>. La *base epistémica* de esta forma de argumentos —argumentos jurídico-formales— se mueve, por lo general,

<sup>30</sup> Al respecto, *cf.* R. ALEXY, *op. cit.*, n. 29, 785 y ss., 789.

<sup>31</sup> *Cfr.* A. URRUELA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Comares, 2004, 262, censurando totalmente, en este caso, el excesivo acento puesto en «criterios defensivistas o ligados a la alarma social generada».

<sup>32</sup> Al respecto, *cf.* R. ALEXY, *op. cit.*, n. 29, 789.

<sup>33</sup> R. ALEXY, *op. cit.*, n. 4, 255 y ss.

<sup>34</sup> C. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. castellana e introducción de F. Muñoz Conde), Barcelona, Bosch, 1972, 19.

<sup>35</sup> En aparente correspondencia con una sociedad que plantea «a la ciencia penal en este período gran cantidad de preguntas de detalle, pero ninguna pregunta de carácter comprensivo», G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica* (trad. castellana e introducción de Á. van Weezel), Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, p. 83.

<sup>36</sup> *Cfr.* J. CEREZO, *op. cit.*, n. 18, 186 y ss.

en los umbrales más bajos: ¿la valoración individual de las diversas contribuciones se adecua en mayor medida al tipo de lo injusto del delito imprudente de resultado? Aquí no es posible señalar la situación en prisión de un reo para ponderar el grado de afectación del principio de libertad, volviendo al anterior ejemplo, sino que se agota en relativas ponderaciones sutiles. Luego, difícilmente cabría hablar de «cierto»; quizá, «plausible», cuando no: «no evidentemente falso».

Pues bien, el mayor peso de los argumentos contrarios a este primer modelo de solución, frente a los que pesan a favor del mismo, empuja a una valoración como ineficiente —o incorrecta— en tanto que prevalecen los costes de su aplicación<sup>37</sup>. Y ello admite otras representaciones. Así, si se conviene en atribuir un valor alto (por ejemplo, 3) al principio de culpabilidad en relación con las razones de corrección dogmática citadas (en relación con las anteriores, a lo sumo 1), mientras que al principio de proporcionalidad según esta correlación, se le pudiera adscribir un valor moderado en relación con el principio de culpabilidad, pero superior a este último tipo de razones (por ejemplo, 1,5), resultaría un cuadro próximo al siguiente:

valoración individual de las diversas contribuciones	
márgenes de rendimiento	costes
+ 1,0	- 4,5

La prevalencia de los costes y el resultado negativo = - 3,5 reflejaría la citada ineficiencia<sup>38</sup>. Los valores moderados señalados en relación con el grado de satisfacción/intervención de tales formas de argumento así como con respecto a su base empírica permiten asimismo, su compensación —mediante su no computación—.

Este tipo de criterios se presta igualmente a una expresión relativa de lo discursivamente necesario —«conclusiones discursivamente necesarias son aquéllas, relativas al discurso, justificadas en mayor medida que las meramente posibles» (BuE 206)— en tanto que se trataría de soluciones con altos márgenes de eficiencia. De esta forma el fundamento y la corrección de la decisión tornan una cuestión de los márgenes de rendimiento de las razones subyacentes, dándose un paso más en la limitación de los elementos arbitrarios y decisionistas consecuencia de la confrontación entre teoría y ausencia de idealidad en el discurso real (BuE 150, 158, 271, n. 414)<sup>39</sup>. Pero sobre esta y otras cuestiones se habrá de entrar ya en otro lugar. En este último sentido, aquí sólo resta señalar que la obra de C. BÄCKER —como todas las grandes obras— deja muchas cuestiones abiertas, pero lo abordado en ella, así como la rotundidad y claridad expositiva en todos sus pronunciamientos, da constancia de la ambición de este autor.

<sup>37</sup> Se trataría, por tanto, de un concepto normativo de eficiencia que atiende a la significación para el Derecho de los citados costes y márgenes de rendimiento; al respecto ilustrativo, BuE 150, señalando el problema de la optimización («*Optimierungsproblem*»). Asimismo *vid.* A. VAN AAKEN, *op. cit.*, n. 17, 19 y ss., 70 y ss., 181 y ss., 266 y ss., 296 y ss., 325 y ss., 337 y ss.

<sup>38</sup> Igualmente, *vid.* R. ALEXY, *op. cit.*, n. 29, 784 y ss.

<sup>39</sup> Igualmente *vid.* M. ATIENZA, *op. cit.*, n. 2, 232.

# ALGUNOS ASPECTOS DE LA LÓGICA JURÍDICA DE LUIGI FERRAJOLI \*

Giovanni Battista Ratti \*\*

*Universitat de Girona*

**RESUMEN.** El artículo presenta y analiza algunos aspectos relevantes del tratamiento de la lógica jurídica ofrecido por L. FERRAJOLI. En particular, el artículo contiene: *a)* la reconstrucción, desde tres perspectivas diferentes (teoría jurídica, órdenes jurídicos y ciencia jurídica), de los fundamentos del sistema lógico de FERRAJOLI; *b)* el examen de los postulados de completitud y consistencia que desarrollan un papel básico en su teoría axiomática, y finalmente *c)* algunas observaciones críticas acerca de la concepción de las normas lógicamente derivadas defendida por FERRAJOLI.

**Palabras clave:** L. FERRAJOLI, teoría axiomatizada del Derecho, completitud, consistencia, lógica de normas, lógica de proposiciones normativas.

**ABSTRACT.** The paper aims at presenting and analyzing some relevant features of L. FERRAJOLI's treatment of legal logic. In particular, the paper provides: *a)* the reconstruction, from three different perspectives (legal theory, legal orders, and legal science), of the foundations of FERRAJOLI's logical system; *b)* the examination of the postulates of completeness and consistency which are foundational of his axiomatic theory; and finally *c)* some critical remarks on FERRAJOLI's conception of logically entailed norms.

**Keywords:** L. FERRAJOLI, axiomatic theory of Law, completeness, consistency, logic of norms, logic of normative propositions.

---

\* Fecha de recepción: 8 de noviembre de 2010. Fecha de aceptación: 10 de diciembre de 2010.

\*\* Investigador «Juan de la Cierva», Universitat de Girona, [giovanni.ratti@udg.edu](mailto:giovanni.ratti@udg.edu).

Una primera versión, en inglés, de este trabajo fue presentada al seminario «The Axiomatic Construction of a General Theory of Law: discussing Luigi Ferrajoli's *Principia Iuris*», que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Edimburgo el 31 de mayo 2010, y fue organizado por Paolo Sandro, al cual quiero aquí dar las gracias por haberme brindado la oportunidad de discutir mis ideas en un ambiente tan estimulante. Quisiera además agradecer a Álvaro Núñez por sus valiosas correcciones tanto a la forma como al contenido de este ensayo.

## INTRODUCCIÓN

En 1970, el mismo año de la muerte de B. RUSSELL, L. FERRAJOLI publicaba su libro *Teoria assiomaticizzata del diritto*<sup>1</sup>, el primer paso de su completa axiomatización de la teoría del Derecho. Treinta y siete años más tarde, FERRAJOLI ha publicado su *magnum opus*, que lleva el título —muy russelliano en el espíritu— de *Principia Iuris*<sup>2</sup>. Esta última obra comparte con la filosofía del «primer» RUSSELL el propósito del «logicismo»<sup>3</sup>: es decir, la idea de reducir un cierto ámbito de conocimiento a un conjunto restringido de axiomas fundamentales, a desarrollar por medio de deducción estricta. Como es sabido, GÖDEL demostró formalmente que el sueño logicista no había sido alcanzado por los *Principia Mathematica* de RUSSELL y WHITEHEAD, y —lo que es más relevante— que no podía ser alcanzado por nadie<sup>4</sup>.

Sería absurdo (y en cualquier caso intolerablemente inmodesto) intentar evaluar de manera completa la ambiciosa pretensión logicista de L. FERRAJOLI en un breve estudio como éste; o intentar —siguiendo el camino trazado por GÖDEL en la confutación de la teoría de RUSSELL— determinar si resulta exitosa o no.

El presente estudio tiene un objetivo mucho más modesto: presentar y examinar en detalle algunos aspectos fundamentales de la teoría lógico-jurídica de L. FERRAJOLI. Más en concreto, en la primera sección expondré algunas características principales de su lógica jurídica, haciendo hincapié, en particular, en los diferentes estatus que se le pueden adscribir. En la segunda sección presentaré sucintamente algunas observaciones críticas acerca de los postulados de consistencia y completitud, sobre los cuales la teoría de FERRAJOLI está fundada. En la tercera —y última— sección trataré brevemente de las normas implícitas (*i. e.* derivadas) y su estatus en los sistemas jurídicos organizados en diferentes niveles jerárquicos.

### 1. TRES PERSPECTIVAS ACERCA DE LA LÓGICA JURÍDICA

En la obra de FERRAJOLI, cabe identificar al menos tres tipos de perspectiva lógico-normativa: *a*) la lógica de la teoría axiomática del Derecho; *b*) la lógica del Derecho, y la lógica de los juristas (cuyo discurso, supuestamente, está compuesto por aserciones jurídicas, concebidas como proposiciones descriptivas que versan sobre el contenido del Derecho). FERRAJOLI se refiere expresamente a la primera y a la segunda perspectivas; en cambio, la tercera surge de una cierta interpretación de las fórmulas deónticas, que no es mencionada en *Principia Iuris*, pero que parece

<sup>1</sup> *Ibid.*, *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970.

<sup>2</sup> *Ibid.*, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Bari-Roma, Laterza, 2007. Las referencias a estas obras aparecerán entre paréntesis en el texto, mientras que en las notas a pie de página serán precedidas por la abreviación «PI».

<sup>3</sup> *Vid.* B. RUSSELL, *Introduction to Mathematical Philosophy*, London, George Allen & Unwin, 1919, cap. 18. *Vid.* también W. V. O. QUINE, «New Foundations for Mathematical Logic», en *American Mathematical Quarterly*, 1937.

<sup>4</sup> *Cfr.* P. ODFREDDI, *Introduzione a B. RUSSELL, Introduzione alla filosofia matematica*, Milano, Longanesi, 2007, 7-8.

claramente disponible si se considera la historia de la lógica deóntica y de la teoría jurídica<sup>5</sup>.

Examinemos en detalle estas tres perspectivas.

### 1.1. La sintaxis de la teoría del Derecho

El primer tipo de perspectiva lógica asumida por FERRAJOLI consiste en la elaboración de los instrumentos lógicos necesarios para construir su propia teoría jurídica. Su concepción es axiomática: parte de ciertas asunciones y ciertos postulados y luego deriva todas sus consecuencias lógicas (o, por lo menos, las consecuencias más relevantes). Cabe observar que FERRAJOLI considera la consistencia como el principal requisito para la «felicidad» de su teoría jurídica, siendo los otros requisitos<sup>6</sup>: i) a exactitud semántica de los términos que la componen; ii) a transparencia acerca de las elecciones pragmáticas o explicativas que subyacen a la teoría, y iii) el carácter fructífero de la teoría, que admite el control de su misma consistencia y requiere expresamente ulteriores desarrollos teóricos bajo la forma de nuevos teoremas todavía no derivados. FERRAJOLI da por sentado que su teoría no es completa (ya que muchas nuevas derivaciones pueden ser realizadas en su ámbito<sup>7</sup> y, por consiguiente, no caracteriza la completitud (sino más bien la «integridad» o «completabilidad») como un criterio para el éxito de la misma teoría<sup>8</sup>.

La teoría de FERRAJOLI se funda en predicados primitivos y predicados definidos, que son elaborados mediante la combinación de los términos primitivos. Las conectivas lógicas usuales son empleadas de manera bastante tradicional<sup>9</sup>.

Sin embargo, es importante observar que la conectiva disyuntiva « $\vee$ » es usada de manera ambigua en la teoría (más frecuentemente como una disyunción incluyente, pero a veces también como disyunción excluyente)<sup>10</sup>, según el significado de los términos categoremáticos (o sea, de los predicados).

Esto conlleva que todas las conectivas cuyas definiciones son, obviamente, correlacionadas entre sí, no deben ser entendidas como conectivas meramente sintácticas,

<sup>5</sup> Vid. E. BULYGIN, *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*, en C. E. ALCHOURRÓN y É. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>6</sup> *Ibid.* «*Principia iuris*. Una discusión teórica», en *Doxa*, núm. 31, 2008 (desde ahora en adelante: «DT»), 396.

<sup>7</sup> Cabe notar que la teoría ni siquiera puede ser completa, tratándose de un sistema que contiene una lógica predicativa de segundo orden. Lo que parece razonable requerir es la completud acerca de las consecuencias (consideradas) relevantes.

<sup>8</sup> PI, III, 4-5; DT, 396.

<sup>9</sup> Las conectivas son las siguientes:

« $\neg$ » («no»: negación).

« $\&$ » («y»: conjunción).

« $\vee$ » («o»: disyunción).

« $\rightarrow$ » («si... entonces»: implicación material).

« $\leftrightarrow$ » («si y sólo si... entonces»: equivalencia material).

A decir verdad, FERRAJOLI usa « $\&$ » por la conjunción y « $\Leftrightarrow$ » por la equivalencia, pero aquí prefiero utilizar otra simbolización. Es preciso también señalar que FERRAJOLI emplea el símbolo ortogonal « $\perp$ » para referirse a la negación de un argumento (*i. e.* de un contenido proposicional).

<sup>10</sup> Para un caso claro (y expresamente reconocido) de ambigüedad de la disyunción, *vid.*, por ejemplo, PI, I, 148.

sino, dicho de algún modo, como conectivas «mixtas» (a la vez, sintácticas y semánticas). Esto genera una importante dificultad acerca de la fundación axiomática de la teoría como meramente sintáctica<sup>11</sup>, y parece contradecir el requisito de la exactitud de los términos de la teoría que, como hemos visto, es uno de los criterios principales para evaluar el valor científico de la misma.

La teoría presenta cuatro niveles de axiomas y reglas de inferencia. Está basada, más en concreto, sobre la lógica proposicional, la lógica de predicados<sup>12</sup> y la lógica modal<sup>13</sup> (en particular, el sistema S5 complementado con la fórmula de BARCAN)<sup>14</sup>.

Finalmente, un axioma particular de carácter metateórico (llamado «PM»), introducido específicamente en la teoría axiomatizada, establece lo siguiente (III, 19-20):

$$(y)(Py \leftrightarrow M(\exists x)Pyx)$$

A saber: si y sólo si un predicado es monádico en relación con un cierto argumento  $y$ , entonces es posible que exista otro argumento  $x$  acerca del cual  $P$  funciona como un predicado diádico. Por ejemplo, «si  $y$  es una facultad, entonces es la facultad de un posible argumento, y viceversa» (III, 20).

## 1.2. La lógica del Derecho

Acerca de la lógica propia del Derecho, FERRAJOLI distingue, haciéndose eco de la conocida terminología de KELSEN, entre *sistemas normativos estáticos* y *sistemas normativos dinámicos*<sup>15</sup>. Los sistemas estáticos son aquellos en los que «una norma existe y es válida si puede ser deducida de otras normas del mismo sistema» (I, 114). Sistemas dinámicos son aquellos en los que la existencia de una norma depende del hecho de haber sido promulgada por una autoridad normativa competente (I, 115).

FERRAJOLI instituye una equivalencia entre el «estado meramente legislativo» y un sistema normativo totalmente dinámico, mientras que el estado constitucional contemporáneo es equiparado a un sistema normativo mixto, a la vez estático y dinámico (veremos más adelante la articulación de este concepto).

<sup>11</sup> *Vid.*, e. g., PI, I, 52: «La entera teoría [...] es un sistema, cuya validez depende únicamente de su consistencia interna, prescindiendo de sus directas y específicas referencias semánticas».

<sup>12</sup> Es importante enfatizar el hecho de que las modalidades deónticas sean concebidas como predicados. Dichas modalidades son: obligatorio («Permitido  $\phi$  y no permitido no- $\phi$ »); prohibido (permitido no- $\phi$  y no permitido  $\phi$ ); facultativo («permitido  $\phi$  y permitido no- $\phi$ »).

<sup>13</sup> Según FERRAJOLI (DT, 407, especialmente nota 11), la lógica modal ha hecho su teoría mucho más potente que su primera formulación de 1970, ya que ha hecho posible «dar cuenta del carácter sobre todo deóntico de los fenómenos jurídicos».

<sup>14</sup> Por consiguiente, los axiomas de la lógica modal de FERRAJOLI son los siguientes («L» representa el operador alético «necesario» y «M» el operador alético «posible»):

A8  $Lp \rightarrow p$ .

A9  $L(p \rightarrow q) \rightarrow (Lp \rightarrow Lq)$ .

A10  $Mp \rightarrow LMp$ .

A11  $(x)LPx \rightarrow L(x)Px$ .

Además, hay la regla de inferencia NEC (es decir: la «regla de necesidad»), que establece que «Si  $A$  es una tesis lógica, entonces  $L(A)$  es una tesis lógica».

<sup>15</sup> Para una distinción clara de los dos criterios (junto a sus posibles combinaciones), *vid.* R. CARACCILO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

De todos modos, lo que es importante subrayar aquí es que, en los sistemas del primer tipo, los principios de no-contradicción y de completitud son leyes lógicas internas o incluso constitutivas del sistema (las que FERRAJOLI llama *principia iuris et in iure*), mientras que son externos en relación a los sistemas dinámicos (I, 172). En estos últimos, son *principia iuris tantum*, es decir «modelos normativos impuestos al Derecho vigente por la lógica y la teoría jurídica» (I, 117).

Por consiguiente, FERRAJOLI mantiene que las antinomias y las lagunas normativas son imposibles en los sistemas normativos estáticos, ya que «cuando una norma es (considerada) incompatible con otra, una de estas dos normas debe ser excluida como inválida, o mejor inexistente, bajo la amenaza de la inconsistencia del sistema» (I, 115).

De ahí que los postulados P1 y P2 —que respectivamente expresan (como veremos más adelante) el principio de no-contradicción y el principio de completitud— habrían de entenderse como descriptivos en relación con los sistemas estáticos, mientras habrían de considerarse como prescriptivos en relación con los sistemas dinámicos.

Otra dicotomía es introducida por FERRAJOLI en relación con la consistencia y la completitud del Derecho. En los sistemas jurídicos con un solo nivel normativo (típicos de los que FERRAJOLI llama «estados legislativos»), lagunas y antinomias no existen, ya que los conflictos y las lagunas aparentes pueden siempre ser solucionados según los criterios proporcionados por el mismo sistema. En un cierto sentido, el Derecho reconoce los principios *lex posterior* y *lex specialis*, y el razonamiento analógico, como reglas de inferencia lógicamente válidas. Manifiestamente, esto parece ser incompatible con las reglas de inferencia establecidas por la *teoría* de FERRAJOLI. Además, parece que estos criterios, más allá de no poder solucionar todos los posibles defectos sistémicos, no son conceptualmente necesarios (a diferencia de las reglas lógicas).

Sin embargo, podemos entender, de manera más caritativa, que FERRAJOLI mantiene que en los sistemas jurídicos de un solo nivel los intérpretes siempre pueden solucionar los defectos sistémicos *internamente*, mientras que en los sistemas articulados en diversos niveles (el caso paradigmático de los cuales serían los «estados constitucionales»), las lagunas y las antinomias no son solucionables mediante interpretación: necesitan la intervención *ab extra* de las autoridades legislativas y jurisdiccionales competentes (I, 13).

De todos modos, según FERRAJOLI, las lagunas y las antinomias «verdaderas» son posibles únicamente en los sistemas jurídicos articulados en más de un nivel, ya que dichos defectos son definidos, respectivamente, como la omitida producción de una norma requerida por el nivel normativo superior, y la producción de una norma en colisión con lo que dispone el nivel normativo superior (I, 685-686). Es preciso enfatizar que, según FERRAJOLI, ambos defectos sistémicos proceden de la violación de una norma acerca de la *producción* de normas jurídicas (que tienen como objeto el contenido de normas que deben, o no deben, ser producidas por el legislador).

### 1.3. La lógica de los juristas

Como observa GUASTINI<sup>16</sup>, *Principia Iuris* dice muy poco acerca del razonamiento de los juristas. Es más, lo que es aún más importante para la perspectiva escogida en

<sup>16</sup> R. GUASTINI, «Algunos aspectos de la metateoría de *Principia Iuris*», en *Doxa*, núm. 31 (2008): 254-255.

este ensayo es que FERRAJOLI ni siquiera menciona la distinción fundamental entre normas y proposiciones normativas (es decir, proposiciones descriptivas que versan sobre la pertenencia de las normas a los sistemas jurídicos), siendo estas últimas supuestamente usadas por la «ciencia jurídica» para describir el Derecho vigente.

Una razón que explicaría esto puede ser que FERRAJOLI asume, como veremos con mayor detenimiento más adelante, que los sistemas jurídicos *deben ser* completos y consistentes. Bajo esta asunción, en efecto, el comportamiento lógico de normas y proposiciones normativas es realmente idéntico. Cuando se dan estas condiciones, usando proposiciones normativas es posible reflejar, por así decirlo, el comportamiento lógico de las normas. Esto, a su vez, tiene la consecuencia importante de hacer menos urgente distinguir entre *permisión fuerte* y *permisión débil*. Es decir, entre la proposición que afirma el hecho de que una cierta norma, que autoriza una cierta conducta, pertenece a un determinado sistema jurídico, y la proposición que describe el hecho de que una cierta norma, que prohíbe una cierta conducta, no pertenece a un determinado sistema jurídico.

Sin embargo, FERRAJOLI es bastante claro al afirmar que, como *cuestión empírica*, «la completitud y la consistencia [...] son virtualmente excluidas en el Estado constitucional de Derecho» (I, 443), y que «es inevitable» que «en un mismo orden jurídico positivo existan normas contradictorias» (I, 117). Esto significa que las normas y las proposiciones normativas no pueden ser lógicamente equiparadas, y que diferentes tipos de *permisión* deben ser admitidos por la teoría. Si esto es correcto, entonces es posible leer las fórmulas de la teoría axiomática de FERRAJOLI de dos maneras distintas: o bien como fórmulas que expresan normas (o, mejor dicho, ideales regulativos) o bien como fórmulas que expresan proposiciones acerca de normas. La segunda lectura es lo que llamo «lógica de los juristas».

Sin embargo, interpretadas como proposiciones normativas, muchas fórmulas —como por ejemplo «(x) (( $\exists y'$ ) PERY'x  $\rightarrow$   $\neg$ ( $\exists y''$ ) PRHY''x)» que asevera que un argumento no puede ser simultáneamente permitido y prohibido— afirmarían por lo general, según los criterios ofrecidos por FERRAJOLI, una proposición falsa en relación con los estados constitucionales, y una proposición verdadera en relación con los estados legislativos. Más en general, podemos decir que los valores de verdad de dichos enunciados pueden ser determinados sólo como una cuestión empírica (y por ende no conceptual), ya que las proposiciones normativas son, por definición, relativas a un cierto sistema normativo.

## 2. UN ANÁLISIS DE LOS POSTULADOS DE COMPLETITUD Y DE CONSISTENCIA

Toda la sofisticadísima teoría axiomática concebida por FERRAJOLI está basada en dos axiomas, que resultan algo dudosos.

El postulado P2 de la lógica jurídica de FERRAJOLI afirma que «cualquier conducta supone alguna modalidad deóntica de la que constituye el argumento»<sup>17</sup>. En fórmulas:

$$P2. (x) (CONx \rightarrow (\exists y) MODyx)$$

<sup>17</sup> PI, I, 67; III, 22.

Como es fácil ver, P2 dispone que el Derecho sea necesariamente completo, ya que es imposible que pueda haber una conducta sin que haya una correspondiente modalidad que la califique:

$$[T2\alpha] (x) \neg (\text{CON}_x \ \& \ \neg ((\exists y) \text{MOD}_y x))$$

Entendido como un ideal regulativo, dicho enunciado dispone que las autoridades normativas deban producir sistemas normativos completos. En cambio, si se entiende como una proposición normativa, afirma que una cierta regla, la cual califica jurídicamente todas las conductas que no son calificadas por las demás normas jurídicas, pertenece al sistema jurídico que se pretende describir<sup>18</sup>.

El primer postulado, a su vez, es el siguiente:

$$P1. (x) (\neg \text{PER}_x \rightarrow \text{PER}_\perp x)$$

El postulado P1 no es fácil de interpretar, a pesar de las apariencias.

Según una primera interpretación, no es otra cosa que el clásico principio «Obligatorio implica permitido», como muestra la siguiente fórmula (obtenida mediante la mutua sustitución de «x» y « $\perp x$ »):

$$T1.1 (x) (\neg \text{PER}_\perp x \rightarrow \text{PER}_x)$$

No diversamente de P2, la interpretación de dicho principio cambia según su interpretación en términos de normas o de proposiciones normativas.

En los sistemas estáticos, por definición, cuando « $\neg \text{PER}_\perp x$ » es válido, « $\text{PER}_x$ » debe también ser válido. En cambio, en los sistemas dinámicos, no es el caso que mandar  $x$  implique permitir  $x$ : una autoridad normativa debe siempre promulgar una norma permisiva, si quiere autorizar  $x$ . Se puede dudar que dicho principio rija en los estados constitucionales, que son considerados por FERRAJOLI como eminentemente dinámicos. Como sostiene GUASTINI<sup>19</sup>, puede ser más bien interpretado como una «recomendación», destinada al legislador, de promulgar todas las normas lógicamente implicadas por las normas de nivel constitucional<sup>20</sup>.

En cambio, en relación con las proposiciones normativas, tenemos que distinguir entre permisión fuerte y débil. Una vez introducida dicha distinción, cabe observar que T1.1 quizá sea válido respecto de la permisión fuerte, pero claramente no lo es en relación con la permisión débil. Del hecho de que algo haya sido mandado, efectivamente, no se sigue que lo mismo no haya sido prohibido (sin presuponer anteriormente, mediante una petición de principio, la consistencia del sistema). A este respecto, cabe observar que, según el mismo sistema lógico de FERRAJOLI, una situación de permisión débil garantiza de por sí la consistencia del sistema. Esto se debe a la circunstancia relevante de que «el mero hecho de que haya una proposición que no pertenece al sistema garantiza ya su coherencia, ya que de un sistema incoherente puede derivarse

<sup>18</sup> Se observa que en los «estados legislativos», que pueden ser caracterizados como estados de Derecho, dicha regla es normalmente dúplice: la norma que impone o autoriza el razonamiento analógico por el Derecho civil, y la llamada «norma general exclusiva» por el Derecho penal.

<sup>19</sup> R. GUASTINI, «Algunos aspectos de la metateoría de *Principia Iuris*», cit., 258.

<sup>20</sup> Elaboraré este argumento con más detenimiento en la sección final.

cualquier proposición»<sup>21</sup>. Esto significa, a su vez, que si FERRAJOLI sostiene que los sistemas constitucionales son necesariamente inconsistentes (como se desprende de las aserciones de FERRAJOLI en I, 117), entonces debe aceptar el teorema, derivable de su propia teoría, según el cual dichos sistemas son necesariamente completos, porque todo se sigue de un sistema inconsistente. Sin embargo, si esto es correcto, entonces P1 es necesariamente verdadero en relación con los sistemas constitucionales y, por consiguiente, no puede funcionar como un ideal regulativo.

Como es fácil ver, otro teorema se sigue de P1:

$$T1.2 (x) (PERx \vee PER\perp x)$$

E. BULYGIN y J. J. MORESO han sostenido, con razón, que P1 no es otra cosa que un teorema de P2, como T1.2 permite demostrar<sup>22</sup>. De ahí que los primeros dos postulados no serían independientes y los fundamentos de la teoría deberían ser revisados de consecuencia.

Según una cierta interpretación, T1.2 parece *prima facie* ser compatible con la presencia de lagunas en el Derecho, ya que afirma que  $x$  está permitido, o  $\text{no-}x$  está permitido, o ambos están permitidos. En otras palabras, niega que ambos estén prohibidos (lo que afirma el teorema T1.3). El problema con T1.2 es que es nuevamente ambiguo ya que no sabemos si expresa una norma o una proposición normativa.

Si expresa una norma, BULYGIN y MORESO tienen razón en enfatizar que P1 necesariamente conlleva la completitud de los sistemas jurídicos. Según T1.2, en efecto, si  $\text{no-}x$  no está permitido, se sigue (por silogismo disyuntivo) que  $x$  está permitido; si  $x$  no está permitido, se sigue (de nuevo por silogismo disyuntivo) que  $\text{no-}x$  está permitido; si ambos están permitidos, se sigue manifiestamente que el sistema dispone la facultad de realizar  $x$ . El sistema es completo ya que contiene, alternativamente, la obligación, la prohibición, o la facultad de hacer  $x$  (como afirma el teorema T1.47)<sup>23</sup>.

En cambio si T1.2 se lee como una proposición normativa, se sigue que la proposición que versa sobre la prohibición de  $\text{no-}x$  en un cierto sistema no implica la verdad de la proposición que versa sobre la permisión fuerte o débil de  $x$ , y la proposición que asevera el hecho de que  $x$  está prohibido no implica nada en relación con la permisión fuerte o débil de  $\text{no-}x$ , de forma que la aserción de FERRAJOLI según la cual «“permitido” es de por sí interpretable como “permiso débil”»<sup>24</sup> suena bastante oscura. Según esta última lectura, en efecto, parecería que la permisión débil implicara la permisión fuerte, lo que se puede asumir si y sólo si hay una norma de clausura a este efecto (es decir, si el sistema es completo: lo que debería ser probado y no asumido como premisa del razonamiento, si se quiere evitar caer en una petición de principio).

Otro teorema de P1 afirma lo siguiente:

$$T1.3 (x) \neg (\neg PERx \ \& \ \neg PER\perp x)$$

<sup>21</sup> C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, cit., 165.

<sup>22</sup> Cfr. E. BULYGIN, «Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en *Principia Iuris*», y J. J. MORESO, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», ambos en *Doxa*, núm. 31, 2008. Vid. también la respuesta de FERRAJOLI (a mi parecer, no muy convincente) en DT: 408-410.

<sup>23</sup> PI, III: 46.

<sup>24</sup> DT: 408, nota 11.

Esto significa que un cierto argumento no puede ser, a la vez, obligatorio y prohibido. Esto es, estrictamente hablando, el principio de *no-contrariedad*. Pero se puede demostrar que dicho principio se deriva fácilmente del principio de no-contradicción: « $(x) \neg (\neg \text{PER}x \ \& \ \text{PER}x)$ ».

Sin embargo, aquí de nuevo nos enfrentamos con una ambigüedad: interpretado como una norma, dicho principio significa que el legislador no debe promulgar normas que sean incompatibles con otras normas (superiores). Entendido como una proposición acerca de normas, describe las condiciones bajo las cuales el sistema es consistente, sin excluir la posibilidad de sistemas incoherentes<sup>25</sup>.

Acerca de la posibilidad de conseguir simultáneamente la consistencia y la completitud (*i. e.* de satisfacer P1 y P2) de un sistema con distintos niveles jerárquicos es preciso realizar una observación no secundaria.

Como ya hemos visto, P2 puede ser leída como la recomendación a la asamblea constituyente (o al legislador) de promulgar una regla de clausura, que hace que el sistema jurídico correspondiente sea completo para todo caso posible.

En la literatura acerca de los sistemas normativos<sup>26</sup>, se opina que una regla de clausura exitosa deba poseer las dos siguientes características: *a)* debe clausurar el sistema, en el sentido de que debe ofrecer una respuesta jurídica a toda posible conducta en relación con toda posible clase de «hechos operativos»; *b)* debe preservar la consistencia del sistema: si una regla de clausura no es capaz de preservar la consistencia, clausura efectivamente el sistema pero al precio de hacerlo inservible para fines prácticos.

En cuanto a la posible formulación de posibles reglas de clausura generales, hay al menos tres opciones: i) «Todo lo que no está expresamente calificado está permitido»; ii) «Todo lo que no está expresamente calificado está prohibido»; iii) «Todo lo que no está expresamente calificado es obligatorio». Las opciones ii) y iii) deben ser descartadas por razones lógicas: ambas producen antinomias y, por consiguiente, hacen inconsistente un sistema que era originariamente consistente.

De ahí que la única regla de cierre —entre las que hemos mencionado— que puede ser usada, de manera exitosa, es una norma general *permissiva*.

Sin embargo, aunque las reglas de clausura permisivas son totalmente seguras en relación con sistemas normativos categóricos (es decir, sistemas compuestos únicamente por normas categóricas), producen algunos problemas si se aplican a sistemas normativos *hipotéticos*. Y el Derecho es usualmente (si no siempre) compuesto por (al menos un cierto número) de normas hipotéticas: es un sistema normativo hipotético.

Ahora bien, ALCHOURRÓN y BULYGIN han demostrado que no hay reglas de clausura *generales* de un sistema normativo hipotético que no creen contradicciones que no estaban presentes en dicho sistema normativo antes de la promulgación de dicha regla<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas», cit., 162.

<sup>26</sup> El *locus classicus* es C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, 189-196.

<sup>27</sup> *Ibid.*

Esto se debe a dos circunstancias notables<sup>28</sup>: *a*) las reglas de clausura se aplican, *inter alia*, a clases de casos que son menos específicos que los casos relevantes; *b*) aplicando la regla lógica del refuerzo del antecedente —que es aceptada por FERRAJOLI mediante la ley lógica L4.31 « $(p \rightarrow q) \ \& \ p \rightarrow q$ »— a dichas clases de casos menos específicos obtenemos, en muchas ocasiones, soluciones que son incompatibles con las que están correlacionadas con clases de casos menos específicos.

Por consiguiente, las reglas de clausura, como las que hemos analizado hasta ahora, cierran el sistema al precio de hacerlo indeterminado: introducen antinomias en un sistema originariamente consistente.

Pues bien, a los efectos de formular exitosamente reglas generales de clausura, las autoridades normativas deben restringir su aplicación a la clase de casos que han identificado como relevantes.

Esto, a su vez, plantea algunas cuestiones importantes acerca la interacción de los dos niveles de legalidad (el constitucional y el legislativo) sobre la cual FERRAJOLI construye su teoría, ya que la clausura del sistema puede variar en relación con el nivel de relevancia escogido. Y esto es así porque una clausura general al nivel de relevancia R1 (por ejemplo, el nivel constitucional) puede producir bastantes antinomias respecto al nivel de relevancia R2 (*e. g.*, el nivel legislativo). En efecto, muchas conductas que serían calificadas como permitidas por la regla de clausura perteneciente al nivel R1 podrían ser tranquilamente calificadas como prohibidas por el nivel R2 (y viceversa).

### 3. NORMAS DERIVADAS Y AUTORIDADES NORMATIVAS

En esta última sección, quiero solamente formular una observación muy breve acerca de las normas implícitas en la teoría de FERRAJOLI.

Como hemos visto, una de las tesis principales de *Principia Iuris* es que, en los sistemas constitucionales, el legislador no debe promulgar normas incompatibles con la constitución. Hemos visto también que un sistema jurídico debe ser completo, de acuerdo con el segundo postulado de FERRAJOLI. Hemos también considerado algunas razones para sostener que esto sólo se puede hacer mediante una regla de clausura permisiva concerniente el solo nivel constitucional (de otra manera el sistema colapsaría bajo el peso de nuevas contradicciones). Sin embargo, esto significa que no hay ningún espacio vacío de Derecho constitucional: todo está establecido por la constitución.

Si esto es correcto, el legislador no tiene ningún espacio libre para legislar<sup>29</sup>. Se debe limitar a: i) primero, derivar todas las normas implicadas por las normas consti-

<sup>28</sup> Las circunstancias mencionadas en el texto se dan si y sólo si uno se compromete con la monotonía: lo que se ha convertido en algo bastante controvertido en la lógica y en la teoría jurídica. Acerca de este punto, *vid.* C. E. ALCHOURRÓN, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Madrid, Marcial Pons, 2010, especialmente 102 ss. De todos modos, como se ha señalado en el texto, FERRAJOLI está comprometido con la monotonía a través de L4.31.

<sup>29</sup> Esto implica que, contrariamente a lo que se sostiene usualmente en la teoría jurídica, FERRAJOLI mantiene un modelo conjuntivo de la validez, que requiere a la vez legalidad y deducibilidad para que una norma sea válida: es decir, el modelo M3 de la conocida clasificación ofrecida por R. CARACCILO, *El sistema jurídico*, cit., 60.

tucionales; ii) segundo, cuando una derivación formal directa es (considerada) imposible, determinar los medios mediante los cuales alcanzar el fin establecido por las normas constitucionales<sup>30</sup>. En ambos casos, el sistema parece ser eminentemente estático y su faceta dinámica consistiría únicamente en el mecanismo institucional que debería permitir desarrollar (las consecuencias lógicas de) dicho sistema. Malvadamente, uno tiene la tentación de preguntar: ¿Por qué no dejar esta tarea a lógicos bien entrenados, en lugar de dejarla a legisladores que a menudo ignoran hasta los instrumentos más básicos de la lógica deductiva?

---

<sup>30</sup> Como he tratado de argüir en G. B. RATTI, «A Note on the Logical Structure of Legal Principles», in *Analisi e diritto*, 2009, las directrices pueden ser reconstruidas como normas que disponen obligaciones alternativas cerradas. Si esto es así, el legislador debería limitarse a elegir un cierto medio para alcanzar el fin identificado por una cierta directriz en el ámbito de un conjunto de medios previamente identificables.



**DEMOCRACIA Y LIBERALISMO  
POLÍTICO**

*DEMOCRACY AND POLITICAL  
LIBERALISM*



# DEMOCRACIA: ORIGEN, CONCEPTO Y EVOLUCIÓN SEGÚN ARISTÓTELES\*

Oswaldo Guariglia

CONICET (Argentina)

**RESUMEN.** El propósito de este ensayo es examinar el origen y significado del término que designa el régimen, *dēmokratía*, y las instituciones que la formaron en su comienzo en la Grecia clásica. Examinaremos (1) el origen y el primitivo significado del término, luego pasaremos a reseñar (2) las instituciones de la democracia ateniense, tal como éstas fueron presentadas por ARISTÓTELES o uno de sus discípulos en la *Constitución de los atenienses*; después examinaremos (3) la clasificación de las diversas clases de democracia en ARISTÓTELES, siguiendo como él las expone en los libros centrales, iv-vi, de su *Política*; una vez establecidas las especies más importantes de ella, intentaremos exponer lo que a nuestro juicio son (4) los principios normativos de la democracia, de la república y de la oligarquía en ARISTÓTELES. El examen de la concepción de la democracia y de su régimen alternativo por antonomasia, la oligarquía, no estaría completo sin estudiar (5) la sedición y el cambio violento de régimen, así como los factores de su estabilidad intrínseca. Para concluir, abordaremos la cuestión central que, de un modo u otro, ARISTÓTELES dejó abierta a la posteridad: (6) ¿«democracia»: gobierno de las leyes o gobierno de la masa?

**Palabras clave:** democracia, Grecia clásica, ARISTÓTELES, Constitución de Atenas, república, oligarquía, gobierno de las leyes, gobierno de la masa.

**ABSTRACT.** The aim of this essay is to study the origin and the meaning of the word *dēmokratía*, as well as of the regime referred to by it and its constituting institutions in Classical Greece. I will examine, first, (1) the origin and primitive meaning of the term. Then I will review (2) the institutions of Athenian democracy as they were expounded by ARISTOTLE (or by one of his disciples) in *The Athenian Constitution (Athenaion Politeia)*. Thirdly, (3) I will analyze the classification of the five species of democracy as found in ARISTOTLE'S *Politics*, books iv-vi. Once I had stipulated the description of these species, (4) I will turn to the Aristotelian conception of the normative principles of democracy, republic and oligarchy. The study of the notion of democracy and its traditional alternative regime, oligarchy, would not be complete without (5) exploring the causes of sedition and instability, to which both these regimes are prone. Finally, (6) I will treat the question ARISTOTLE left open for posterity: Is «democracy» the rule of law or the rule of the masses?

**Keywords:** democracy, classical greece, ARISTOTLE, Athenian Constitution, republic, oligarchy, rule of law, rule of the masses.

---

\* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

## INTRODUCCIÓN

Comenzar por el origen en el caso de la democracia no es un simple ejercicio de erudición, sino más bien un paso necesario en el esclarecimiento del largo camino que la institución que conocemos bajo ese nombre ha recorrido desde su inicio hace unos 2.500 años en Grecia. En primer lugar examinaremos (1) el origen y el significado del término *dēmokratía*; luego pasaremos a reseñar (2) las instituciones de la democracia ateniense, tal como éstas fueron presentadas por ARISTÓTELES o uno de sus discípulos en la *Constitución de los atenienses*; después examinaremos (3) la clasificación de las diversas clases de democracia en ARISTÓTELES, siguiendo como él las expone en los libros centrales, IV-VI, de su *Política*; una vez establecidas las especies más importantes de ella, intentaremos exponer lo que a nuestro juicio son (4) los principios normativos de la democracia y de la república en ARISTÓTELES. El examen de la concepción de la democracia y de su régimen alternativo por antonomasia, la oligarquía, no estaría completo sin estudiar (5) la sedición y el cambio violento de régimen, así como los factores de su estabilidad intrínseca. Para concluir, abordaremos la cuestión central que, de un modo u otro, ARISTÓTELES dejó abierta a la posteridad: (6) ¿«democracia»: gobierno de las leyes o gobierno de la masa?

### 1. ORIGEN Y SIGNIFICADO DEL TÉRMINO «DÊMOKRATÍA»

La etimología de la palabra «democracia» no da lugar a dudas, ya que sus dos componentes, los términos griegos *dêmos* y *krátos*, es decir: «pueblo» y «poder», forman parte de la definición nominal que se suele dar de la palabra misma. Más difícil, sin embargo, es precisar el momento en el que se creó el compuesto y establecer con claridad los matices de su significado originario. En efecto, por una parte, *dêmos* integra desde HOMERO distintas oposiciones que circunscriben su sentido: en la epopeya, se refiere a los soldados por oposición a los jefes y reyes; más adelante, designará a los inferiores con relación a quienes ostentan el poder, los *dynatoi*. Hacia fines del siglo VI a. C. el término en singular tomará una acepción colectiva que engloba al conjunto del pueblo, a todos los que forman parte de una misma comunidad. Ya en las elegías de SOLÓN, el legislador ateniense del siglo VI, encontramos, lado a lado, la acepción más restringida (el pueblo bajo) y la más general (el conjunto de los miembros de la comunidad) (*vid.* ARIST., *Ath. Pol.*, XII, 1-2 = Solón, frgs. 5-6, Edmons). No es de extrañar, por tanto, que la primera inclusión de este significado en una tesis política esté provista por la sentencia de un filósofo, el frg. 44 de HERÁCLITO (DIELS-KRANZ): «el pueblo (*ho dêmos*) debe luchar por la ley como por los muros». Esta conexión entre *dêmos* y *nómos*, la ley, se convertirá, como veremos, en una relación próxima a conceptual.

Por su parte, el término *krátos* está ligado desde HOMERO a la idea de «poder» en el sentido de «gobierno», que fue usado en paralelo al otro término que a partir del siglo VI se refiere por antonomasia a la institución, *arché*. De este último se derivan los términos compuestos con el sufijo *-archía*, en primer lugar el más antiguo de todos, *monarchía* (*mounarchía* en griego jónico), que desde el inicio estuvo conectado con otro término que a fines del siglo VII y comienzos del siglo VI describe un nuevo fenómeno

de la vida política griega, la emergencia del *týrannos* como un gobernante con poder absoluto y apoyo de una nueva clase, opuesta a los *eupatridai* (nobles), la población agraria, que es quien provee de los nuevos guerreros, la infantería hoplita<sup>1</sup>. La primera mención escrita de la distinción entre las tres formas de gobierno: monarquía, oligarquía y gobierno del pueblo está en tres versos de una oda de PÍNDARO, compuesta hacia 470 a. C. (PÍNDARO, *Pythia* ii, 86-88), en la que «el pueblo» está representado por el ejército. A partir de las huellas dejadas en el lenguaje, se puede conjeturar, entonces, que la primera oposición estuvo dada entre el gobierno de uno, *mon-archía*, y el gobierno de pocos, *olig-archía*, como lo muestra la transición de una monarquía a una oligarquía de los eupatridas en Atenas, que fue una pauta seguida por otras ciudades (ARIST. *Ath. Pol.*, frg. 2-5)<sup>2</sup>.

Más complejo es establecer con cierta precisión el momento en que fue acuñado el término *dēmokratía* y su referencia. Los primeros testimonios indirectos del uso de la palabra como un vocablo incluido en el habla de Atenas se sitúan entre el 470 y el 460 a. C. Entre esas fechas, en efecto, sitúan ahora los estudiosos la primera representación de las *Suplicantes* de Esquilo, que, según un papiro publicado en 1952, ganó el primer premio. El argumento de la tragedia, en breve resumen, narra la huida de Egipto de las hijas de Dánae a fin de evitar un casamiento sacrílego con sus primos, que las persiguen hasta Argos. Allí las recibe el rey, Pelasgo, a quien suplican protección y asilo. El rey vacila frente al riesgo de que esa decisión de lugar a una guerra con Egipto y, ante el apremio de las suplicantes y de su padre, anuncia que lo pondrá a resolución del pueblo. Terminada la asamblea a la que ha concurrido también Dánae, éste regresa para anunciar la decisión a sus hijas, quienes preguntan: «Dinos cómo ha sido proclamada la decisión final, ¿Hacia adónde se inclinó la mayoritaria mano gobernante del pueblo?» (*dēmou kratōusa kheír hópēi plēthýnetai*, ESQ., *Suppl.*, V., 603-4). Como se ha señalado con acierto, «la mano gobernante del pueblo» es una perifrasis de *dēmokratía*, ya que la votación en la Asamblea se hacía «a mano alzada», de modo que ESQUILO tendría en mente el nuevo término que, por su composición, era imposible de incluir siguiendo el metro del verso<sup>3</sup>.

El segundo testimonio indirecto también remite a la década del 470-60, y está provisto por la atribución del nombre *Dēmokratês* a un ciudadano griego perteneciente a una de las familias más poderosas en Atenas, nacido aproximadamente en esa fecha, según el testimonio de un monumento funerario excavado en el año 1974<sup>4</sup>. De este modo, existen evidencias de que la división en tres regímenes según el número de los que poseen el poder, uno, pocos y la multitud, se ha convertido en un lugar común (PÍNDARO) hacia la misma época en que aparecen indicios de su posterior denominación. Cada uno

<sup>1</sup> Cfr. MOSSÉ, 1969: 11-25.

<sup>2</sup> Cfr. RHODES, 1985: 76-79.

<sup>3</sup> Cfr. EHRENBERG, 1950: 520-524.

<sup>4</sup> Democrates es el padre de Lysis —el personaje que da el título al diálogo homónimo de PLATÓN (*Lys.* 204e-205c)—, perteneciente a una rica familia ateniense, que poseía una cabaña de caballos y participaba en los juegos píticos, ístmicos y nemeos. Según DAVIES (1971: 359-360), se trata del mismo *Dēmokratês* que aparece nombrado por PLUTARCO como el amante de Alcibiades en los años 430 y siguientes, lo que haría de él el primer portador conocido de ese nombre, nacido entre el 470 y el 460 a. C. Tanto la existencia de Lysis como la de su padre, Democrates, y las fechas aproximadas de sus vidas han sido posteriormente ratificadas por el descubrimiento del monumento funerario de Lysis en 1974 (STROUD, 1984: 355-60), en donde se lo identifica con los mismos nombres con los que lo presentó PLATÓN: Lysis, hijo de Democrates, del demo de Aixoneus.

de los regímenes recibe, en efecto, un nombre contrastante con los otros dos, siguiendo una secuencia: *mon-archía*, *olig-archía*, *dêmo-kratía*. Sobre este último término, que inicia los compuestos con el sufijo *-kratía*, se habría creado posteriormente el vocablo *aristo-kratía*, que es atestiguado por primera vez por TUCÍDIDES en un contexto que revela un origen preferentemente teórico y eufemístico del término (*Hist.* III, 82)<sup>5</sup>.

Hay pocas dudas de que el uso del término *dêmokratía* designaba y, simultáneamente, revelaba la existencia de una nueva realidad hasta entonces desconocida: la conexión entre el poder y sus participantes. Para quienes lo utilizaron al principio, el término tenía un claro tono peyorativo, lo que sugiere que era utilizado como un arma de combate por los miembros de la oligarquía que se enfrentaban al poder de las clases más bajas. Así lo demuestra el que seguramente es el texto más antiguo en el que el término es usado. Se trata de un texto apócrifo que fue transmitido junto con los escritos de JENOFONTE, actualmente identificado como Pseudo-Jenofonte o también como el Viejo Oligarca, que nos provee de un claro testimonio de la reacción antidemocrática provocada por la política de Efialtes, Pericles y sus sucesores. Este pequeño panfleto sobre el régimen político ateniense constituye un testimonio inapreciable de su funcionamiento hacia la segunda mitad del siglo V. Su autor es un abierto opositor al dominio del pueblo, al que considera inepto y corrupto pero, al mismo tiempo, inteligente y audaz en sus decisiones orientadas a mantener su hegemonía y a asegurar su predominio en el estado. No se trata sólo del primer testimonio del uso del término *dêmokratía* entendida como una forma estable de gobierno, con instituciones afianzadas y procedimientos acordes con éstas, sino también de la contraposición de aquélla con el otro régimen que, a lo ancho de toda la Hélade, era su alternativa, la *oligarchía* como el gobierno de los más ricos, más educados y más respetuosos de la ley (II, 17-20)<sup>6</sup>. La discusión acerca del dato más probable de su composición ha sido interminable y se ha movido entre dos fechas extremas de la segunda mitad del siglo V: el año 443, que ha ganado el apoyo de la mayoría de los comentaristas, como fecha más temprana, y el año 414 como fecha más tardía, que aún sostiene una minoría<sup>7</sup>. Desde el punto de vista de un análisis puramente político del texto, es claro que el autor pretendía participar en un debate en pleno desarrollo no solamente sobre la naturaleza de la democracia más extrema como nuevo fenómeno político, sino también sobre sus fortalezas y debilidades, así como su actual y futura estabilidad. Este aspecto del escrito sugiere una fecha más temprana, cuando las reformas introducidas por Efialtes (462 a. C.) y proseguidas por Pericles continuaban debatiéndose vivamente entre sus partidarios y detractores. (ARIST., *Ath. Pol.*, 25-27, *vid.* más adelante).

El testimonio de Pseudo-Jenofonte y el uso más bien neutro de ambos términos, *democracia* y *oligarquía*, hecho por TUCÍDIDES, indican que éstos fueron utilizados con

<sup>5</sup> Cfr. MEIER, 1970: 45-48, y 1972, 821, no encuentra diferencias entre los compuestos con *-archía* y los terminados con el sufijo *-kratía*. Contrariamente SEALEY, 1974: 273-90, sostiene que, en el caso de *dêmokratía*, la conexión con *krátos* acentuaba el carácter peyorativo del término.

<sup>6</sup> Cfr. MEIER, 1972: 825-26; SEALEY, 1974: 253-63; RAAFLAUB, 1983: 520-23; CARTLEDGE, 2009: 63-64; 140-142.

<sup>7</sup> BOWERSOCK, 1967: 33-38, antepone a la más reciente edición del texto un largo estudio sobre la datación del mismo, y concluye que el año de la composición debe ser anterior a la guerra del Peloponeso, proponiendo el 443 como más probable. MATTINGLY, 1997: 352-57, contrariamente sigue sosteniendo el año 414 como la fecha más plausible.

una carga negativa, no por sus propios adherentes, sino por sus respectivos adversarios. Como despiadadamente lo desvela el gran historiador, los líderes utilizan palabras benevolentes cuando proclaman sus propósitos: «una igualdad política (*isonomía politikê*) los líderes del pueblo y una aristocracia de los sabios (*aristokratía sôphronos*) los de la minoría», para luego perseguir sin escrúpulos sus propios intereses. Al atribuir categóricamente esta conducta a todos los políticos en su conjunto, él sustituye, irónicamente, los términos más crudos, «democracia» y «oligarquía», por los correspondientes eufemismos (TUC., *Hist.*, III, 82, 8). La acepción negativa de ambos vocablos se mantuvo hasta el siglo IV a. C. de modo parejo, pero comenzó a variar favorablemente en el caso de la democracia durante el siglo IV hasta convertirse en la ideología política dominante<sup>8</sup>. ¿En qué momento y por cuáles razones el significado de *dêmokratía* dejó de ser negativo y adquirió una serie de notas positivas, como «igualdad ante la ley» (*isonomía*), independencia y libertad para hablar y participar (*eleuthería, isêgoría*)? Las respuestas son conjeturales, pero sin duda se debieron a los cambios en la constitución política y en la composición social de la ciudad-estado que más adelante analizaremos. Por de pronto, existen claros testimonios que nos presentan, por primera vez, el tipo de poder de la *dêmokratía* de un modo favorable. En *Hist.* III, 80-81, HERÓDOTO narra que luego de la muerte de Cambises los persas deliberaron sobre la forma de gobierno que deberían adoptar para el futuro. En esas circunstancias, OTANES, partidario de la democracia, afirma que «cuando gobierna (*árchei*) la mayoría, recibe el más hermoso nombre de todos: *isonomía* [...]; las magistraturas se obtienen por sorteo, se rinde cuentas de los actos en el poder y todas las deliberaciones se hacen en común. [...] [En democracia] reside en el número el interés de todos».

El término utilizado por HERÓDOTO para designar el régimen democrático, *isonomía*, puede tener dos significados distintos según la raíz de la que derive el sufijo *-nomía*, del verbo *némein* («distribuir») o del sustantivo *nómos* («ley»). Si se toma como un compuesto de la primera, su sentido sería próximo a una «igualdad de partes», que implicaría una reivindicación de la distribución de las propiedades, en especial de la tierra, como implícita en el programa democrático. Si se considera, en cambio, como lo sugieren otros compuestos con el mismo sufijo —*anomía, eunomía*— que es un derivado de *nómos*, su sentido sería específicamente normativo e indicaría «igualdad de derechos» de todos los participantes de la misma comunidad política. Tal fue el reclamo central de los reformadores democráticos, desde CLÍSTENES en adelante, y éste es el sentido que destaca OTANES<sup>9</sup>.

Central en la exposición de HERÓDOTO es la oposición entre *monarchía, oligarchía* e *isonomía* (o, como también la llama, *isêgoría*) como los tres regímenes por antonomasia, que refleja el debate desarrollado durante todo el siglo V entre las tres formas canónicas de gobierno. Parte central de este debate era, sin duda, la enumeración de las ventajas y desventajas de cada régimen. Tal es lo que a continuación hacen los otros dos participantes del debate, uno partidario de la oligarquía y otro de la monarquía, al enumerar uno tras otro los defectos de los regímenes distintos al propugnado por ellos. Pero las notas mediante las que HERÓDOTO describe la democracia, tienen un énfasis especial. En efecto, el término mismo, *isonomía*, remite, como vimos, a una noción central en

<sup>8</sup> Cfr. SEALEY, 1974: 290-95; HANSEN, 1999: 69-74.

<sup>9</sup> Sobre los significados posibles del término, cfr. VLASTOS, 1947: 347-352, y HANSEN, 1999: 81-85.

el pensamiento griego: *nómos*, la *ley*. Como lo señalé antes a propósito de HERÁCLITO, la conexión entre el *nómos*, la *pólis* y el *dêmos* se convierte en una relación conceptual, permanente y constitutiva. El *nómos* es el *lógos xynós* que mantiene unido no solamente la ciudad humana, sino el cosmos. Se trata, pues, de una unidad divina, que es la que confiere permanencia y continuidad a las leyes humanas (fr. 114, DIELS-KRANZ)<sup>10</sup>. A este concepto central se le añade ahora un segundo elemento, que también tuvo su correlato en el pensamiento físico y cosmológico: la idea de *isótês*, de equilibrio entre las fuerzas contrapuestas, que aparece como una manifestación de la oculta *isonomía* (cfr. Alcmeón, fr. 4, DIELS-KRANZ)<sup>11</sup>. De este modo el concepto de *isonomía* se extiende del mundo humano al mundo físico, al que impone su propia impronta: la unidad abstracta entre los derechos de cada uno de los miembros entendida como una relación de equilibrio en y por la cual cada uno conserva su propia naturaleza y en este sentido es *justa*, el ámbito de la *Dike* (cfr. Anaximandro, fr. 1, DIELS-KRANZ)<sup>12</sup>. Junto a *isonomía* y *dêмократía* (VI, 43, 131) HERÓDOTO utiliza, por último, un tercer término como sinónimo del «gobierno del *dêmos*», *isêgoría*, a la que alaba como un «bien precioso» que ha transformado a los atenienses, convirtiéndolos en un pueblo vencedor y soberano (V, 78). En realidad, la palabra denomina un único derecho, el de hablar abiertamente en el ágora, como el derecho que funda la igualdad de los ciudadanos. En efecto, como luego lo expondrá detalladamente ARISTÓTELES, la igual participación en la Asamblea de los ciudadanos es el aspecto distintivo de toda forma de democracia<sup>13</sup>.

Justamente esta oportunidad de participación de «la muchedumbre» en el gobierno aparece como una garantía y al mismo tiempo como una demostración indiscutible de la *eleuthería*, es decir, de la independencia y soberanía de aquellos más desprovistos de recursos materiales e intelectuales dentro de la ciudad-estado. Será éste un rasgo especialmente destacado en la Oración Fúnebre que TUCÍDIDES pone en boca de Pericles, como veremos luego. Ya EURÍPIDES, en una tragedia estrenada en el último cuarto del siglo V a. C., *Supplices*, vv. 403 ss., hace que uno de los caracteres centrales, Teseo, líder de Atenas, responda así a un mensajero: «Errado vas desde el principio de tu discurso, extranjero, si buscas aquí un tirano. La ciudad no es gobernada (*árchetai*) por un solo hombre, sino que es libre. El pueblo (*dêmos*) gobierna por medio de sus magistrados anuales y no da el mando a los ricos; al contrario, el pobre tiene un derecho igual (*íson*)». Tras la respuesta del mensajero, que expresa un crudo elogio de la tiranía, Teseo ofrece el primer gran encomio de la democracia como régimen político de un gran escritor ateniense (vv. 429-446). Este elogio de la democracia y el elogio de Atenas como la ciudad-estado que no solamente se ha convertido en la defensora y propagadora de tal gobierno, sino que, precisamente por ello, impulsa una *visión moral de la vida humana* que, siendo patrimonio común de toda la Hélade, es despreciada por los regímenes tiránicos, constituyen el tema central de esta pieza de EURÍPIDES que sorprende por su dominante tono político<sup>14</sup>.

Este aspecto bifronte de la democracia ateniense, mitad secular y mitad sagrada, nos vuelve a salir al paso en el más acabado elogio del régimen puesto por TUCÍDIDES

<sup>10</sup> Vid. KIRK, 1954: 48-55, y MONDOLFO, 1965: 136-140.

<sup>11</sup> Cfr. VLASTOS, 1947: 164-166; 1953: 361-365; 1964: 166-174.

<sup>12</sup> Cfr. GUARIGLIA, 1966: 140-50.

<sup>13</sup> Vid. BUSOLT, 1963: I, 304-5 con nota 4; RAAFLAUB, 1983: 518; OBER, 2008: 72-82.

<sup>14</sup> Cfr. LESKY, 1963: 414-416; ZUNTZ, 1968: 305-325.

en la boca de Pericles: «En las cosas públicas nos regimos por el temor de la ley, respetando a los magistrados que desempeñan en cada caso el gobierno y, por sobre todo, las leyes, en especial aquellas que ofrecen protección a las víctimas de la injusticia y a aquellas otras, que siendo *no escritas*, traen aparejada una vergüenza indiscutida cuando son lesionadas» (II, 37, 1-3).

A partir de este texto, la conexión conceptual entre «democracia», «igualdad de derechos» y «gobierno de la ley» aparece ya completamente consolidada en el pensamiento político griego. La *isonomía*, entendida como el derecho igual de todos a participar del poder, con las mismas prerrogativas y responsabilidades, pasa a expresar de modo permanente el *contenido* normativo de la democracia a tal punto que puede ser utilizado como su sinónimo<sup>15</sup>.

Tanto en el texto de EURÍPIDES como en el de Tucídides encontramos además una estrecha conexión que liga a la democracia con una cierta noción de la validez de *leyes no escritas*, que, sin embargo, deben ser respetadas. La nueva visión desacralizada, introducida por la Sofística, incorpora la antigua ley divina como una convicción moral que sostiene unida a la *pólis*. En otros términos, la democracia, en tanto heredera del viejo orden de los dioses, conserva un carácter ambiguo, a mitad de camino entre el orden sagrado y el profano. Diversos historiadores han subrayado esta compenetración del aspecto estatal y del religioso en la antigua ciudad-estado griega, la cual estaba unida en tanto *comunidad* al culto divino. En efecto, no había una autonomía de lo religioso con relación a lo político y esto estaba demostrado por la importancia del juramento que precedía cada acto institucional de la ciudad. Se trataba, como lo expresa el orador Licurgo (IV a. C.), del cemento mismo que mantenía unida a la ciudadanía por medio de la garantía divina: «Pues debéis saber esto, atenienses: es el *juramento* lo que mantiene unida la democracia. La república, en efecto, está compuesta de tres partes: el magistrado, el juez y el particular. Cada uno de ellos debe prestar juramento como garantía, y con razón»<sup>16</sup>.

A través de esta serie de textos que van desde la mitad del siglo V hasta la mitad del IV a. C. podemos seguir con precisión los matices de la coloración del término «democracia», que conservando siempre su fuerte contenido normativo, centrado en la noción de «igualdad ante la ley» y de «iguales derechos para todos los ciudadanos», va desplazando el aura religiosa que la rodea al comienzo por un compromiso intelectual y moral de tipo personal, que liga a cada ciudadano con un sistema de solidaridades institucionales. Como veremos más abajo, cada uno de estos motivos están conceptualmente sistematizados en el primer tratado filosófico-político de la historia del pensamiento occidental, la *Política* de ARISTÓTELES.

## 2. LAS INSTITUCIONES DE LA DEMOCRACIA ATENIENSE

Se ha afirmado acertadamente que «la historia de las ideas nunca es sólo la historia de las ideas; es también la historia de las instituciones, de la sociedad misma»<sup>17</sup>. Una

<sup>15</sup> VLASTOS, 1964: 177-183.

<sup>16</sup> EHRENBERG, 1965: 90-92; HANSEN, 1999: 227; CARTLEDGE, 2009: 77-95.

<sup>17</sup> FINLEY, 1985: 11.

vez que hemos expuesto la evolución del significado del término, es necesario seguir más de cerca los pasos del desarrollo institucional hasta alcanzar la relativa estabilidad que tuvo la democracia en Atenas hacia fines del siglo V y durante casi todo el siglo IV a. C. ARISTÓTELES fue el primero que recogió bajo un mismo rubro la historia institucional de un estado y el examen sistemático del mejor régimen político. De un modo programático expone esta concepción metódica al final de la *Ética Nicomáquea*, cuando dice que, luego de estudiar lo expuesto por sus predecesores, «partiendo de *las constituciones que hemos coleccionado*, es necesario considerar qué cosas salvan o destruyen a las ciudades y cuáles a cada uno de los regímenes» (EN, X, 10, 1181b 15-19). Las biografías antiguas recogen dentro de las listas de las obras de Aristóteles una colección de 158 constituciones «ordenadas según el género: democráticas, oligárquicas, tiránicas (monárquicas), aristocráticas» (Diog. Laer. V, 27). Los numerosos fragmentos de esta colección obtenidos mediante las citas de otros autores fueron recopilados y ordenados de acuerdo con las ciudades, de los cuales los más numerosos eran los dedicados a Atenas y a Esparta<sup>18</sup>. En 1891 el British Museum publicó la primera edición del texto de tres papiros, adquiridos por el museo unos años antes, que contenía una gran parte de la *Constitución de los atenienses*, atribuida a ARISTÓTELES<sup>19</sup>. A partir de entonces poseemos la exposición, dividida en dos partes, de la constitución de Atenas: la primera, que va desde el inicio, cuyo primer capítulo está perdido, hasta el c. 41, narra la historia de los sucesivos cambios de la constitución desde el principio hasta el siglo IV; la segunda, que comprende los capítulos 42-69, expone sistemáticamente las magistraturas y poderes de la democracia de Atenas y la organización de éstos en el siglo IV a. C.<sup>20</sup>. Independientemente de si el texto de la *Constitución* provino de la mano del propio ARISTÓTELES o se redactó bajo su supervisión —un interrogante que también se presenta con las tres versiones de su *Ética*—<sup>21</sup>, no cabe duda de que la concepción de un desarrollo de los cambios de un régimen en sus sucesivas etapas hasta lograr una cierta estabilidad de su funcionamiento dentro de un marco normativo que se puede sintetizar en un conjunto consistente de leyes, es puramente aristotélica<sup>22</sup>.

En la recopilación final de los cambios de la constitución que se hace en el capítulo 41 se enumeran once transformaciones, desde el origen de Atenas, bajo la hegemonía de dos personajes semimíticos, Ion y Teseo, hasta la vigente en la época en que se está escribiendo el texto, aproximadamente en 327-26 a. C.<sup>23</sup>. De éstas las más importantes son, sin duda, la tercera, bajo la égida de Solón, «que se convirtió en el punto de partida y *el principio de la democracia*», la quinta, conducida por Clístenes, «que fue *más democrática que la de Solón*», y la séptima, «que Aristides puso en marcha y *Efialtes* completó, disolviendo el Consejo del Areópago; en ésta se dio frecuentemente ocasión para que los demagogos hicieran cometer errores a la ciudad a causa del poder sobre el mar» (*Ath. Pol.*, 41, 2). Antes de presentar una síntesis de los rasgos

<sup>18</sup> Vid. ahora ARIST., *Frag.*, 580a, 20 y ss. (GIGON).

<sup>19</sup> La historia del origen del pequeño tratado, de sus posteriores ediciones y del debate en torno a su autenticidad puede consultarse en DAY-CHAMBERS, 1967: 1-3, y RHODES, 1985: 1-5.

<sup>20</sup> La autoría de *Ath. Pol.*, es tema de un debate que sigue aún hoy sin resolver. Para conocer los argumentos a favor de ARISTÓTELES y, por el contrario, a favor de un anónimo discípulo, remito a DAY-CHAMBERS, 1967: 1-4, y a RHODES, 1985: 58-63, respectivamente.

<sup>21</sup> Al respecto remito a GUARIGLIA, 1997b: 28-31.

<sup>22</sup> Pace DAY-CHAMBERS, 1967, 38-65; y CHAMBERS, 1990: 75-82.

<sup>23</sup> Vid. DAY-CHAMBERS, 1967: 195-199, para la fecha más probable de composición.

más destacados de la democracia ateniense, expondremos brevemente los datos más relevantes que nos han llegado de cada una de las tres transformaciones principales, arriba señaladas.

La figura de Solón fue exaltada en el siglo IV como el creador de una democracia moderada, que sirvió de modelo y de consigna para la que regía en ese momento<sup>24</sup>. Como consecuencia de ello, se le atribuyeron al legislador leyes y normas constitucionales que fueron introducidas en época posterior, especialmente luego de la restauración de la democracia ateniense en 403. De allí proviene la compleja tarea que exige poder desentrañar cuáles fueron realmente las medidas tomadas por el propio Solón y cuáles las que, creadas posteriormente, fueron puestas bajo su autoría<sup>25</sup>. ARISTÓTELES atribuye a Solón las reformas que sentaron las bases de la evolución posterior de la democracia ateniense hasta su fase más extrema hacia el fin del siglo V. El resumen que ofrece en el capítulo 9 enumera aquellas que a su juicio fueron las más importantes: «las tres normas más democráticas de la constitución de Solón parecen ser las siguientes: la primera y más importante es la prohibición de hacer préstamos dando como garantía el propio cuerpo [esto es, bajo pena de reducción a la esclavitud si no se devolvía el monto principal con los intereses]; luego, la admisión de presentar cargos contra quienes hayan cometido injusticias para todo aquel que desee hacerlo, y la tercera, que se considera aquella que más fortaleció al pueblo, es la apelación [de los fallos de los magistrados y probablemente del Areópago] al tribunal popular, ya que, cuando el pueblo es dueño del guijarro [con el que se vota] se convierte en el dueño de la constitución» (*Ath. Pol.*, 9, 1). A esta lista agrega, en el capítulo siguiente, una aclaración importante: «se admite que éstas fueron las medidas democráticas que Solón promovió mediante sus leyes. Sin embargo, antes de haber aprobado esta legislación [*nomothésia*], había llevado a cabo la cancelación de las deudas [*seisachtheía*] y después la ampliación de las medidas, de los pesos y del dinero [posiblemente, una forma de devaluación]» (*Ath. Pol.*, 10, 1)<sup>26</sup>. Por último, tanto en la *Política* como en la *Constitución de los atenienses*, Solón es presentado como el creador de una forma de constitución *mixta*, compuesta por un poder oligárquico, el Consejo del Areópago, por la *elección* de los magistrados, que al no ser por simple sorteo es considerada *aristocrática*, y por una justicia popular elegida por un sorteo abierto a todas las clases, mediante la cual el pueblo retiene su poder soberano. A esta división de poderes se agrega la estratificación timocrática de las clases de acuerdo a sus ingresos, establecidos en la cantidad de medidas sólidas y líquidas que obtenían anualmente de sus haciendas. La clase más alta era la que no ganaba menos de quinientas medidas (*pentakosiomédimnoi*), los caballeros (*hippeis*), trescientas medidas, los labradores (*zeugítai*), doscientas medidas, y los jornaleros (*thêtes*), por debajo de éstas. Los miembros de las tres primeras clases podían ser elegidos para las magistraturas: los nueve arcontes, los administradores, tesoreros, representantes del es-

<sup>24</sup> Cfr. HANSEN, 1999: 298-304.

<sup>25</sup> Vid. el análisis de DAY-CHAMBERS, 1967: 71-75.

<sup>26</sup> Todos estos datos están sujetos a un constante examen crítico, que se mueve entre un completo escepticismo con respecto a la verosimilitud de las fuentes utilizadas por ARISTÓTELES y una moderada confianza en la solidez de las mismas. Doy a continuación una bibliografía abreviada de la discusión desde principios del siglo pasado: DE SANCTIS, 1912: 193-259; HAMMOND, 1940: 71-83; VLASTOS, 1946: 65-83; HAMMOND, 1961: 76-98; DAY-CHAMBERS, 1967: 66-100; MANVILLE, 1980: 213-221; RHODES, 1985: 136-179; CHAMBERS, 1990: 159-193; HARRIS, 2002: 415-430, y WALLACE, 2007: 49-82 (el importante libro de A. J. DOMÍNGUEZ MONEDERO, *Solón de Atenas*, Barcelona, Crítica, 2001, no me fue accesible).

tado en las ventas, etc.; los *thêtes*, en cambio, podían participar solamente en la Asamblea y en los jurados populares (ARIST., *Pol.*, II, 21, 1273b, 38-21; *Ath. Pol.*, 7, 1-3).

La situación de Atenas hacia el fin del siglo VI se acercaba a la de una guerra civil, en la que un reducido grupo de antiguas familias aristocráticas, los *eupátridas*, poseían la totalidad del campo llano y fértil en torno a la ciudad, contra la muchedumbre de pequeños campesinos, dueños de sus propios fundos de tierra rocosa en la parte montañosa del Ática. Bastaba una mala cosecha para forzar a éstos a endeudarse, contrayendo hipotecas que imponían la sexta de parte del producto (*hektêmórioi*) como rédito anual (un 16,66 por 100), y a quienes no poseían tierras como garantía, a dar el propio cuerpo como seguro del préstamo, que a muchos de ellos les valió ser apropiados como esclavos. Las reformas de Solón, al liberarlos de las deudas y al prohibir la esclavitud de atenienses, creó una nueva comunidad de ciudadanos, que se completó con la eliminación de los privilegios políticos de la vieja oligarquía gentilicia y el alumbramiento de una nueva timocracia, basada exclusivamente en la riqueza. Sin duda, tanto la revuelta contra la oligarquía tradicional como la puesta en práctica de las nuevas normas e instituciones no solamente presuponen sino que hacen necesaria la existencia de una nueva fuerza dispuesta a apoyarlas, eventualmente con las armas. A esta nueva fuerza está unida la aparición de los labradores como clase política y de su contraparte militar, la falange de los *hoplitas*, que ellos conformaban. El ciudadano modelo es a partir de entonces un campesino medio que vive sobre la base de un fundo, (*kléros*), el cual, por pequeño que fuese, era suficiente para proveerlo de su subsistencia. La posesión de éste era la condición indispensable para formar parte del grupo social privilegiado de ciudadanos-guerreros que podían suplir su propio armamento y combatir como infantes pesadamente armados en formación cerrada, lo que exigía mantener una coordinación táctica de todas las filas y, por ende, un largo entrenamiento. (ARIST., *Pol.*, IV, 13, 1297b, 1-28)<sup>27</sup>. Apoyándose sobre esta nueva clase, a la que Solón «veía osada y en efervescencia por la eliminación de las deudas» (PLUT., *Solon*, 19, 1), él creó un nuevo Consejo para oponer al del Areópago, que, a diferencia de este último, se reclutaba directamente de las cuatro tribus, que aportaban, cada una, cien miembros escogidos (ARIST., *Ath. Pol.*, 8, 4). Su función consistía en emitir dictámenes que habilitaban los temas para que los tratase posteriormente la Asamblea<sup>28</sup>. No es sorprendente que, como sostiene también ARISTÓTELES, esta democracia de labradores hoplitas, es decir, de la clase media, fuera asumida más tarde como un modelo a seguir por los adversarios de los regímenes populares más extremos hacia el fin del siglo V y durante el siglo IV.

Totalmente eclipsado por Solón hasta caer casi en el olvido a partir de la restauración democrática del 403 en adelante, Clístenes había sido considerado en todo el

<sup>27</sup> Para la importancia de los hoplitas en las revoluciones del siglo VI, *vid.* DETIENNE, 1968: 119-42; VIDAL-NAQUET, 1968: 161-81; MOSSÉ, 1968: 220-29; AUSTIN-VIDAL-NAQUET, 1972: 65-77; CARTLEDGE, 1977: 18-24 y SALMON, 1977: 93-101. Para una evaluación global de las reformas de Solón y de sus consecuencias para la formación de la democracia, *vid.* ahora WALLACE, 2007: 60-82.

<sup>28</sup> La creación de este Consejo de los cuatrocientos ha sido rechazada por varios historiadores (DE SANCTIS, 1912: 251; DAY-CAMBERS, 1967: 200-201, etc.). Sus argumentos, sin embargo, están basados sobre improbables sospechas contra la afirmación bien documentada de su existencia por parte de ARISTÓTELES y de PLUTARCO, *Solon*, 19, 1. La inexistencia de este Consejo, por lo demás, haría incomprensible la resistencia del Consejo, que no puede ser el Areópago, y del pueblo a Isagoras y Cleomenes que antecede a las reformas de Clístenes (ARIST., *Ath. Pol.*, 20, 3). Para una discusión del asunto, *vid.* RHODES, 1985: 153-54 y 543-44.

siglo V el verdadero fundador de la democracia ateniense y el autor de las radicales reformas que establecieron sus sólidas bases<sup>29</sup>. Él era miembro de una familia de eupátridas, los Alcmeónidas, que habían sido alcanzados por una acusación de perjurio contra uno de sus antepasados, y que a raíz de eso tuvieron que afrontar posteriormente condenas y exilios<sup>30</sup>. Nos quedan dos relatos paralelos de la historia de los sucesos de los años 508/7 que desencadenaron las reformas introducidas a la constitución vigente de Solón a los Pisistrátidas, el de HERÓDOTO (V, 66-73) y el de la *Constitución de los atenienses* (20-21), que depende en larga medida del primero<sup>31</sup>. A continuación doy la que parece ser la secuencia más probable de los hechos, reconstruida a partir de ambos relatos: 1) luego de que el último Pisistrátida se hubiera retirado, se enfrentaron dos facciones rivales entre los clanes oligárquicos, uno, afín a los derrotados tiranos, dirigido por Iságoras y el otro que era conducido por Clístenes con el apoyo de sus numerosos familiares. En la elección de arconte Iságoras derrotó a Clístenes, porque volcó en su favor a la mayoría de las confraternidades (*betairíai*) de las grandes familias que dominaban las instituciones. 2) Como consecuencia, Clístenes buscó el apoyo del *pueblo* con la promesa de reformar la constitución a favor de éste. Hay coincidencia entre los historiadores sobre el método utilizado por Clístenes para promover estas reformas, que no le habían sido encargada en calidad de legislador, como había ocurrido con Solón. Se trataron de propuestas hechas directamente ante la Asamblea y aprobadas por mayoría, es decir, bajo la forma de *decretos*. 3) Iságoras, alarmado ante el avance de Clístenes, llamó en su ayuda al rey de Esparta, Cleomenes, al que estaba ligado por lazos de hospitalidad, quien ingresó a Atenas con un pequeño contingente de soldados y exigió expulsar a los Alcmeónidas por ser una familia condenada por perjurio. 4) Clístenes se retiró secretamente y Cleomenes, luego de expulsar a 700 familiares de aquél, intentó disolver el Consejo e instaurar otro formado por trescientos partidarios de Iságoras. El Consejo resistió el embate y el *pueblo* se levantó en masa contra Iságoras y Cleomenes, quienes huyeron con su tropa a la Acrópolis. Allí los sitiaron durante dos días, hasta que al tercero Cleomenes y los suyos solicitaron una tregua y se les permitió retirarse del Ática. 5) El *pueblo* envió emisarios a Clístenes, quien regresó junto a los otros exiliados: «habiendo tomado el control de los asuntos el *pueblo*, Clístenes fue su conductor y la principal cabeza de los populares» (*Ath. Pol.*, 20, 4)<sup>32</sup>.

Antes de pasar al examen de las reformas que Clístenes puso en práctica es necesario despejar una ambigüedad en la narración de los acontecimientos cuya interpretación incide directamente en la comprensión del carácter de la democracia clísteniana. El término «pueblo» (*dêmos*) que he traducido literalmente más arriba, dejándolo en bastardilla, puede referirse en este contexto a una de las dos clases inferiores de acuerdo a la jerarquía instaurada por Solón y mantenida desde entonces, los *zeugítai*, esto es, los campesinos medios, o los *thêtes*, es decir, los simples jornaleros, artesanos, etc.

<sup>29</sup> Cfr. WILAMOWITZ-MOELLENDORF, 1893: II, 144-45.

<sup>30</sup> Vid. la historia de la familia en DAVIES, 1971: 370-75.

<sup>31</sup> El análisis de los dos relatos y sus conexiones fue expuesto detalladamente por WADE-GERY, 1933: 17-29, que sigue siendo la base de los trabajos posteriores. Vid. ahora, DAY-CHAMBERS, 1967: 101-120; WILL, 1972: 63-76; RHODES, 1985: 240-66; HANSEN, 1999: 34-37, 296-300; CHAMBERS, 1990: 220-234; y más recientemente el contrapunto sobre las reformas de Clístenes y el origen de la democracia de RAAFLAUB, OBER Y WALLACE, 2007: 76-154.

<sup>32</sup> La cronología de los acontecimientos es la que reconstruyó SEAGER, 1963: 287-289, que siguen también RHODES, 1985: 244-45, y CHAMBERS, 1990: 221-23.

En la *Política*, al comentar cómo se debe proceder para diseñar una constitución popular con hegemonía del pueblo llano, Aristóteles restringe su referencia claramente al afirmar «es necesario establecer un límite para el aumento de los ciudadanos de la masa (*tò plêthos*, la clase inferior), que sea el punto en el que esta masa supere pero no sobrepase en mucho la suma de la clase superior y de los del medio» (VI, 4, 1319b, 12-14). En la *Constitución de los atenienses*, en cambio, el término está usado para oponer nítidamente la oligarquía pro-espartana con el *resto del pueblo*. ¿Cómo estaba constituido ese «resto»? Hay dos interpretaciones posibles: *a*) que ARISTÓTELES utilice aquí el término restringido a la clase inferior, como en la *Política* —a la que un autor llama en este caso «subhoplitas»—; o *b*) que se trate de la confluencia de los *thêtes* y los *zeugítai*, pero bajo la hegemonía y la conducción de estos últimos<sup>33</sup>. Tras esta distinción se enfrentan dos concepciones posibles del surgimiento de la democracia: como la súbita irrupción de una nueva clase o como la culminación de un proceso gradual de reformas, que se inició con Solón, se fue gestando en forma latente bajo los Pisis-trátidas, y se terminó de conformar con la revuelta que llevó a Clístenes al poder. Hay un dato que apunta a favor de esta última visión de todo este largo camino hacia la democracia durante todo el siglo VI: el rol determinante que desempeñó la milicia contra la oligarquía conducida por Iságoras y el contingente espartano de Cleomenes. No es posible imaginar que un contingente como ése, disciplinado y aguerrido, acompañado de ciudadanos atenienses de la oligarquía, que como tales poseían una experiencia de combate tradicional en hombres hambrientos de honores, entrara tan rápidamente en pánico y huyera en desorden a refugiarse en un sitio, la Acrópolis, donde era imposible resistir sin logística previa, si no hubiese tenido frente a sí a un cuerpo armado no solamente superior en número, sino también equivalente a ellos en armamento y disciplina estratégica. En otros términos, quienes cortaron el nudo gordiano fueron los hoplitas atenienses, provenientes de esa clase media, los *ex hektêmórioi* liberados por Solón de sus deudas, que entretanto habían progresado, enriqueciéndose silenciosamente bajo la tiranía de los Pisis-trátidas, e integrándose al estado como la nueva fuerza militar, decisiva para defenderlo o para expandirlo (ARIST., *Pol.*, VI, 4, 1318b, 11-20). No se excluye, por cierto, que también se armaran y se agregaran a la lucha quienes, aún sin pertenecer formalmente a las falanges hoplitas, fuesen ocasionales contingentes auxiliares, los «subhoplitas», pero la cuestión central reside en descubrir qué fuerza hubiera podido estar en condiciones de infundir un temor tan grande como para hacer huir sin enfrentarse una tropa profesional, disciplinada y armada, como la de los espartanos, por poco numerosa que ésta fuese. La hora de los *thêtes* aún no había llegado.

Las reformas introducidas por Clístenes han sido comparadas con las que hizo la Revolución Francesa por las profundas transformaciones sociales y políticas que conllevaron. Se trató, en ambos casos, de la sustitución de una organización tradicional, basada en conexiones gentilicias y religiosas, por otra puramente civil, basada en una redistribución del territorio y en la creación de nuevas agrupaciones seculares que suplantaban a las antiguas<sup>34</sup>. Clístenes sustituyó las cuatro tribus existentes por diez

<sup>33</sup> La alternativa *a*) es defendida por OBER, 2007, 86-104; la *b*) es sostenida por WALLACE, 2007: 76-82 y RAAFLAUB, 2007: 142-154.

<sup>34</sup> La bibliografía sobre las reformas de Clístenes es extensa y controvertida. Cito a continuación los trabajos más importantes para la interpretación del texto de *Ath. Pol.*, 21-22: WILAMOWITZ-MOELLENDORF, 1893: 145-168; DE SANCTIS, 1912: 333-360; WADE-GERY, 1933: 25-29; DAY-CHAMBERS, 1967: 107-120; WILL,

nuevas, formadas de la siguiente manera: cada tribu (*phylê*) estaba compuesta por tres tercios (*trittyes*), de los cuales diez pertenecían a la ciudad y sus alrededores, diez a la costa y diez al interior del Ática. Cada tribu debía tener un tercio de cada una de las regiones, asignado a esa tribu por sorteo, de modo que cada tribu estaba compuesta por tres tercios de tres regiones diferentes. Los demos fueron, a su vez, distribuidos entre los tercios y constituyeron a partir de entonces la sección oficial de inscripción del ciudadano y parte de su nombre, a fin de evitar el patronímico y sustituirlo por el demo del que provenía. Cada demo elegía un *demarco*, que presidía una asamblea del demo correspondiente, la cual constituía una célula del nuevo orden político. El Consejo de los cuatrocientos fue, a su turno, sustituido por uno nuevo, formado por quinientos ciudadanos que provenían de las diez tribus, a razón de cincuenta por cada tribu. Los nuevos ciudadanos, antiguos metecos y esclavos, fueron de este modo incorporados a los nuevos demos sin que sus patronímicos pudiesen ser causa de discriminación por su origen no ateniense (ARIST., *Ath. Pol.*, 21, 4 y *Pol.*, III, 2, 1275b, 35-37). Tal reorganización tuvo necesariamente que seguir un designio previo del reformador, que si no coincide exactamente con el que ARISTÓTELES le atribuye en la *Política*, debió de haber sido muy próximo a éste: «para que se mezclen al máximo todos entre sí y se disuelvan los vínculos anteriores» (VI, 4, 1319b, 25-27). No hay duda de que las reformas fueron el inicio del régimen que con justicia fue conocido y nombrado como *isonomía*, es decir, no solamente «igualdad de todos bajo la ley», sino también, «promoción de la igualdad mediante la ley»<sup>35</sup>.

Sobre la última reforma que la *Constitución de los atenienses* incluye en el resumen final, es decir, la séptima «que Aristides puso en marcha y Efiltes completó, disolviendo el Consejo del Areópago» (*Ath. Pol.*, 41, 2), estamos mucho menos informados. Por esa razón, tanto la figura de Efiltes como el contenido de sus reformas sigue siendo un tema de continuo debate entre los historiadores. Según el testimonio más fidedigno e importante que nos queda (ARIST., *Ath. Pol.*, 25, 1-2), Efiltes en el año 462 le quitó al Areópago unas funciones claves que venía desempeñando y las entregó al Consejo de los quinientos, a la Asamblea y a los jurados populares. De qué funciones previas se trataba, no está especificado y es el tema central del disenso entre los intérpretes<sup>36</sup>. El resultado fue, sin embargo, claro: las funciones políticas, tales como la salvaguardia de la constitución y la rendición de cuentas de los magistrados, fueron transferidos al Consejo de los quinientos y a los tribunales populares. El Areópago quedó limitado a un tribunal penal que juzgaba los homicidios de ciudadanos atenienses y a ejercer funciones religiosas, como el cuidado de los olivos sagrados. Más tarde, durante el siglo IV, a compás de la restauración de una democracia más moderada, este Consejo retomó algunas de sus antiguas funciones, sin recobrar nunca su anterior poder<sup>37</sup>.

A partir de entonces se sucedieron leyes que acentuaron el carácter popular de la democracia del siglo V, como la introducción de dietas a los miembros de los tribunales

1972: 66-76; BENGSTON, 1977: 143-145; ANDREWES, 1977: 241-248; RHODES, 1985: 248-266; CHAMBERS, 1990: 224-238, y HANSEN, 1999: 34-35 y 46-49.

<sup>35</sup> VLASTOS, 1953: 356-57.

<sup>36</sup> Vid. WILAMOWITZ-MOELLENDORF, 1893: II, 92-102 y 186-200; SEALEY, 1964: 11-22; RHODES, 1985: 311-24; más recientemente CHAMBERS, 1990: 257-260, y RHILL, 1995: 87-98.

<sup>37</sup> HANSEN, 1999: 287-290.

y más tarde de la Asamblea, etc., a fin de asegurar la asistencia a ella, pero su marco institucional estaba ya fijado. Las instituciones que la definían estaban conformadas por el conjunto de todos los hombres mayores de dieciocho años a quienes se les había reconocido el derecho de ciudadanía, derecho que a partir de una ley promovida en 451 por Pericles, quedó limitado a aquellos cuyos dos padres eran atenienses. Los ciudadanos eran no sólo los miembros de las clases más antiguas y acaudaladas, sino también aquellos otros que pertenecían al estamento de los más desposeídos: artesanos, pequeños comerciantes, campesinos, marineros, etc. (JENOF., *Memorab.*, III, 6-7)<sup>38</sup>. La *Asamblea del pueblo (ekklêsia)* era el órgano soberano de gobierno, tanto legislativo como administrativo, que se reunía al menos diez veces al año, aunque a las sesiones principales podían añadirse hasta tres más suplementarias en cada mes, según las exigencias del momento. De ella tenían derecho a participar *de modo directo* todos los ciudadanos atenienses, cuyo número en la época de Pericles puede calcularse entre 35.000 y 40.000 hombres. La participación efectiva, sin embargo, debía de ser mucho menor, ya que para determinadas decisiones de gran importancia se exigía un quórum mínimo de 6.000 ciudadanos, de lo que se puede inferir que la concurrencia habitual podía ser menor<sup>39</sup>. Las votaciones se hacían a mano alzada sobre cualquier asunto puesto a consideración por el *Consejo de los quinientos (Boulê)*, que debía sesionar con anterioridad a fin de preparar los proyectos que constituirían el orden del día de la Asamblea. Este Consejo, a su vez, estaba formado por 50 miembros sorteados de cada una de las diez tribus en que estaba dividido el *dêmos* y constituía el único cuerpo permanente de duración anual en la democracia ateniense. La Asamblea, en cambio, variaba completamente de convocatoria en convocatoria, sin que existieran aparatos políticos, tales como los partidos, o una burocracia estatal permanente<sup>40</sup>. Es claro que ningún líder político en esas circunstancias tenía garantizada la aprobación de su propuesta ni la continuidad de su política, sino que debía ganársela de sesión en sesión y exponerse permanentemente a una denuncia de llevar a cabo una acción de ilegalidad, (*graphê paranómôn*), es decir, por promover un proyecto contrario a la legislación ya existente<sup>41</sup>.

La Asamblea tenía la potestad de decidir tanto sobre leyes generales (*nómoi*) como sobre decretos, (*psêphisma*), cuyo contenido remitía a cuestiones particulares, una distinción de principio que estaba, empero, lejos de ser siempre acatada (ARIST., *Pol.*, IV, 4, 1292a, 18-39)<sup>42</sup>. En ambos casos, sus resoluciones eran soberanas y no había ninguna posibilidad de revisión constitucional por un poder judicial independiente. Los tribunales populares dependían, en efecto, de la Asamblea y sus miembros eran sorteados de entre sus componentes, de modo que cualquier acción de un líder político podía dar lugar a una denuncia ante la justicia y una subsiguiente condena irrevocable. La consecuencia directa de esta organización política era la completa ausencia

<sup>38</sup> Cfr. KLUWE, 1976: 303-305.

<sup>39</sup> Cfr. GLOTZ, 1953: 180-181; WILL, 1972: 449-450; HANSEN, 1999: 130-131 sostiene, a partir de las dimensiones del Pnyx, que éste admitía 6.000 personas sentadas, y que ese número de asistentes debía de ser el quórum normal.

<sup>40</sup> Cfr. FINLEY, 1974b: 10-13; 1985, 52-55.

<sup>41</sup> Cfr. WILL, 1972: 452-453; RHODES, 1985: 544-545; HANSEN, 1999: 205-211.

<sup>42</sup> Para el respeto por la distinción *nómos-psêphisma*, vid. GLOTZ, 1953: 192-194; EHRENBERG, 1965: 68-70, y RHODES, 1985: 329 y 512-513.

de derechos subjetivos absolutamente salvaguardados, a diferencia de como ocurre en el ordenamiento jurídico moderno<sup>43</sup>. La contienda entre adversarios asumía consecuentemente una inevitable ferocidad. Se trataba de una lucha sempiterna a todo o nada entre los líderes opuestos, que no reconocía tregua alguna hasta la total derrota y destrucción del adversario, sea mediante el ostracismo o, más drásticamente aún, la revuelta y las consecuentes condenas a prisión o muerte<sup>44</sup>. La consigna de «beneficio para mis amigos y daño para mis enemigos» no sólo era abiertamente admitida en la sociedad griega, sino que era también legalmente usada en los alegatos ante los tribunales como algo sobreentendido<sup>45</sup>. De ahí que la división «amigo-enemigo» se extendiera de la lucha política al enfrentamiento privado e involucrara a los miembros de una misma confraternidad, (*hetairía*), originalmente de carácter social pero a partir de las reformas de Clístenes decididamente volcada a la acción política<sup>46</sup>. La lucha facciosa se llevaba a cabo con un desmesurado encono que no respetaba límites entre lo público y lo privado ni se detenía en consideraciones de parcialidad tanto en el manejo de la Asamblea como de los tribunales populares con el fin de alcanzar el éxito.

Dados estos rasgos constitutivos de la democracia directa y en general de todo régimen político de la ciudad-estado antigua, no resulta una sorpresa que estuviera en todos ellos siempre latente el peligro de la revuelta (*stasis*), el cambio mediante la toma sangrienta del poder y, en los casos extremos, la guerra civil que podía ser extremadamente cruenta. ARISTÓTELES dedica el libro V de la *Política* al estudio de este fenómeno y a precisar sus causas, que, como señala en el primer capítulo, son intrínsecas a cada régimen político (1301a, 34-1301b, 12). Retornaremos a este tema después de considerar su análisis de la democracia.

### 3. LA CLASIFICACIÓN DE LAS DIVERSAS CLASES DE DEMOCRACIA EN ARISTÓTELES

En una exposición que se transformó en un modelo para la filosofía política posterior, Aristóteles presenta en primer lugar los fundamentos teóricos de los regímenes políticos para mostrar luego sus divisiones y peculiaridades: «la amistad y la justicia se dan, a lo que parece, en torno a las mismas personas y a las mismas circunstancias: en toda *comunidad* se pone de manifiesto, efectivamente, la existencia de una cierta especie de justicia y de amistad» (*EN*, VIII, 11, 1159b, 25-28). Por «comunidad» (*koinônia*) ARISTÓTELES entiende la existencia de una agrupación de individuos en la cual ninguno está sujeto al servicio de otro como si fuese su instrumento, (es decir, del modo en que el esclavo está sujeto a su amo), sino que todos los participantes de ella tienen un *interés común*<sup>47</sup>. Las diversas especies de comunidad, por ejemplo la *doméstica*, son partes de la comunidad política, que es la que abarca a todas ellas. Tomando como criterio la manera en que se distribuye ese «interés común», ARISTÓTELES divide

<sup>43</sup> WILL, 1972: 455-458; CARTLEDGE, 2009: 13 ss.; más dubitativo es HANSEN, 1999: 130-131, especialmente para el siglo IV.

<sup>44</sup> FINLEY, 1974b: 21-23; 1985: 69-72; CARTLEDGE, 2009, cap. 7 sobre el juicio de Sócrates.

<sup>45</sup> DOVER, 1974: 180-184; MITCHELL-RHODES, 1996: 24-26.

<sup>46</sup> Cfr. CALHOUN, 1913: 10-29; RAUBITSCHCK, 1959: 81-88.

<sup>47</sup> Cfr. GAUTHIER-JOLIF, 1970: II, 2, 696-697.

los regímenes en seis especies, tres rectas y tres desviadas: monarquía, aristocracia y timocracia o república (*politeía*) y sus correspondientes desviaciones, tiranía, oligarquía y democracia. Aquellos regímenes considerados rectos son los que tienen en vista el interés no de quien gobierna para su propio beneficio sino de los gobernados, por lo que el peor de todos es la tiranía cuyo único beneficiario es el propio tirano. De todos los regímenes los que menos distancia tienen entre sí son la república y la democracia, razón por la cual esta última «es la menos perversa de las constituciones desviadas» (*EN*, VIII, 12, 1160b, 1-21).

En *Política*, III, 7 y 8, ARISTÓTELES retoma esta clasificación general de los regímenes políticos, separándolos de acuerdo con dos criterios: la finalidad (como en *EN*, VIII, 12) y el número. La clasificación conserva los tres regímenes rectos, monarquía, aristocracia y república (*politeía*), y los tres desviados: tiranía, oligarquía y democracia. La división entre estas dos últimas es ahora precisada: no se trata solamente del régimen político en el que domina en la primera, una minoría, y en la otra, una mayoría, sino que la verdadera diferencia entre ambas reside en la posesión de riquezas. En efecto, mientras que los ricos, que gobiernan en beneficio propio en una oligarquía, suelen ser pocos, los pobres, en cambio, que ostentan el poder en la democracia basándose exclusivamente en la libertad, muchos (III, 8, 1280a, 1-6). Desde aquí en adelante ARISTÓTELES utilizará un significado *descriptivo* del término «democracia», aplicado al régimen político sobre la base de la condición social y económica de sus principales sustentadores. Se trata, en realidad, del uso originalmente polémico o peyorativo del término, atestiguado por el panfleto del Pseudo-Jenofonte que ya hemos señalado (*vid.* §1). ARISTÓTELES adopta este significado a través del uso platónico, especialmente en el *Político* 300e ss., pero introduce ciertos matices en torno a los principios de la democracia y separa distintas especies de ella de acuerdo a la forma de ocupar los cargos y de ejercer el gobierno de modo tal que finalmente él convierte al vocablo en un término *neutro*<sup>48</sup>.

Al comienzo de *Política*, IV, en la introducción de los tres libros en los que ARISTÓTELES expondrá las conclusiones de su larga investigación sobre los regímenes políticos empíricamente dados, presenta un primer modelo *descriptivo* o *sociológico* de democracia, que se basa en la relación causal entre las «partes» o «clases» de la ciudad y el tipo de régimen en el que cada una de ellas predomina:

«... de estas partes [pobres y ricos, campesinos, obreros y comerciantes, etc.] unas veces participan todas en el gobierno y otras un número mayor o menor; es entonces evidente que tiene que haber varios regímenes diferentes entre sí por su forma [...] En efecto, el régimen es una ordenación de las magistraturas, que todos distribuyen según el poder de los que participan de ellas o según la igualdad común a todos ellos [...] Por consiguiente, es forzoso que existan tantos regímenes como ordenaciones según las superioridades y las diferencias de las partes. Sin embargo, parecen existir principalmente dos [...] y los otros [regímenes] se consideran modificaciones de éstos: estas dos formas de gobierno son la *democracia* y la *oligarquía*. La aristocracia estaría colocada como una forma de la oligarquía y la llamada *república* (*politeía*) como una forma de democracia» (*Pol.*, IV, 3, 1290a, 4-18).

Una diferencia que fue advertida tempranamente por los comentaristas es la siguiente: ARISTÓTELES no sigue aquí el esquema de las constituciones rectas y desvia-

<sup>48</sup> MEIER, 1970: 59-67; 1972: 829-833; DOLEZAL, 1974: 106-122, MULGAN, 1991: 307-322.

das presentado en *Política*, III, 7 y ss., sino que presenta otro, limitado en este caso a las dos especies originariamente clasificadas como *desviadas*, la oligarquía y la democracia<sup>49</sup>. Más adelante al tratar la república ARISTÓTELES hace explícito este cambio de perspectiva:

«Queda por hablar sobre la llamada *república* [...] Adoptamos este orden aunque la república no sea una desviación, como no lo son tampoco las aristocracias a las que acabamos de referirnos [de acuerdo a lo indicado en III, 7], porque *en verdad* todas ellas se apartan de la constitución más perfecta [que será tratada en VII, 4 ss.] y, en consecuencia, son contadas entre las desviaciones, que son, en realidad, desviaciones de éstas [que son, a su vez, desviaciones en primer grado de la constitución ideal], como dijimos al comienzo [alusión a III, 7]» (*Pol.*, IV, 8, 1293b, 22-27, trad. Santa Cruz-Crespo, retocada).

Este nuevo esquema distingue una teoría *ideal* de la constitución política, en la cual las magistraturas están distribuidas de acuerdo con el fin último de la *polis*, a saber: la obtención de una *buen vida*, de los demás regímenes existentes. Las constituciones que aúnan la autoridad suprema con la virtud forman un grupo que está a una gran distancia de aquellas otras que no se caracterizan por haber alcanzado esta situación<sup>50</sup>. En esta teoría no-ideal, la distribución de los poderes entre los distintos elementos o partes, el número de los que entran en la distribución y la forma de seleccionarlos, por censo o simplemente por ser libres, y, por último, la forma de ejercer el gobierno, determinan distintas especies de democracia, de modo que se crea una tipología para describir y clasificar las diversas formas históricas que se dieron en Grecia y, en especial, en Atenas<sup>51</sup>.

ARISTÓTELES nos presenta esa clasificación en *Política*, IV, 4, en la que ordena cinco especies distintas de democracia: (1) una basada en la igualdad de todos los hombres libres, en la que ricos y pobres participan con los mismos derechos de los cuerpos legislativos y de las magistraturas: «la ley de tal democracia determina que los pobres no tengan más poder que los ricos ni que ninguno de ambos grupos sea el soberano, sino que los dos grupos sean semejantes» (*Pol.*, IV, 4, 1291b, 30-35). (2) Una segunda forma de democracia moderada, que establece un umbral bajo de ingresos para la plena participación política en la Asamblea y los tribunales así como los otros cargos electivos. Como vimos más arriba (§ 2), esta segunda forma de democracia sigue el modelo de la antigua república de los hoplitas, en la que la población habitaba la campaña, ocupada en las labores agrícolas, y se reunía en la ciudad a lo sumo una vez al mes, cuando concurría a la Asamblea ordinaria (*Pol.*, IV, 6, 1292b, 25-34). (3) La tercera especie de democracia está abierta a la participación de todos los hombres *libres*, es decir, que sean descendientes tanto por parte de padre como de madre de legítimos ciudadanos, y, probablemente, de un matrimonio legítimo, ya que en caso de hijos bastardos no se los incluía directamente en el cuerpo de ciudadanos, a menos que se dieran circunstancias excepcionales (*Pol.*, III, 5, 1278a, 26-34; *Ath.Pol.*, 42, 1)<sup>52</sup>. Si

<sup>49</sup> Vid. SIDGWICK, 1892: 143-144; NEWMAN, 1892: 290-293; BARKER, 1968: 157-170; MULGAN, 1991: 309-322; SCHÜTRUMPF, 1996: 9, III, 130-140.

<sup>50</sup> Cfr. NEWMAN, 1892: 293; SCHÜTRUMPF, 1996: 9, III, 131-133.

<sup>51</sup> Cfr. BARKER, 1968: 160 ss. y 188-200; DOLEZAL, 1974: 125 ss.; MIERI, 1987: 77-85; EUCKEN, 1990: 278-281; MULGAN, 1991: 307-322; LINTOTT, 1992: 114-128.

<sup>52</sup> Vid. la discusión pertinente a la regulación de los ciudadanos legítimos en los siglos V y IV a. C. en Atenas en RHODES, 1985: 496-497.

bien en este régimen la participación estaba abierta a todos los que cumplieran con las condiciones dadas, de hecho sólo podían participar aquellos que podían disponer de tiempo ocioso para dedicarlo a la política, ya que los que tenían que ganarse el sustento quedaban excluidos de los cargos públicos al no haber dietas para quienes los ocupasen (*Pol.*, IV, 6, 1292b 35-38) La condición estricta tanto de esta constitución como de la siguiente para ser tenidas por regímenes políticos bien ordenados es una y la misma: «que gobierne la ley». (4) La siguiente clase de democracia se diferencia de la anterior por el hecho de que se ha debilitado la exigencia de que los ciudadanos proviniesen de padres ciudadanos por ambas partes, de modo que el otorgamiento de la ciudadanía había sido habilitado también para extranjeros e, incluso, hasta para esclavos, como se propuso luego de la caída de los Treinta Tiranos en Atenas en 401/0 a. C. a fin de premiar a los que habían luchado en contra de ellos (*Ath. Pol.*, 40, 2). A pesar de esta laxitud en el otorgamiento de los derechos inherentes a la ciudadanía<sup>53</sup>, ARISTÓTELES enfatiza que aun este tipo de democracia se rige según las leyes generales, de modo de colocar en el último peldaño de la escala la siguiente clase. (5) La quinta y última, en todo sentido, de las especies de democracia «es aquella en la que, siendo todo lo demás igual a la anterior, el poder soberano no lo tiene la ley sino la multitud. Esto ocurre cuando la soberanía es ejercida mediante *decretos* (*psêphismata*) pero no mediante leyes» (*Pol.*, IV, 4, 1292a, 4-6). En esta democracia «última o extrema» (*teleutaía*) todos los ciudadanos, aún los que carecen de recursos, pueden participar de las asambleas y los tribunales populares merced a la introducción de una dieta o salario para facilitar su asistencia, con lo que se logra el efecto contrario: que solamente participen los más pobres y los más ricos deserten de ambos cuerpos (*Pol.*, IV, 6, 1293a, 1-10). Sobre este régimen ARISTÓTELES concentra todas sus críticas: el pueblo llano, seducido por los demagogos, sobrepasa todas las limitaciones impuestas por las leyes y decide en la Asamblea sobre todos los asuntos que son indistintamente puestos a consideración: «el pueblo que se ha degradado de este modo pasa a ser un análogo de la tiranía entre las monarquías. Por eso el carácter de ambos regímenes es el mismo, así como también la sujeción despótica que los dos ejercen sobre los mejores ciudadanos: los decretos de esta forma de democracia son similares a los edictos de una tiranía» (1292a, 17-20). Como conclusión, ARISTÓTELES excluye esta clase de regímenes populares de una «constitución» en sentido estricto, ya que para concedérsele ese carácter un régimen debe cumplir ciertas condiciones ineludibles:

«Es necesario que las leyes determinen mediante normas generales las cuestiones de estado y que los magistrados deban juzgar y resolver sobre los asuntos particulares, para que un régimen político pueda ser considerado una *constitución*. De modo que, si la democracia es una de las formas constitucionales, evidentemente una manera de gobernar los asuntos públicos de tal modo que todo se ejecute mediante decretos no constituye una *democracia* en el sentido estricto del término, pues ningún decreto puede establecer normas generales que son propias de las leyes» (1292a, 32-37).

<sup>53</sup> El grado de laxitud en la concesión graciosa de estos honores ha sido discutido por los historiadores: *vid.* RHODES, 1985: 474-477.

#### 4. LOS PRINCIPIOS NORMATIVOS DE LA DEMOCRACIA Y DE LA REPÚBLICA EN ARISTÓTELES

En el libro V de la *Ética Nicomáquea* ARISTÓTELES analiza la dificultad de fijar el significado de «justicia» en su acepción de «igualdad», ya que «lo justo supone necesariamente un mínimo de cuatro términos, pues aquellos para quienes se da el caso de que algo sea justo, son dos, y las cosas respecto a las que se da, son también dos. Y la igualdad será la misma tanto para ellos como con respecto a estas cosas» (1131a, 15 ss.). A partir de este esquema Aristóteles crea una relación de proporcionalidad entre los individuos ( $a : b$ ) y las cosas a distribuir ( $a : b$ ), de modo tal que se mantenga la misma proporcionalidad geométrica, ( $a : a = b : b$ ). Ahora bien, al tratar de establecer el criterio mediante el que juzgamos los méritos relativos de  $a$  y  $b$ , «no todos juzgan que este mérito resida en lo mismo. Para los *demócratas* radica en la libertad; para los *oligarcas* en la riqueza, para otros, en la nobleza de cuna; para los *aristócratas*, en la excelencia» (1131a, 27-29). Cuando retoma la misma cuestión en la distribución de los cargos en *Política* III, 9, ARISTÓTELES subraya aquello que provoca los enfrentamientos más radicales e ineludibles entre partidarios de la oligarquía y de la democracia: «unos, si son desiguales en algún aspecto, como por ejemplo en los bienes materiales, creen que son completamente desiguales, mientras que otros, iguales en cierto aspecto, por ejemplo, la libertad, creen serlo en todo» (1280a, 22-25, trad. Santa Cruz-Crespo).

Como vimos en el párrafo anterior, se encuentran en la *Política* varios conceptos de «democracia» yuxtapuestos, lo que ha dado lugar a una controversia que aún perdura sobre la concepción definitiva de este régimen, «él menos malo de los regímenes desviados». A fin de esclarecer esta cuestión, es importante evaluar el análisis que ARISTÓTELES brinda de los principios de todo régimen democrático en *Política*, VI, 2 y 4 y en el que expone claramente el núcleo normativo de éste.

«El fundamento del régimen democrático es la libertad, pues suele decirse que sólo en este régimen se participa de libertad [...] Una característica *de la libertad es el de ser gobernado y gobernar por turno*, y, en efecto, la justicia democrática consiste en tener todos lo mismo numéricamente y no según los merecimientos, y *siendo esto lo justo* [a saber: que el criterio mediante el cual se juzgan los méritos de cada uno es únicamente determinar si es un ciudadano libre o no lo es], forzosamente tiene que ser soberana la muchedumbre, y lo que apruebe la mayoría, eso tiene que ser el fin y lo justo. [...] Otra característica es el vivir como se quiere: pues dicen que esto es resultado de la libertad, puesto que lo propio del esclavo es vivir como no quiere. Éste es el segundo rasgo esencial de la democracia, y de aquí vino el de no ser gobernado, si es posible por nadie, y si no, por turno. *Esta característica contribuye a la libertad fundada en la igualdad*» (*Pol.*, VI, 2, 1317b, 1-17).

Encontramos en este texto nuevamente las notas más destacadas de la concepción tradicional de la democracia, la igualdad de derechos, *isonomía*, y la libertad, *eleuthería*, entendida como independencia de toda sujeción externa (esclavitud), alabadas anteriormente por HERÓDOTO, EURÍPIDES y TUCÍDIDES. Por cierto, ARISTÓTELES no pierde de vista la última especie de democracia que él ha condenado en *Política*, IV, 4, «cuando tienen la supremacía los decretos (*tá psêphísmata*) y no la ley» (1292a, 5-7). Sin embargo, reafirmando al final del capítulo los rasgos comunes a todas las democracias, indica una gradación en la forma en que cada una de ellas ejercita estos principios.

«La democracia que más parece merecer ese nombre y el pueblo que es verdaderamente democrático son los que se rigen por el concepto democrático de la justicia admitido por todos, según el cual la justicia consiste en que todos sean iguales en sentido numérico. En efecto, la igualdad consiste en que no gobiernen en mayor medida los pobres que los ricos, sino que todos sean soberanos por igual de acuerdo al número, pues de esta manera podría juzgarse que efectivamente se dan en el régimen la igualdad y la libertad» (*Pol.*, VI, 2, 1318a, 3-10).

ARISTÓTELES repite aquí la misma fórmula con la que presentó a la primera especie de democracia en *Política*, IV, 4, que debemos tomar como la definición normativa modélica del régimen, a la que las distintas especies se aproximan o de la que se distancian. A partir de esta fórmula se esclarece cómo se articulan el significado *descriptivo* y el *normativo* en el concepto aristotélico de «democracia». Como señalé más arriba, en su clasificación él adopta el concepto descriptivo y ordena al régimen designado por ese término entre las constituciones desviadas junto a la oligarquía, de modo que ambas se convierten en los dos polos antitéticos entre los cuales quedarán situados los otros dos regímenes, aristocracia y república<sup>54</sup>. Ahora bien, al desarrollar el concepto normativo que establece los criterios que debe satisfacer un régimen para ser considerado democrático, ARISTÓTELES expone simultáneamente las instituciones que son necesarias para satisfacer las exigencias centrales de igualdad, de soberanía y de justicia distributiva. Estas mismas instituciones serán, con matices, también las más apropiadas para la república (*politeía*). En efecto, la forma moderada de democracia, la democracia agraria (*Pol.*, VI, 4, 1318b, 6 ss.), parcialmente representativa, que combinaba igualdad con elección, y la forma mixta, entre oligárquica y democrática, que constituía la república, se diferencian tan sutilmente entre sí que constituyen en lo esencial uno y el mismo régimen, el de la *constitución mixta*, que se convertirá de ahora en más en un modelo de un régimen templado que combina las virtudes de uno y otro<sup>55</sup>.

A partir de todos los elementos que se han reunido hasta este punto, es posible hacer una reconstrucción consistente de la concepción aristotélica de la democracia, que será, sin embargo, tan controvertida como todas las que se han intentado anteriormente. En primer lugar es imprescindible tener en mente un aspecto de la *ciudad ideal* que la hace cualitativamente distinta de todos los otros regímenes: es aquella en la que se dan las condiciones para que los hombres que reúnen virtud y una moderada disponibilidad de los recursos necesarios para la vida puedan gobernarse mediante las mejores leyes, que no apuntan a los intereses particulares sino al interés de la comunidad en vista de una vida feliz (*Pol.*, VII, 3, 1325a, 16-1325b, 32). Por ello, se trata de una forma de aristocracia que está fuera del alcance de una ciudad normal, ya sea porque ésta es demasiado grande, como Atenas, ya sea porque no está suficientemente dotada de recursos, tanto naturales como humanos, o sea, por último, porque los ciudadanos que ofrecen las mejores posibilidades de ser aquellos de una ciudad ideal, como los campesinos que cultivan su propia tierra, precisamente porque deben atender a su trabajo para suplir a sus necesidades y las de su familia, no están disponibles para dedicarse a una vida política sino que tienen que atender sus propios intereses (*Pol.*, IV, 11, 1295a, 25-40; VI, 4, 1318b, 6-20).

<sup>54</sup> KAHN, 1990: 380-383; MULGAN, 1991: 311-312, LINTOTT, 1992: 120-121, SCHÜTRUMPF, 1996: 9, III, 331-345.

<sup>55</sup> Cfr. WEIL, 1960: 359-362; AALDERS, 1965: 207-217; DOLEZAL, 1974: 178-181.

Al concebir el mejor régimen posible dentro de los que están al alcance de una determinada ciudad, es imprescindible además tener presente que, como se ha expuesto más arriba, es imposible llegar a un acuerdo entre las distintas clases que componen la ciudad sobre cuál es el criterio para juzgar si una determinada distribución de los poderes es «justa», ya que cada una se atenderá a su propio juicio, que tratándose de aquello que más afecta a los intereses de cada uno, fácilmente se deja inclinar hacia lo más conveniente para uno mismo (*Pol.*, III, 9, 1280a, 7-25). Dado que los dos contendientes extremos, los más ricos y los más pobres, tienden a ejercer un poder despótico, los primeros por estar acostumbrados a mandar sin resistencias a esclavos y sirvientes, y los segundos, porque, cuando se adueñan de las cuerpos legislativos soberanos, como la Asamblea o los tribunales populares, se comportan del mismo modo, gobernando sin límites mediante decretos que imponen confiscaciones, juicios, condenas y exilios, es necesario crear una democracia de las *capas medias* que a su vez mezcle las instituciones, de modo que puedan moderarse los conflictos más agudos y gobernar mediante normas generales que sean las mismas para todos y, por eso mismo, previsibles (*Pol.*, IV, 11, 1295b, 1-34).

Desde el punto de vista moral los seres humanos pueden ser divididos en cuatro géneros de acuerdo a su índole: *virtuosos*, *continentes*, *incontinentes* y *depravados*, de acuerdo con una concepción de psicología moral que distingue a ARISTÓTELES de la tradición socrático-platónica, para la cual solamente había dos clases de personas: los *prudentes*, que tenían conocimiento del bien, y los *ignaros*, que carecían de ese conocimiento y, por consiguiente, erraban (*EN*, VII, 8, 1150a, 10-1150b, 29)<sup>56</sup>. En la psicología moral aristotélica, en cambio, entre los que actúan por imperio de la virtud que los hace elegir el fin que la razón práctica (*phrónêsis*) les presenta como *moralmente bueno* y al que la voluntad asiente como digno de ser deseado<sup>57</sup>, y los que persiguen el placer por cualquier medio, a pesar de ser conscientes de que ese fin es contrario a la virtud, como es propio del depravado, existe un campo intermedio en el que se ubica la gran mayoría de los seres humanos. Éstos tienen un conocimiento moral del bien adecuado y, normalmente, son *continentes* pues dominan sus impulsos contrarios y eligen actuar de acuerdo con lo que prescribe la virtud. Ocasional o habitualmente, sin embargo, pueden también dejarse vencer por el deseo y actuar *incontinentemente*. Con estos individuos como ejemplares típicos de su ciudadanía debe contar el legislador constituyente cuando diseña el régimen político adecuado para ella.

Cuando ARISTÓTELES expone las propiedades sobresalientes de la que constituye el ejemplo más claro de la mejor democracia, la del pueblo campesino-agrario, (supuestamente idealizada como la «constitución ancestral», e históricamente ligada a la república de los hoplitas), esboza un modelo de constitución en la que se mezclan, por un lado, los rasgos democráticos, —por ejemplo, el hecho de que el pueblo siga siendo soberano y participe de la Asamblea y de los tribunales populares—, y, por otro, aquellos otros rasgos claramente oligárquicos o aristocráticos —como, por ejemplo el hecho de que los cargos de poder sean electivos y que los candidatos sean escogidos mediante una elección por procedimientos basados en la clase censataria o en la formación y capaci-

<sup>56</sup> Vid. sobre esta clasificación el excelente comentario de GAUTHIER-JOLIF, 1970: II, 2, 579-583.

<sup>57</sup> Para el análisis de este modo de comprender la deliberación y elección en el acto moral según ARISTÓTELES, remito a la discusión en GUARIGLIA, 1997b: 191-217.

dad para el oficio— (*Pol.*, VI, 4, 1318*b*, 11-1319*a*, 3). El razonamiento mediante el cual ARISTÓTELES sostiene la bondad de este orden político, pone de manifiesto el juicio más maduro del filósofo sobre los asuntos humanos y al hacerlo, expresa por primera vez un principio que pasará a ser axiomático para toda constitución política futura.

*Pol.*, VI, 4, 1318*b*, 35-1319*a*, 3. «También para estos ciudadanos más distinguidos esta constitución será satisfactoria, ya que no serán gobernados por los otros, que son en todo inferiores, y ellos mismos gobernarán por su parte de una manera equitativa y justa, puesto que son los otros los que tienen el control soberano de las rendiciones de cuentas. En efecto, el hecho de estar sujeto a la supervisión de otro y de no poder hacer lo que a uno le parezca es muy conveniente. Pues la posibilidad de hacer lo que cada uno desea no permite vigilar y sojuzgar los viles impulsos que están en el interior de cada ser humano. De este modo se logra necesariamente un orden político que es el más beneficioso para las constituciones, a saber: que gobiernen aquellos que por su capacidad y mérito son los menos dispuestos a cometer errores [de los cuales deberán rendir cuentas], mientras que la muchedumbre [democrática] no es en ningún caso tratada como una clase inferior».

El pasaje tiene un evidente paralelismo con otro famoso texto de I. KANT, en el que éste resueltamente afirma que «el problema del establecimiento del estado es resoluble, por más difícil que pueda parecer su solución, incluso para un pueblo de demonios, siempre que éstos posean entendimiento» (*ZeF*, VIII, 366 Ak; VI, 224 W). En ambos casos de lo que se trata, mediante un sistema de supervisiones mutuas y coacciones cruzadas, es de obtener una conducta pública de todos los implicados que obedezca a una regla común. Cuando ésta es anulada unilateralmente por alguna de las partes involucradas, estamos en presencia de un sistema basado exclusivamente en el abuso despótico del poder, sea en el caso de una democracia, de una oligarquía o, en el peor de todos, de una tiranía. Por esta razón la diferencia específica que separa tanto a las especies de la democracia como de la oligarquía es el respeto por la ley. Sin éste, en efecto, deja de existir un régimen constitucional como tal, de un modo semejante a como en los regímenes populistas de uno y otro signo, del siglo XIX hasta el presente, el arbitrio del caudillo o conductor se coloca en todos los casos por encima de la constitución.

## 5. SEDICIÓN Y CAMBIO VIOLENTO DE RÉGIMEN

En *Ética Nicomáquea*, IX, 6 ARISTÓTELES analiza a lo largo de todo el capítulo el significado del término «consenso» (*homónoia*), señalando un rasgo específico que está analíticamente contenido en el sentido de aquél: «no decimos que los que piensan lo mismo por ejemplo sobre los fenómenos celestes [logran un consenso]». En efecto, el término «consenso» remite implícitamente a las decisiones que se relacionan con las acciones conjuntas de muchos: «se dice que una ciudad «tiene un consenso» cuando sus ciudadanos piensan lo mismo sobre lo que los beneficia, se proponen los mismos fines y llevan a cabo las resoluciones tomadas en conjunto» (*EN*, IX, 6, 1167*a*, 25-28). Por el contrario, señala ARISTÓTELES, «cuando cada una de las partes pretende para sí todo lo que está en juego, entonces se produce un enfrentamiento sedicioso (*stasiázēin*), como el de [Etéocles contra Polinices en] *Las fenicias* [de EURÍPIDES]» (1167*a*,

32-34). En conclusión, añade, «el consenso es manifiestamente, por su sentido y por el uso lingüístico del término, *una forma política de la amistad*» (1167b, 2-3).

En la *Política*, V, ARISTÓTELES examina el origen y las causas de la fractura irremediable del consenso que conduce a la sedición (*stásis*) y, en el caso extremo, al cambio de régimen. La cuestión clave en torno a la cual se crea primero el desacuerdo y de inmediato la ruptura que conduce a la revuelta, es la ya conocida diferencia en la interpretación de la justicia. Para los partidarios de la democracia, por ser todos igualmente libres, los ciudadanos deben ser también iguales en todo lo demás. Para los de la oligarquía, por ser desiguales en el patrimonio, ellos deben ser considerados absolutamente desiguales también en todos los demás aspectos (*Pol.*, V, 1, 1301a, 25-35). Dado que, como se ha señalado, en todos los estados existen los ricos y los pobres y dado que son estas dos clases las que monopolizan las dos formas de gobierno opuestas entre sí, oligarquía y democracia, son estos dos los regímenes más expandidos a través de las distintas ciudades-estados. De un modo consecuente ARISTÓTELES señala que los cambios que se buscan, pueden ser de dos maneras:

«... unas veces, en contra del régimen político, para cambiar del que está establecido a otro, por ejemplo, de una democracia a una oligarquía, o de una oligarquía a una democracia, o bien de éstas a una república y una aristocracia, o de éstas a aquéllas. Otras veces, no en contra del régimen establecido, sino que prefieren el mismo orden de cosas, aunque desean manejarlo ellos mismos...» (*Pol.*, V, 1, 1301b, 6-13; trad. Santa Cruz-Crespo, con leves cambios).

No es el propósito de esta sección dedicarse a examinar en detalle el libro V de la *Política*, que, como bien se ha señalado, abunda en un preciosismo de detalles y ejemplos a expensas de la claridad en la exposición general de su argumento<sup>58</sup>. El análisis que sigue se limitará a presentar las condiciones necesarias que ARISTÓTELES aísla de la infinidad de fenómenos que anteceden a una sedición, en especial para las democracias y las oligarquías y los dos regímenes ligados a cada una de ellas, república y aristocracia. Estas condiciones necesarias (aunque no siempre suficientes) son de tres clases: *a*) el estado de ánimo de los protagonistas, *b*) los asuntos que están en disputa y *c*) el punto de partida de los disturbios y de las sediciones.

*a*) Aquello que influye de modo determinante en el estado de ánimo de los directamente involucrados es la percepción de desigualdad (o de igualdad) en relación con otros a los que no se considera superiores (o a los que se considera inferiores en algo). «Los que aspiran a la igualdad se lanzan a la sedición si consideran que, aunque son iguales a los que tienen más, tienen menos que ellos; y los que aspiran a la desigualdad y la superioridad, si suponen que, aunque son desiguales, no tienen más sino igual o menos —*siendo indistinto que al aspirar a esas metas puedan hacerlo justa o injustamente*—» (1302b, 24-29).

*b*) Hay dos asuntos que son siempre objeto de las más violentas disputas: la ganancia y el honor que se pueden obtener (lícita e ilícitamente), en especial mediante los recursos que brindan los asuntos de estado. En ambos casos, también valen como condiciones sus respectivos contrarios: evitar las pérdidas e impedir el deshonor.

<sup>58</sup> Vid. especialmente WHEELER, 1951: 148-149; además del trabajo inicial de éste véanse para la discusión más específica con respecto a la interpretación de este difícil libro, WEIL, 1960: 339-365; POLANSKY, 1991: 321-345; SCHÜTRUMPF, 1996: 164-185, y MILLER, 1997: 293-308.

c) Los motivos que son puntos de partida para disturbios y sediciones son, además de los dos ya indicados, ganancia y honor, otros, tales como soberbia, miedo, afán de superioridad, desprecio, incremento desmesurado de una parte del estado, etcétera.

Si bien éstas son en general las condiciones que deben estar presentes, directa o indirectamente, los motivos que se indican pueden ser fútiles para que un disturbio degenera en una sedición, pero la sedición no surge por esas nimiedades sino a propósito de ellas. El trasfondo de cada sedición es un enfrentamiento por el poder, que unas veces puede solucionarse mediante los recursos provistos por las leyes, como es el caso de la imposición del *ostracismo* a aquellos que han descollado por una acumulación excesiva de poder, y otras conduce directamente al cambio de régimen mediante la sedición (V, 3, 1320b, 10-20). De ahí que, en términos generales, y desde el punto de vista de la estabilidad intrínseca de cada régimen, «la democracia es más segura y estable que la oligarquía», pues esta última está constantemente expuesta a dos tipos de sedición: «la de los oligarcas entre sí y la de éstos contra el pueblo», mientras que «en democracia no hay ejemplos dignos de mención de una sedición del pueblo contra sí mismo» (V, 1, 1302a, 8-15).

Desde una perspectiva que sólo considera la estabilidad intrínseca de los regímenes, Aristóteles provee una máxima general que reza así:

«... el elemento que ya hemos repetidamente señalado y el más importante es el siguiente: se debe velar para que la parte de la población que apoya la constitución sea mayor y más fuerte que la que no la quiere. Además de todo esto no debe olvidarse algo que *las constituciones desviadas* ahora olvidan: la existencia de la clase media [y de la medida], pues muchas de las decisiones que supuestamente son democráticas destruyen las democracias, y muchas de las que supuestamente son oligárquicas, destruyen las oligarquías» (Pol., V, 9, 1309b, 15-21).

La superioridad de la *constitución mixta* se basa precisamente en su capacidad para sostenerse amortiguando sus conflictos internos, razón por la cual «es la más estable de todas las constituciones» (Pol., V, 1, 1302b, 15). A la inversa, los regímenes que no aciertan al atemperar sus conflictos, inclinándose demasiado hacia alguno de los dos extremos, al de la democracia radical o al de la *dinastía* oligárquica, están destinados al fracaso y al cambio violento (Pol., V, 7, 1307a, 5-25).

## 6. CONCLUSIÓN: ¿«DEMOCRACIA»: GOBIERNO DE LAS LEYES O GOBIERNO DE LA MASA?

Desde la Antigüedad existe un extendido prejuicio sobre el pensamiento político de ARISTÓTELES como un adversario de la democracia, junto a sus dos antecesores más influyentes, PLATÓN e ISÓCRATES<sup>59</sup>. Pese a ello, es claro que aquél, a diferencia de éstos, se sumió en un examen exhaustivo y detallado de los diferentes regímenes e, inclusive, de las distintas especies de cada uno de ellos, sopesando ventajas y desventajas en vista de la propia estabilidad intrínseca y de su eficacia gubernativa con independencia del propio juicio normativo sobre el mismo. Una conclusión general que ARISTÓTELES

<sup>59</sup> Vid., por ejemplo, LARSEN, 1954: 1-14.

extrae de este examen proviene de la propia estructura social de las ciudades griegas, en las que las contingencias de la formación y la conquista de los estados había sedimentado una estructura de capas desiguales en riqueza y poder. El surgimiento primero de los hoplitas de la clase media y, más tarde, en las ciudades marítimas como Atenas luego de las Guerras Médicas, de una flota naval poderosa tripulada abrumadoramente por la clase de desposeídos, los *thêtes*, desniveló estas ventajas originales, pero al precio de un permanente conflicto interno que amenazaba con desequilibrar la constitución política, inclinándola hacia los extremos: la oligarquía tiránica (*dynasteía*) o la democracia extrema de la masa desposeída. ¿Cómo evitar en lo posible que este conflicto degenera en sedición y en cambio cruento de régimen?

ARISTÓTELES analiza por primera vez las tres partes constitutivas de un régimen político: en primer lugar, la institución que delibera y tiene a su cargo la sanción de las leyes, la declaración de la guerra y de la paz, de las alianzas y la denuncia de éstas, etc.; en segundo lugar, los cargos ejecutivos de gobierno, su forma de nombramiento y de control, etc.; por último, los tribunales y, de modo muy importante, su conformación, si por elección o por sorteo de entre los miembros del pueblo llano (*Pol.*, IV, 14, 1297b, 35-1298a, 9). Cuando las tres instituciones caen en manos del mismo partido, inevitablemente se crea un régimen despótico que se rige unilateralmente mediante decretos. Los antiguos tiranos habían surgido mediante el dominio del ejército y del poder militar (el carisma de la espada, según M. WEBER), los nuevos, los demagogos, carentes de aptitudes militares, mediante el dominio de la Asamblea a través de su oratoria y de su maestría en el arte de la retórica (el carisma del discurso, según M. WEBER) (*Pol.*, V, 5, 1305a, 7-15). En ambos casos, el resultado es el mismo: la desaparición del régimen constitucional.

Al analizar la cuarta especie de democracia (que es idéntica a la quinta en la clasificación general expuesta en § 3), ARISTÓTELES pone al descubierto la que se puede bautizar como «la falacia de la democracia directa», cuando señala que «la masa de artesanos, vendedores ambulantes de la plaza y jornaleros [...], toda esta gente, por el hecho de estar rondando en los alrededores de la plaza y en el [centro] de la ciudad, rápidamente se reúnen en la Asamblea, mientras que los campesinos, por el hecho de estar dispersos por todo el campo, ni participan con alguna frecuencia de las reuniones de ésta ni tampoco sienten la necesidad de tomar parte de esos encuentros» (*Pol.*, VI, 4, 27-32). Así puede entenderse que se considerara un *quórum* aceptablemente representativo de *toda* la ciudadanía el formado por escasamente la sexta parte de todos los ciudadanos habilitados para formar parte de ella —6.000 de un total aproximado de 36.000 ciudadanos—, en el siglo IV y menos de la séptima parte en el siglo V. No resulta tan errado, entonces, el juicio condenatorio de Aristóteles, cuando compara esa especie de democracia con la tiranía. Se trata, por cierto, de una democracia muy limitada en su concepción de la representación de la voluntad de todos, ya que se maneja por decretos votados por una cambiante minoría que, en el mejor de los casos, representa escasamente el 13 por 100 de solamente la población masculina, es decir, sin contar mujeres, extranjeros residentes y esclavos. La «democracia», entonces, arguye ARISTÓTELES, no puede ser confundida con esta especie «última», sino que hay que identificarla con su modelo normativo más puro, aquel en el que rigen la igualdad y la libertad para todos por igual, en el que se gobierna por turno y en el que rigen la constitución y las leyes, de modo que todos los ciudadanos, ricos, medios y pobres, puedan

tener un horizonte político previsible y estable. Este régimen, en cierto modo utópico o ideal dentro de los asequibles en las condiciones de la realidad empírica, es la que indistintamente puede llamarse una «democracia», una «oligarquía» o una «república», y que se logra mediante la *mezcla* de estos regímenes, a fin de obtener la constitución más estable y equilibrada:

«Éste es el modo de llevar a cabo la mezcla [de oligarquía y democracia para crear una república (*politeía*)]. La definición de una buena mezcla entre democracia y oligarquía está dada por lo siguiente: cuando es posible llamar a una misma constitución «democracia» y «oligarquía», entonces se ha tenido éxito al realizar la mezcla de ambas. Esto ocurre también al lograr un término medio entre dos extremos, pues ambos se presentan en él, lo cual es el caso en la constitución de los Lacedemonios» (*Pol.*, IV, 9, 1294b, 13-19).

Se suele trivializar la propuesta aristotélica, considerándola una interferencia de su teoría ética del término medio como el fin que debe ser elegido en toda acción virtuosa<sup>60</sup>. Que ésta no pasa de ser una suposición tan desviada como infundada lo demuestra el hecho de que la consecuencia que se debiera seguir de una elección de la clase media por ser tal es que esta clase es en sí la más virtuosa, cosa que ARISTÓTELES está lejos de sostener en la *Política*. Sus razones para una combinación de todas las clases en una constitución mixta están guiadas exclusivamente por el fin de obtener un régimen en el que todos los componentes de la ciudadanía estén representados y tengan un interés propio de cada uno de ellos por mantener ese régimen y preservarlo de toda posible sedición. De hecho, no puede decirse que él sea demasiado optimista en que esa meta pueda lograrse en las condiciones propias de la ciudad estado-antigua. Como bien señala, basta un crecimiento desparejo o desmedido de la población —y claramente se refiere a la clase más desprovista de recursos— para dar al traste con el equilibrio mejor logrado. Sin duda, a quien de entrada ha señalado que la gran oposición en toda ciudad es la de los ricos y de los pobres, no se le escapa que el gran problema a resolver en la ciudad-estado antigua era el de la distribución de recursos que pudieran permitir una vida un poco por encima del nivel de indigencia para toda la población. En las condiciones de un gran estado, como Atenas, en el siglo V, la solución temporaria fue la creación de un imperio marítimo que expoliaba a sus aliados con el fin de sostener su propio proletariado, que además era el que proveía de marineros sus naves de guerra. Las grandes democracias de la Antigüedad, ya sean restringidas a guerreros hoplitas con medianos recursos, como Esparta, o ya sean populares, como Atenas, *necesariamente* vivían de alguna forma de explotación de otras poblaciones y de la sujeción mediante la guerra. En esas condiciones, en las que la economía era básicamente agraria y tradicional, sin grandes avances y sin interés por la innovación tecnológica y el aumento de la productividad, la resolución del conflicto por la distribución más o menos equitativa o medianamente satisfactoria de los recursos era, a la larga, imposible<sup>61</sup>. Una vez estudiados los tres libros centrales de la *Política* y su disección de los regímenes políticos, especialmente los dos más expandidos, las distintas especies de oligarquía y de democracia, no es posible sostener que la conclusión que se extrae de ellos sea unilateral o que dé lugar a un optimismo carente de perspicacia. Sin duda, ARISTÓTELES no deja de señalar las que a su juicio son las posibles alternativas,

<sup>60</sup> Por ejemplo FINLEY, 2002: 10.

<sup>61</sup> Cf. FINLEY, 1965: 29-45, para la ausencia de innovación tecnológica, y 2002: 1-22 para la permanencia ineludible del conflicto de clases en la Antigüedad clásica.

bajo ciertas condiciones. Avanzando mediante contrastes, frente a los regímenes que no ofrecen vías de salida, salvo la sedición cruenta y el cambio radical, presenta aquellos que, mediante el control recíproco de los poderes, logran un gobierno sostenido en el consenso, es decir, en la *amistad política*. Ésta será la herencia que, bajo el título de *republicanismo clásico*, dejará la filosofía política aristotélica a sus sucesores helenísticos, romanos y a través de ellos, al humanismo renacentista<sup>62</sup>. En este trabajo hemos procurado resaltar que el modelo de una *república posible* elaborado por ARISTÓTELES no surge, como en el caso de su maestro, de una teoría metafísica abstracta, sino de un profundo examen de la historia de los regímenes políticos, en especial de la oligarquía y la democracia, de su análisis de las partes que los componen y, por último, de la combinación de los elementos normativos implícitos en cada uno de ellos y de la ingeniería institucional necesaria para llevarlos a la práctica. Quizás haya sido la creación y aplicación de este extraordinario método de indagación filosófica de los fenómenos políticos lo más valedero y vigente de su legado.

## BIBLIOGRAFÍA

- AALDERS, G. J. D., 1965: «Die Mischverfassung und ihre historische Dokumentation in den Politika des Aristoteles», en Fondation Hardt, 1965, 199-244.
- ANDREWES, A., 1938: «Eunomia», *Classical Quaterly*, 32, 89-102.
- 1977, «Kleisthenes' Reform Bill», *Classical Quaterly*, 27, 241-248.
- ARISTÓTELES: *EN: Ethica Nicomachea*, editada por I. BYWATER, Oxford, Clarendon Press, 1894.
- *EE: Ethica Eudemia*, editada por R. R. WALZER y J. M. MINGAY, Oxford, Clarendon Press, 1991.
- *Rhet: Rhetorica*, editada por W. D. ROSS, Oxford, Clarendon Press 1959.
- *De arte poet.: De arte poetica*, editada por R. KASSEL, Oxford, Clarendon Press, 1965.
- *Pol: Política*, editada por W. D. ROSS, Oxford, Clarendon Press, 1957.
- *Ath. Pol., Athenaion Politeia*, editada por H. RACKHAM, London-Cambridge, Mass., Loeb Classical Library, 1935.
- Texte établi et traduit par G. Mathieu et B. Haussoullier, Paris, Les Belles Lettres, 1972.
- Texto editado por O. GIGON, *Frag.* 474, 581a-616b.
- *Frag., Librorum deperditorum fragmenta*, editada por O. GIGON, Berlin, W. de Gruyter, 1987.
- Traducciones y comentarios:
- *L'Éthique a Nicomaque*, introd., trad. y comentario de R. A. GAUTHIER y J. Y. JOLIF, 1970, II tomos en tres partes, Louvain-Paris, P. Universitaires-Beatrice-Nauwelaerts.
- *The Politics of Aristotle*, edición comentada en 4 tomos de W. L. NEWMAN, Oxford, 1887.
- *The Politics of Aristotle*, traducción, introducción y notas de E. BARKER, Oxford, Clarendon Press, 1968.
- *Política*, edición y traduc. M. ARAUJO y J. MARÍAS, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970.
- *Politik*, traducción y comentario de E. SCHÜTRUMPF, *Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung*, t. 9, en cuatro partes, Berlin, Akademie Verlag, 1991-1996.

<sup>62</sup> Cfr. Nelson, 2004: 1-5.

- *Política*, Introducción, traducción y notas de M. Isabel SANTA CRUZ y M. Inés CRESPO, Buenos Aires, Losada, 2005.
- *Staat der Athener*, traducción al alemán y comentario de M. CHAMBERS, *Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung*, t. 10, Berlin, Akademie Verlag, 1990.
- AUSTIN M., y VIDAL-NAQUET, P., 1972: *Économies et sociétés en Grèce ancienne*, Paris, A. Colin.
- BARKER E., 1959: *The Political Thought of Plato and Aristotle*, New York, Dover.
- 1968: *The Politics of Aristotle*, Oxford, Clarendon Press.
- BENGSTON, H., 1977: *Griechische Geschichte*, 5.<sup>a</sup> ed., München, C. H. Beck.
- BIEN, G., 1973: *Die Grundlegung der politischen Philosophie bei Aristoteles*, Freiburg-München, Alber.
- BOBBIO, N., 1985: *El futuro de la democracia*, trad. esp., Barcelona, Plaza & Janés, 1985.
- BOWERSOCK, G. W., 1967: «Pseudo-Xenophon», *Harvard Studies in Classical Philology*, 71, 33-55.
- BRAUN, E., 1973: «Die Summierungstheorie des Aristoteles», en *Steinmetz*, 1973, 378-395.
- BUSOLT, G., 1963: *Griechische Staatskunde*, t. I, München, C. H. Beck, 1963 (Handbuch der Altertumswissenschaften, t. IV 1).
- CALHOUN, G. M., 1913: *Athenian Clubs in Politics and Litigation*, Reprint: New York, 1970 (acces. en: <http://books.google.com.ar/books?id=HwrKqO06K1oC&pg=PP6&lpg=PP1&ots=7KTA1jULs8&dq=Calhoun+por+1002B+Athenian+Clubs+in+Politics+and+Litigation#v=onepage&q&f=false>).
- CARTLEDGE, P., 1977: «Hoplites and Heroes: Sparta's Contribution to the Technique of Ancient Warfare», *Journal of Hellenic Studies*, 97, 11-27.
- 2009: *Ancient Greek Political Thought in Practice*, Cambridge, U.P.
- CHAMBERS, M., 1990: *Aristoteles Werke*, t. 10: *Staat der Athener*, *Introducción y comentario*, 73-458.
- DAHL, R. A., 1989: *Democracy and its Critics*, New Haven-Londres, Yale U.P.
- DAVIES, J. K., 1971: *Athenian Propertied Families 600-300 B.C.*, Oxford, Clarendon Press.
- DAY, J., y CHAMBERS, M., 1967: *Aristotle's History of Athenian Democracy*, Amsterdam, Hakkert.
- DE SANCTIS, G., 1912: *Athis: Storia della Repubblica Ateniense*, 2.<sup>a</sup> ed., Torino, Fratelli Bocca.
- DETIENNE, M., 1968: «La phalange. Problèmes et controverses», en *Vernant*, 1968, 119-142.
- DIELS, H., y KRANZ, W. (eds.), 1956: *Die Fragmente der Vorsokratiker*, 3 tomos, Berlin, Weidmann.
- DOLEZAL, J. P., 1974: *Aristoteles und die Demokratie*, Frankfurt M., Akademische Verlagsgesell.
- DOVER, K. J., 1974: *Greek Popular Morality in the Time of Plato and Aristotle*, Oxford, Blackwell.
- DÜRING, I., 1966: *Aristoteles: Darstellung und Interpretation seines Denkens*, Heidelberg, C. Winter.
- EDER, K., 1976: *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1976.
- EDMONDS, J. M. (ed.), 1961: *Elegy and Iambus*, II tomos, Londres-Cambridge, Mass., W. Heineemann-Harvard U.P. (The Loeb Classical Library).
- EHRENBERG, V., 1950: «Origins of Democracy», *Historia*, 1, 515-548.
- 1965: *Der Staat der Griechen*, 2.<sup>a</sup> ed., Zürich-Stuttgart, Artemis, 1965.
- ESQUILO: *Supplices*, edic. de G. MURRAY, 1955, Oxford, Clarendon Press (Oxford Classical Texts).
- EUBEN, J. P., 1993: «Democracy Ancient and Modern», *Political Science and Politics*, 26, 478-481.

- EUCKEN, CH., 1990: «Der aristotelische Demokratiebegriff und sein historisches Umfeld», en G. PATZIG, 1990, 278-293.
- EURÍPIDES: *Supplices*, edic. de G. Murray, 1962, Oxford, Clarendon Press (Oxford Classical Texts, t. 2).
- EVANSTON, S., 1988: «Aristotle on the Foundations of the State», *Political Studies*, 36, 89-101.
- FINLEY, M. I., 1953: «Land, Debt and the Man of Property in Classical Athens», *Polit. Science Quat.* 68, 249-268.
- 1964a: «Between Slavery and Freedom», *Comparative Stud. Soc. and Hist.* 6,233-249.
- 1964b (comp.): *Slavery in Classical Antiquity: Views and Controversies*, 3.<sup>a</sup> ed., Barnes & Noble, New York, 1968.
- 1965: «Technical Innovation and Economic Progress in the Ancient World», *Economic History Review*, 2<sup>nd</sup> Series 18, 29-45.
- 1968: «Sparta», en *Vernant*, 1968, 143-160.
- 1973a: *The Ancient Economy*, Londres, Chatto & Windus.
- 1973b (comp.): *Problèmes de la terre en Grèce ancienne*, Paris-La Haya, Mouton & Co.
- 1974a (comp.): *Studies in Ancient Society*, Londres y Boston, Routledge and Kegan Paul.
- 1974b: «Athenian Demagogues», en FINLEY (comp.), 1974a, 1-25.
- 1977: *Uso y abuso de la historia*, t.e., Barcelona, Crítica.
- 1982: *Esclavitud antigua e ideología moderna*, t.e., Barcelona, Crítica.
- 1985: *Democracy Ancient and Modern*, revised edition, New Brunswick, NJ, pb ed. 1996.
- 2002: *Politics in the Ancient World*, Cambridge, U.P.
- FLASHAR, H., 1971: «Ethik und Politik in der Philosophie des Aristoteles», *Gymnasium*, 78,b, 278-293.
- 1983: «Aristoteles», *Grundriss der Geschichte der Philosophie*, Bd.3, 175-457, Basel-Stuttgart, Schwabe.
- FONDATION HARDT, 1965: La «Politique» d'Aristote, Vandoeuvres-Genève (*Entretiens Hardt s. l'Antiquité Classique*, t. XI).
- GAUTHIER, R. A., y JOLIF, J. I., 1970: *L'Éthique à Nicomaque: Introduction, traduction et commentaire*, 3 vols., 2.<sup>a</sup> ed., Lovaina-Paris, Public. Universitaires.
- GERNET L., 1964: «Sur la notion du jugement en droit grec», en *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 61-81.
- GLOTZ, G., 1920: *Le travail dans la Grèce ancienne*, Paris, F. Alcan, 1920.
- 1948: *Histoire grecque*, con la colaboración de R. COHEN, 2 tomos, Paris, Presses Universitaires de France.
- 1953: *La cité grecque*, Paris, A. Michel.
- GUARIGLIA, O., 1966: «Anaximandro de Mileto», *Anales de Filología Clásica*, 9, 23-155.
- 1979a: «Dominación y legitimación en la teoría política de Aristóteles», *Rev. Latinoam. Filos.*, 5, 15-42.
- 1979b: «La Política de Aristóteles en una nueva perspectiva», *Rev. Lat. Filos.*, 5/1, 79-89.
- 1990: «Los fundamentos discursivos de la democracia y los conflictos de intereses», *Diánoia*, 36, 83-95.
- 1991: «Problemas conceptuales de la democracia», en D. SOBREVILLA, ed., *El derecho, la política y la ética*, México, Siglo Veintiuno, 83-94.
- 1996: *Moralidad (Ética universalista y sujeto moral)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica (Biblioteca de Filosofía), 340 pp.
- 1997a: «La eudaimonía en Aristóteles: un re-examen», *Méthexis*, 10, 83-104.

- 1997b: *La Ética en Aristóteles o la moral de la virtud*. Buenos Aires, Eudeba, 394 pp.
- 2002a: *Una ética para el siglo XXI. (Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002 (Colección popular, 611).
- 2002b: «Eudemonismo y virtud en la ética antigua: Aristóteles y los estoicos», *Diálogos*, 80 (julio), 7-49.
- 2010: *En camino de una justicia global*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- GUTHRIE W. K. C., 1969: *A History of Greek Philosophy*, 6 tomos, Cambridge, Cambridge U.P.
- HABERMAS, J., 1992: *Faktizität und Geltung*, Francfort, Suhrkamp.
- 1997: *Die Einbeziehung des Anderen*, Francfort, Suhrkamp.
- 2005: *Zwischen Naturalismus und Religion*, Francfort, Suhrkamp.
- HAMMOND, N. G. L., 1940: «The Seisachtheia and the Nomothesia of Solon», *Journal of Hellenic Studies*, 60, 71-83.
- 1961: «Land Tenure in Attica and Solon's Seisachtheia», *Journal of Hellenic Studies*, 81, 76-98.
- HANSEN, M. H., 1999: *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes*, 2.<sup>a</sup> ed., Norman, U. of Oklahoma Press.
- HARRIS, E. M., 2002: «Did Solon Abolish Debt-bondage?», *Classical Quarterly*, 52, 415-430.
- HARRISON A. R. W., 1957: «Aristotle's Nicomachean Ethics, Book V, and the Law Athens», *Journal Hellenic Studies*, 77, 42-47.
- HASEBROEK, J., 1928: *Staat und Handel im Alten Griechenland*, reproducción de 1.<sup>a</sup> ed. (Tübingen 1928), Hildesheim, Olms, 1966.
- 1931: *Griechische Wirtschafts- und Gesellschaftsgeschichte*, Tübingen.
- HEINIMANN F., 1965: *Nomos und Physis*, 2.<sup>a</sup> ed., Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- HELD, D., 1987: *Models of Democracy*, Cambridge, Polity Press.
- HERÓDOTO: *Historias*, edic. y trad. franc. por Ph. LEGRAND, Paris, Les Belles Lettres, 8 tomos, 1949.
- HÖFFE, O., 1970: *Praktische Philosophie: Das Modell des Aristoteles*, München-Salzburg, Pustet.
- 1979: *Ethik und Politik*, Francfort, Suhrkamp.
- JAEGER, W., 1946: *Aristóteles: bases para la historia de su desarrollo intelectual*, tr. esp., México, Fondo de Cultura Económica.
- 1957: *Paideía*, tr. esp., México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- JENOFONTE: *Memorabilia*, ed. de E. C. MARCHANT, *Opera Omnia*, t. II, Oxford, Clarendon Press, 1921.
- PS.-JENOFONTE: *Atheniensium Respublicam*, ed. de E. C. MARCHANT, *Opera Omnia*, t. V, Oxford, Clarendon Press, 1920.
- KAHN, Ch., 1990: «The Normative Structure of Aristotle's Politics», en G. PATZIG, 1990, 369-384.
- KANT, I., y WERKE, M. S.: *Die Metaphysik der Sitten*, *Werke IV*, 309-634, editadas por W. WEISCHEDEL, 6 t., Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966. *Zef: Zum ewigen Frieden*, *Werke VI*, 194-251; *Ak. VIII*, 325-39.
- KEANEY, J. J., 1969: *Ring Composition in Aristotle's Athenaion Politeia*, 90, 406-423.
- KEYT, D., y MILLER, F. (eds.) 1991: *A Companion to Aristotle's Politics*, Oxford, Blackwell.
- KIRK, G., 1954: *Heraclitus: The Cosmic Fragments*, Cambridge, University Press.
- KLUWE, E., 1976: «Die soziale Zusammensetzung der athenischen Ekklesia und ihr Einfluss auf politische Entscheidungen», *Klio*, 58, 295-333.

- KNOX, R., 1985: «So Mischievous a Beast? The Athenian Demos and its Treatment of its Politicians», *Greece & Rome*, 32, 132-161.
- KULLMANN, W., 1980: «Der Mensch als politisches Lebewesen bei Aristoteles», *Hermes*, 108, 419-443.
- KYMLICKA, W., 1988: «Liberalism and Communitarianism», *Canadian Journal of Philosophy*, 18, 181-203.
- LARSEN, J. A. O., 1954: «The Judgement of Antiquity on Democracy», *Classical Philology*, 49, 1-14.
- LEG: *Leges*, editado por Ed. des Places, 1951, con una introducción de A. DIES y L. GERNET, 4 t., Paris, Belles Lettres.
- LESKY, A., 1963: *Geschichte der Griechischen Literatur*, Berna y München, Francke.
- 1974: «Die Datierung der “Hiketiden” und der Tragiker Mesatos», en H. HOMMEL, *Wege zu Aischylos*, Darmstadt, Wiss. Buchgesell., II, 83-100 [publicado originalmente en *Hermes*, 82 (1954) 1-13].
- LINTOTT, A., 1992: «Aristotle and Democracy», *Classical Quarterly*, 42, 114-128.
- LIPSET, S. M., 1963: *El hombre político: las bases sociales de la política*, tr. esp., Buenos Aires, Eudeba.
- MACPHERSON, C. B., 1973: *Democratic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1973.
- 1982: *La democracia liberal y su época*, tr. esp., Madrid, Alianza.
- MANIN, B., 1987: «On Legitimacy and Political Deliberation», *Political Theory*, 15, 338-368.
- MANVILLE, B., 1980: «Solon's Law of Stasis and Atimia in Archaic Athens», *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 110, 213-221.
- MARX, K., *Grundrisse, Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, reprod. fotomec. de la 1.ª ed. (Moscú 1939 y 1941), Francfort, Europäische Verlag, s.f.
- MATTINGLY, H., 1997: «The Date and Purpose of the Pseudo-Xenophon Constitution of Athens», *Classical Quarterly*, 47, 352-357.
- MCCARTHY, Th., 1978: *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1979.
- MEIER, Ch., 1966: *Res Publica Amissa (Eine Studie zu Verfassung und Geschichte der späten Römischen Republik)*, Wiesbaden, F. Steiner Verlag.
- 1970: *Die Entstehung des Begriffs Demokratie*, Frankfurt M., Suhrkamp.
- 1972: «Demokratie: Einleitung, Antike Grundlagen», en O. BRUNNER, W. CONZE, y R. KOSSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, Klett-Cotta, vol. I, 821-835.
- MITCHELL, L., y RHODES, P., 1996: «Friends and Enemies in Athenian Politics», *Greece & Rome*, 43, 11-30.
- MIERI, M., 1987: «Biología y taxonomía de las constituciones en la Política de Aristóteles», *Revista Latinoamericana de Filosofía*, 13, 72-85.
- MILL, J. S., 1859: «On Liberty», en *Utilitarianism, On Liberty, Essay on Bentham*, editados con una Introducción por M. WARNOCK, Glasgow, Collins Fount Paperbacks, 1979.
- 1861: *Considerations on Representative Government*, Londres, G. Routledge & Sons; Nueva York, E. P. Dutton & Co., s.f.
- MILLER, F. D., Jr., 1997: *Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics*, Oxford, Clarendon Press.
- MOMMSEN, W., 1974: *The Age of Bureaucracy: Perspectives on the Political Sociology of Max Weber*, Oxford.
- MONDOLFO R., y ZELLER, E., 1965: «La filosofía dei greci nel suo sviluppo storico», Firenze, *La Nuova Italia*, vol. IV, «Eraclito», a cura di R. MONDOLFO.

- MOSSÉ, C., 1962: *La fin de la démocratie athénienne*, Paris, 1962.
- 1967: «La conception du citoyen dans la Politique d'Aristote», *Eirene*, 6, 17-21.
- 1968, «Le rôle politique des armées dans le monde grec à l'époque classique», en *Vernant*, 221-230.
- 1969: *La tyrannie dans la Grèce ancienne*, Paris, Presses Universitaires de France.
- MULGAN, R., 1991: «Aristotle's Analysis of Oligarchy and Democracy», en D. KEYT, y F. MILLER, 307-22.
- MULLHALL, S., y SWIFT, A., 1992: *Liberals and Communitarians*, Oxford, Blackwell.
- NELSON, E., 2004: *The Greek Tradition in Republican Thought*, Cambridge, U.P.
- NEWMAN, W. L., 1892: «Aristotle's Classification of Forms of Government», *Classical Review*, 6, 289-293.
- OBER, J., 2007: «I Besieged That Man: Democracy's Revolutionary Start», en *Raaflaub-Ober-Wallace*, 2007, 83-104.
- 2008: «What the Ancient Greeks Can Tell Us About Democracy», *Annual Review of Political Science*, 11, 67-91.
- OLLIER, F., 1933: *Le mirage spartiate*, Paris, E. De Boccard.
- PATEMAN, C., 1970: *Participation and Democratic Theory*, Cambridge, University Press.
- PATZIG, G., (ed.) 1990: *Aristoteles' «Politik»*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.
- PLATÓN: *Rep: Res Publica*, editada por J. BURNET, 1958, Oxford, Clarendon Press.
- PHIL: *Philebus*, editado por A. DIES, 1959, Paris, Les Belles Lettres.
- POLITICUS: A. DIES (ed.), 1960, Paris, Les Belles Lettres.
- PLUTARCO: *Vitae*, t. II, «Solon-Publicola-Themistocle-Camille», texte établi et traduit par R. FLACELIÈRE, E. CHAMBRY et M. JUNEUX, 1961, Paris, Belles Lettres.
- POLANSKY, R., 1991: «Aristotle on Political Change», en D. KEYT y F. MILLER, 1991, 323-345.
- POPPER, K. R., 1966: *The Open Society and its Enemies*, 5.ª ed., 2 tomos, Londres, Routledge & Kegan Paul.
- RAAFLAUB, K. A., 1983: «Democracy, Oligarchy, and the Concept of "Free Citizen", in late Fifth-Century Athens», *Political Theory*, 11, 517-544.
- RAAFLAUB, K. A.; OBER, J., y WALLACE, R., 2007: *Origins of Democracy in Ancient Greece*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press.
- RAUBITSCHHECK, A. E., 1959: «Review: F. Sartori, Le eterie...», *American Journal of Philology*, vol. 80, núm. 1, 81-88.
- RAWLS, J., 1993: *Political Liberalism*, New York, Columbia U.P.
- 1999a: «The Idea of Public Reason Revisited», en *The Law of Peoples*, Cambridge, Mass.-Londres, Harvard U.P., 131-180.
- 1999b: *A Theory of Justice, Revised Edition*, Cambridge, Mass., Belknap Press.
- RHODES, 1985: *A Commentary on the Aristotelian Athenaion Politeia*, Oxford, Clarendon Press.
- RIHLL, T. E., 1995: «Democracy Denied: Why Ephialtes Attacked the Areiopagus», *Journal of Hellenic Studies*, 115, 87-98.
- RÖHRICH, W., 1980: *Marx und die materialistische Staatstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesell.
- ROSNER, A., 2005: *Political Authority and Obligation in Aristotle*, Oxford, Clarendon Press.
- ROUSSEAU, J. J., 1962: *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, Paris, Editions Garnier Frères.
- SALMON, J., 1977: «Political Hoplités?», *Journal of Hellenic Studies*, 97, 84-101.

- SANDEL, M., 1982: *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge U.P.
- SCHUMPETER, J. A., 1952: *Capitalism, Socialism, and Democracy*, Londres, Allen & Unwin.
- SCHÜTRUMPF, E., 1996: *Aristoteles Werke in deutscher Übersetzung*, t. 9, III, *Politik*, Buch IV-VI, Berlin, Akademie Verlag.
- SEAGER, R., 1963: «Herodotus and Ath. Pol., on the Date of Cleisthenes' Reforms», *American Journal of Philology*, 84, 287-289.
- SEALEY, R., 1974: «The Origins of "Demokratia"», *California Studies in Classical Antiquity*, 6, 253-295.
- SEN, A., y WILLIAMS, B. (eds.) 1982: *Utilitarianism and Beyond*, Cambridge-London-New York, Cambridge UP.
- SIDWICK, H., 1892: «Aristotle's Classification of Forms of Government», *Classical Review*, 6, 141-144.
- SINCLAIR T. A., 1961: *A History of Greek Political Thought*, London, Methuen.
- SNODGRASS, A. M., 1965: «The Hoplite Reform and History», *Journal of Hellenic Studies*, 85, 110-122.
- STARK R., 1965: «Der Gesamtaufbau der aristotelischen Politik», en *Fondat. Hardt*, 1965, 1-36.
- STEINMETZ, P. (ed.), 1973: *Schriften zu den Politika des Aristoteles*, Hildesheim-New York, G. Olms.
- STROUD, R., 1984: «The Gravestone of Socrates' Friend, Lysis», *Hesperia*, 53, 355-360.
- TAYLOR, Ch., 1982: «The Diversity of Goods», en SEN y WILLIAMS (eds.), 1982, 129-144.
- 1985: «Human Agency and Language», *Philosophical Papers I*, Cambridge, Cambridge U.P.
- TUCÍDIDES: *Historiae*, edición crítica de H. STUART JONES y J. E. POWELL, 2 t., Oxford, Clarendon Press, 1963.
- *Histoire de la Guerre du Péloponnèse*, J. DE ROMILLY (ed.), Paris, Les Belles Lettres, 1973.
- VERNANT J. P., 1966: *Mythe et pensée chez les Grecs*, Paris, Maspero.
- (ed.) 1968: *Problèmes de la Guerre en Grèce ancienne*, Paris-La Haye.
- VIDAL-NAQUET, P., 1968: «La tradition de l'hoplite athénien», en *Vernant*, 161-80.
- VLASTOS, G., 1946: «Solonian Justice», *Classical Philology*, 41, 65-83.
- 1947: «Equality and Justice in Early Greek Cosmologies», *Classical Philology*, 42, 156-178.
- 1953: «Isonomia», *American Journal of Philology*, 74, 337-366.
- 1964: «Isonomia politiké», ahora en *Platonic Studies*, Princeton, University Press, 1981.
- WADE-GERY, H. T., 1933: «Studies in the Structure of Attic Society: II the Laws of Kleisthenes», *Classical Quarterly*, 27, 17-29.
- WALDRON, J., 1995: «The Wisdom of the Multitude: Some Reflections of Book 3, ch. 11 of Aristotle's Politics», *Political Theory*, 23, 563-584.
- WALLACE, R. W., 2007: «Revolutions and a New Order in Solonian Athens and Archaic Greece», en K. A. RAAFLAUB y otros, 49-82.
- WEBER, M., 1924: «Agrarverhältnisse im Altertum», en *Gesammelte Aufsätze zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte*, editados por J. WINCKELMANN, Tübingen, 1-288.
- 1971: *Gesammelte Politische Schriften*, J. WINCKELMANN (ed.), 3.ª ed., Tübingen, Mohr.
- 1972: *Wirtschaft und Gesellschaft*, J. WINCKELMANN (ed.), 5.ª ed. Tübingen, Mohr.
- 1986: *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, 3 tomos, 8.ª ed. Tübingen, Mohr.
- WEIL, R., 1960: *Aristote et l'histoire. Essai sur la «Politique»*, Paris, Klincksieck.
- WHEELER, M., 1951: «Aristotle's Analysis of the Nature of Political Struggle», *American Journal of Philology*, 72, 145-161.

- WILAMOWITZ-MOELLENDORF U. V., 1893: *Aristoteles und Athen*, reproducción fotomecánica (2.ª ed.), Berlin-Dublin-Zürich, Weidmann, 1966.
- WILL, E., y otros, 1972: *Le monde grec et l'orient (Peuples et civilisations: Histoire general)*, 2 tomos, Paris, Presses Universitaires de France.
- ZUNTZ, G., 1968: «Über Euripides' "Hiketiden"», en E. R. SCHWINGE (comp.), *Euripides*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 305-325.

# LA LEGITIMIDAD DE LA DEMOCRACIA Y LA POLÍTICA DE LA PRESENCIA \*

Cristiane Aquino de Souza

*Universidad Autónoma de Madrid*

**RESUMEN.** El trabajo analiza los principales argumentos políticos relacionados con la defensa de la presencia equilibrada de hombres y mujeres en la política. Además, aborda algunos aspectos concernientes al riesgo de fragmentación de la representación política, producido por la suposición de que la existencia de mecanismos para favorecer el acceso de más mujeres a la política representativa posibilita que cualquier grupo social marginado tenga el mismo derecho.

**Palabras clave:** política de la presencia, género, democracia.

**ABSTRACT.** The paper analyses the main arguments related to the defense of a balanced presence of men and women in politics. In addition, it discusses some aspects connected to the risk of fragmenting political representation produced by the assumption that the existence of mechanisms to facilitate the access of more women to representational politics makes it possible for any other marginalized social group to get the same right.

**Keywords:** politics of presence, gender, democracy.

---

\* Fecha de recepción: 1 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 13 de diciembre de 2010.

## 1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, en las discusiones sobre la democracia es significativa la preocupación relacionada con las demandas de presencia política de grupos o categorías considerados excluidos<sup>1</sup>. Por otro lado, también hay un indicio de que ése es un tema sobre el que se debe trabajar, ya que varias medidas legales o adoptadas voluntariamente por partidos políticos han sido establecidas en distintas partes del mundo con el fin de alcanzar una representación política más equilibrada entre mujeres y hombres<sup>2</sup>. En ese sentido, PHILLIPS se refiere a la política de la presencia, en la cual propone la conciliación entre ideas y presencia para alcanzar un sistema de representación más justo. Así pues, la defensa de la importancia de la presencia de ciertos grupos socialmente desfavorecidos no implica rechazar la comprensión de la política como un campo de confrontación de ideas:

«En cuanto que la política de las ideas es un inadecuado vehículo para afrontar la exclusión política, poco se gana con cambiarla simplemente por una política de presencia. Consideradas de manera aislada, las fortalezas de una son tan dramáticas como las debilidades de la otra. La mayoría de los problemas surgen cuando las dos son colocadas como opuestas: cuando las ideas son tratadas como totalmente separadas de las personas que las sostienen; o cuando las personas dominan la atención, sin que se consideren sus políticas e ideas»<sup>3</sup>.

En el contexto actual, en que la demanda de mayor igualdad de género en el acceso a los cargos públicos representativos continúa en debate, parece necesario examinar algunos argumentos políticos relacionados con la defensa de la presencia de una proporción femenina más equilibrada en la política en comparación con la masculina.

## 2. LA NECESIDAD DE AFRONTAR LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

La preocupación principal de la política de la presencia y, por consiguiente, de la defensa de la representación descriptiva, no se centra en la adecuación pictórica y sí en algunas instancias de exclusión política en las que un sistema de representación más justo pretende incidir, como destaca PHILLIPS<sup>4</sup>. KYMLICKA también argumenta en ese sentido, al afirmar que «muy pocos defensores de la representación por grupo creen que la idea de la representación especular sea equivalente a una teoría general de la representación»<sup>5</sup>. Consideran que se trata de una defensa contextual, que se centra en la existencia de discriminación sistémica y en el autogobierno<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Este trabajo conceptualiza a las mujeres como un grupo, a pesar de evidenciar la necesidad de resaltar que las mujeres no son un grupo equiparable a ningún otro grupo minoritario étnico, racial ni de otro tipo, y que por eso algunos autores prefieren referirse a ellas como representantes de una categoría. Como se observará más adelante, las mujeres son el grupo transversal por excelencia, ya que constituyen la mitad de la humanidad, están presentes en casi todos los demás grupos sociales y tienen un sentido de identidad política muy frágil. Aun así, se puede decir que forman un grupo minoritario por ser discriminadas y son un grupo en el sentido de que pueden ser agrupadas en torno a una característica común: el sexo.

<sup>2</sup> En ese sentido, *vid.* PHILLIPS, 1999: 239.

<sup>3</sup> PHILLIPS, 1995: 25.

<sup>4</sup> *Id.*, 47.

<sup>5</sup> KYMLICKA, 1996: 196.

<sup>6</sup> La teoría de KYMLICKA se refiere no sólo a la representación de grupos que sufren discriminación sistémica, sino también de grupos que reivindican derechos de autogobierno, y diferencia una situación de la

Esa argumentación coincide con la utilizada para fundamentar las medidas de acción positiva, es decir, la desigualdad de acceso a los cargos políticos en virtud de la desventaja sistémica que convierte en legítimas ciertas medidas destinadas a remediar esa situación. Por eso, se afirma que se trata de una forma de acción positiva, y, por lo tanto, de medidas temporales con la finalidad de alcanzar una sociedad en la que idealmente esos mecanismos no son necesarios<sup>7</sup>.

También en esta línea, se señala que la desproporción significativa entre el número de mujeres existentes en la sociedad y el número de mujeres representantes constituye un déficit de legitimidad democrática que proviene de la jerarquía entre los sexos. Si la variable sexo-género es aleatoria, no debería haber tal desproporción, por lo que, si ésta ocurre, es en razón de la existencia de un mecanismo interruptor: la jerarquización de estatus sexo-género. Este fenómeno genera la necesidad de idear un mecanismo correctivo para neutralizar este mecanismo interruptor e interrumpir la interrupción, pues «sólo interrumpiendo la interrupción podríamos efectivamente hablar de legitimidad democrática y de representación de una sociedad de individuos y no decir entonces que *individuo* es una categoría patriarcal»<sup>8</sup>.

Una desproporción significativa entre los diferentes sexos en el cuerpo representativo evidencia una discriminación estructural e indica que se les está negando a las mujeres derechos y oportunidades que están disponibles para los hombres<sup>9</sup>. De esta forma, el mero hecho de producir una representación más equilibrada entre hombres y mujeres ya constituye la conquista de una mayor igualdad de género, es decir, la mayor aproximación de universalidad en el disfrute de los derechos (derecho de participación política) en lo que se refiere al género.

Th. SOWELL<sup>10</sup> considera que las diferencias estadísticas entre los sexos no pueden ser atribuibles automáticamente a la discriminación por parte de los hombres y que, si en Estados Unidos en la primera mitad del siglo XX, la presencia de mujeres en el ámbito laboral fue mayor que en las décadas de 1950 y 1960, eso no implica la conclusión de que en las primeras décadas del siglo XX la discriminación de «los hombres hacia las mujeres» fuera menor que en las décadas posteriores. Según el autor, la justificación se origina en tendencias demográficas. En la medida en que las mujeres iban reduciendo el número de hijos (tendencia que se prolongó hasta la década de 1930), estaban mejor representadas en cargos laborales y educativos de más nivel. Por otra parte, cuando los índices de natalidad aumentaron, desde la década de 1930 hasta la de 1950, las mujeres comenzaron a perder representación en cargos laborales de mayor importancia. Así, argumenta que la menor representatividad femenina en los cargos laborales de mejor nivel no tiene relación con la actuación discriminatoria de los empresarios hombres, sino con el hecho de que las mujeres tienden a dejar el trabajo para ocuparse de las responsabilidades domésticas con más frecuencia que los hombres.

---

otra: «puesto que se considera que los derechos de autogobierno son unos derechos intrínsecos y permanentes, también lo son las garantías de representación que se siguen de dicho autogobierno, mientras que los derechos basados en situaciones de desventaja son, en principio, temporales. Ambos reflejan el deseo de reforzar el poder, pero el tipo de poder que se reivindica es notablemente diferentes» (KYMICKA, 1996: 200).

<sup>7</sup> *Id.*, 196.

<sup>8</sup> AMORÓS, 1999: 92.

<sup>9</sup> PHILLIPS, 1995: 63.

<sup>10</sup> SOWELL, 2006: 192-197.

Es sabido que una cuestión central de la crítica feminista consiste en la tradicional división sexual del trabajo, que convierte a las mujeres en responsables del trabajo doméstico. Cuando se menciona la discriminación estructural no se trata de que todos los hombres, en este caso empresarios, actúen de mala fe en el sentido de perjudicar a las mujeres, sino de que la sociedad está estructurada de una forma en la cual las mujeres están en desventaja. Por tanto, se parte del presupuesto de que la división sexual del trabajo constituye parte de la discriminación estructural y que, por ello, no es justa<sup>11</sup>.

No obstante, es cierto y estoy de acuerdo en que para fundamentar la política de la presencia para un grupo no es suficiente demostrar la desproporción estadística. Es necesario añadir un análisis de las estructuras de exclusión existentes en relación con tal grupo<sup>12</sup>.

### 3. LA CONSTRUCCIÓN DEL SIGNIFICADO SOCIAL: LA REPRESENTACIÓN SIMBÓLICA

En ciertas circunstancias históricas, pertenecer a un grupo social conlleva el significado de no poder o no poseer las aptitudes adecuadas para acceder al espacio de decisiones políticas. Se trata de la denominada «ciudadanía de segunda clase». En el ámbito social existe la comprensión de que las personas que se encuadran en ese grupo no gobiernan o no tienen capacidad para gobernar.

En ese contexto, la presencia o ausencia de un número proporcional de individuos portadores de las características adscriptivas del grupo social en el órgano político es importante para la construcción del significado social que se configura en relación con el hecho de portar tales características. Ese significado social afecta a todos los miembros del grupo, con independencia de sus propias acciones<sup>13</sup>. Sobre ello, es oportuna la ilustración presentada por MAINSBRIDGE acerca de la significación social de la mujer atleta<sup>14</sup>, al mencionar que, antes de la segunda ola del movimiento feminista en Estados Unidos, ser no atlética constituía parte de la definición de «femenino». Ciertas mujeres buscaban ser femeninas y atléticas; no obstante, se esperaba, incluso por éstas, que la mayoría de las mujeres fueran malas atletas. Posteriormente, con la financiación de los deportes de mujeres en las escuelas y en las universidades, las atletas pasaron a ser noticia. Ese fenómeno modifica la definición de *femenina* en relación con el atletismo de manera que afecta a todas las mujeres, con independencia de las acciones de cada una.

En el caso de la participación de las mujeres en la política, es demasiado conocida la dicotomía público/privado, con la consecuente exclusión femenina del espacio público. Incluso no es inútil insistir en su otrora exclusión del voto. Eso, sumado al hecho de que no existe un número equilibrado entre mujeres y hombres en el cuerpo representativo, contribuye a configurar y reforzar el significado social de que las mujeres no pueden gobernar o que son inadecuadas para la política. Por tanto, aumentar el porcentaje de mujeres favorece la construcción de un significado social que las

<sup>11</sup> PHILLIPS, 1995: 64.

<sup>12</sup> *Id.*, 171.

<sup>13</sup> MAINSBRIDGE, 2001: 104-105.

<sup>14</sup> *Id.*, 105.

considere personas igualmente capaces para gobernar que los hombres. Favorece una comprensión social que proyecta la política como un ámbito también femenino y no de dominio exclusivo o predominantemente masculino.

Dicho de otra forma, la mayor participación de mujeres en la política tiene la relevancia simbólica de transmitir a la sociedad modelos de rol más igualitarios y con esto contribuir a la superación de la visión estereotipada del papel social de los hombres y de las mujeres, que dificulta el acceso de éstas a puestos de especial relevancia social<sup>15</sup>. Así, en ese ámbito de la argumentación, se suele referir también a la representación simbólica<sup>16</sup>.

Se pueden, igualmente, utilizar las palabras de TAYLOR, al afirmar que «el falso reconocimiento o la falta de reconocimiento puede causar daño, puede ser una forma de opresión que aprisione a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido»<sup>17</sup>. En el caso de las mujeres, esa falta de reconocimiento social de sus posibilidades de participar en el ámbito público, asociada a un nivel nulo o bajo de participación femenina en el Parlamento, puede inducir las a internalizar una imagen de que ese ámbito es inadecuado para las personas de su sexo o que no son igualmente capaces de estar allí.

En el debate político la palabra *símbolo* muchas veces se entiende implícitamente precedida de «mero», ya que los símbolos «son percibidos como si estuvieran “sólo” en las cabezas de la gente, más que como si fueran “reales”»<sup>18</sup>. Por eso, en varios trabajos sobre ese tema no se ha dado la debida importancia a las consecuencias psicológicas de la representación descriptiva, razón por la que se omite su real influencia en la vida política actual<sup>19</sup>.

Por otro lado, es relevante subrayar que los efectos de la significación social se dan no sólo en relación con las percepciones y acciones de los miembros de los grupos menos favorecidos, sino también en los miembros de los grupos más favorecidos, y, en ese caso, los efectos pueden incluso ser más enérgicos<sup>20</sup>.

Otro aspecto a resaltar consiste en que señalar la desventaja o desigualdad injusta existente en la sociedad impide la presentación del grupo como plenamente igual<sup>21</sup>. Además, se afirma que la adopción de mecanismos para favorecer a los individuos miembros de un grupo en desventaja, como las cuotas de género, puede reforzar la percepción de que esas personas (las mujeres) no son capaces de conseguir estar allí por sus méritos, no pueden defenderse por sí mismas, ya que necesitan de medidas específicas.

De hecho, presentar públicamente a las mujeres como una categoría en desventaja social y, por ello, como una categoría para la cual es importante crear mecanismo(s) en el sentido de aumentar su participación en la política (o en cualquier otro ámbito),

<sup>15</sup> RUIZ MIGUEL, 2003: 290.

<sup>16</sup> Se refiere a representación simbólica, por ejemplo, PHILLIPS, 2005: 39.

<sup>17</sup> TAYLOR, 1993: 44.

<sup>18</sup> Como señala MAINSBRIDGE, 2001: 107.

<sup>19</sup> Por ese motivo, la autora prefiere utilizar el concepto «construcción del significado social» (J. MAINSBRIDGE, 2001, 107).

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *Ibid.*, 106.

puede conllevar interpretaciones sociales de que las personas del sexo femenino son inferiores, débiles, menos capaces de defenderse por sí mismas. Se trata de un entendimiento que produce efectos estigmatizadores en las personas favorecidas<sup>22</sup>.

Este coste existe en toda exigencia de justicia fundada en circunstancias desventajosas, y debe superarse por el beneficio de crear nuevos y potentes significados sociales que incluyan a los miembros del grupo/categoría como realmente capaces de gobernar<sup>23</sup>. La significativa fuerza de la dimensión simbólica ha sido resaltada por GOODIN, al comentar que las apelaciones simbólicas tienen una fuerza de atracción política poderosa que los científicos sociales no pueden ignorar<sup>24</sup>. Así, es posible que los significados sociales positivos superen, y tengan más trascendencia, que los negativos. Estoy de acuerdo con GOODIN cuando defiende que la denominada «dimensión simbólica» es importante para justificar medidas que pretendan ampliar la proporción de participación política de negros o mujeres aun cuando tales medidas no promuevan cambios sustanciales en el tipo de medidas políticas adoptadas.

Por otro lado, el mencionado coste también puede ser contrastado por la posibilidad de que las personas pasen a comprender la importancia de las estructuras de discriminación en relación con la posibilidad de igual disfrute de los derechos o de los bienes sociales. Eso, porque la adopción de tales medidas provoca debates en torno a los fundamentos en que se basa su creación.

#### 4. POSIBILIDAD DE ABRIR LA AGENDA POLÍTICA

La defensa de una presencia más equilibrada de mujeres y hombres en el Parlamento presenta una particularidad en relación con otros ámbitos en virtud de la posibilidad de apertura de la agenda política. ¿Una mayor presencia de mujeres altera el contenido de las políticas?

Para tratar este asunto es necesario referirse otra vez a las indagaciones sobre si las mujeres tienen intereses específicos, si representan mejor a las personas de su sexo y si tiene relevancia la experiencia compartida.

En primer lugar, es importante señalar que considero correcto el principio derivado del pensamiento moderno de que el representante debe buscar atender al interés general. Por tanto, entiendo que, ya sea del sexo femenino o masculino, un(a) representante debe representar a todas las mujeres y hombres. La democracia no requiere que las mujeres sean representadas por mujeres<sup>25</sup>.

Comparto con MAINSBRIDGE la opinión de que el coste más elevado en la representación descriptiva selectiva es el peligro de reforzamiento de las tendencias al esencialismo, definido como «el supuesto de que los miembros de ciertos grupos tienen una identidad esencial que comparten todos los miembros de ese grupo y de la cual no

<sup>22</sup> RUIZ MIGUEL, 2003: 309.

<sup>23</sup> MAINSBRIDGE, 2001: 106.

<sup>24</sup> GOODIN, 1977, ápod PHILLIPS, 1995: 79.

<sup>25</sup> Como bien afirma A. VALCÁRCEL, al añadir que «las mujeres no representan una voluntad separada, femenina, sino que tienen su justo sitio en la voluntad general» (A. VALCÁRCEL, *Feminismo en el mundo global*, Madrid, Cátedra, 2008: 165).

puede participar nadie más»<sup>26</sup>. Se considera importante distanciarse al máximo de las teorías esencialistas que pueden acompañar la defensa de la paridad.

No obstante, algunos autores insisten en que los individuos deben compartir ciertas experiencias o características para poder comprender verdaderamente las necesidades y los intereses de los demás<sup>27</sup>. Al entender de esa forma, se concluye que un hombre no puede saber en qué consisten los intereses de una mujer. Por otro lado, hay quien sostiene que, aun cuando los hombres sean capaces de comprender los intereses de las mujeres, no resulta conveniente confiarles la defensa de los mismos, por la existencia de un conflicto de intereses entre los miembros de cada sexo sobre ciertos asuntos, como los relativos a la renta, la discriminación, los derechos legales y el cuidado de los hijos<sup>28</sup>.

Estos argumentos tienen una parte de verdad, como bien afirma KYMLICKA, ya que «nuestra capacidad de ponernos en lugar de otras personas tiene límites, aun cuando intentemos hacerlo sinceramente, y, conviene no olvidarlo, también hay límites al grado en que la mayoría de las personas intenta sinceramente ponerse en el lugar del otro»<sup>29</sup>. Pero de ahí a concluir una teoría general de que los hombres no pueden comprender o defender las necesidades de las mujeres, parece falso y además puede constituir un pretexto para que ellos no se esfuercen en entenderlas o representarlas<sup>30</sup>.

Por otro lado, defender que los hombres no pueden representar adecuadamente a las mujeres implica considerar que las mujeres no pueden representar a los hombres, como lo hace BAINES: «Lo cierto es que las mujeres no están especialmente interesadas en representar a los hombres»<sup>31</sup>. Según ese entendimiento, se elegiría a las personas para que hablen exclusivamente en nombre de su propia identidad o de sus intereses de grupo. Ésa es la fundamentación de parte de los defensores de la política de la presencia, pero no de la mayoría, según PHILLIPS<sup>32</sup>.

A esa discusión se debe añadir que no parece razonable presentar a las mujeres como una categoría unificada, que tiene una posición acordada sobre sus intereses y estrategias. Como afirma A. PHILLIPS,

«... sabemos que las mujeres ocupan posiciones muy diferentes en la jerarquía social; sabemos que la unidad de las mujeres es una construcción frágil a partir de experiencias no compartidas de clase, sexualidad, cultura, etnicidad o raza; sabemos que las mujeres discrepan profundamente en asuntos como el aborto, aunque estén más de acuerdo en general sobre el valor de la igualdad sexual. No podemos decir, pues, que cualquier mujer, sólo por el hecho de ser mujer, representará los intereses o preocupaciones o experiencias de las mujeres»<sup>33</sup>.

De esa forma, no es posible establecer un acuerdo claro sobre cuáles constituyen los intereses de las mujeres. Pese a ello, hay que indagar qué influencia puede tener la experiencia compartida en la actuación política de las mujeres.

<sup>26</sup> MAINSBRIDGE, 2001: 96.

<sup>27</sup> KYMLICKA, 1996: 193.

<sup>28</sup> CH. BOYLE, 1983, ápuD KYMLICKA, 1996: 193.

<sup>29</sup> KYMLICKA, 1996: 194.

<sup>30</sup> *Id.*

<sup>31</sup> BAINES ápuD KYMLICKA, 1996: 94.

<sup>32</sup> PHILLIPS, 1995: 85.

<sup>33</sup> PHILLIPS, 1999: 254.

Aunque las mujeres no tengan una identidad colectiva que suponga que todas piensan de la misma forma sobre los diversos aspectos de la vida y que por esto defiendan intereses similares, todas tienen en común la experiencia de vivir en una sociedad en la cual no existe igualdad efectiva entre los sexos. Esto no quiere decir que todas tengan conciencia de esta desigualdad, ni que quieran luchar contra la misma, ni que todas las que quieran luchar contra el sistema pretendan hacerlo de la misma forma, ni que esa lucha sea siempre y para todas ellas el interés único o predominante. Y las ramificaciones del feminismo existen como prueba de ello.

No obstante, es posible especular que esa experiencia compartida de las mujeres produce la voluntad de efectuar cambios a favor de la igualdad entre los sexos en un mayor número de mujeres que de hombres. Y que muchas veces las mujeres defiendan esos cambios con más empuje y dinamismo en la escena pública que los hombres<sup>34</sup>. De esta forma, cuando un contingente significativo de mujeres lleva su experiencia al Parlamento, puede provocar el efecto de contribuir a la defensa y elaboración de políticas públicas que favorezcan la igualdad entre mujeres y hombres. Es posible que este efecto no se produzca, pues no parece haber garantía de que las mujeres políticas favorezcan los intereses de las mujeres<sup>35</sup>. No obstante, la presencia equilibrada entre mujeres y hombres en el ámbito político es un factor que aumenta la posibilidad de que esto pueda realizarse y confiere legitimidad a la búsqueda de soluciones para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres y a todas las demás políticas que pretendan concretar la voluntad general.

Mencionar ese aspecto indica la importancia de la cantidad de la presencia. Una mayor cantidad de mujeres aumenta la posibilidad de formación de una masa crítica capaz de ejercer influencia política efectiva. El porcentaje necesario para la formación de esa masa crítica femenina puede ser considerado como un mínimo del 30 por 100 y un ideal del 50 por 100<sup>36</sup>.

Así, una mayor presencia de mujeres puede abrir la agenda política a temas que conciernen a la búsqueda de una mayor igualdad entre mujeres y hombres o a su autonomía, como el aborto, la violencia de género, la diferencia salarial entre los sexos, el cuidado de niños y ancianos, etcétera.

Según PHILLIPS, la variedad de intereses de las mujeres no impide afirmar que los intereses tienen género:

«El hecho de que algunas mujeres no tengan niños(as) no convierte el embarazo en un evento neutral en lo que se refiere al género; que las mujeres presenten profundas discordancias sobre el aborto no convierte su posibilidad legal en un problema que concierna igualmente a mujeres y hombres; que las mujeres ocupen diferentes posiciones en la jerarquía ocupacional no significa que ellas tengan los mismos intereses que los hombres en su clase. El argumento en torno al interés no depende de establecer un interés único para todas

<sup>34</sup> De acuerdo con PHILLIPS, uno de los argumentos a favor de cambiar las pautas de representación consiste en que los miembros de los grupos desfavorecidos necesitan tener defensores con más empuje y dinamismo en la escena pública. *Vid.* PHILLIPS, 1999: 244.

<sup>35</sup> *Id.*, 254.

<sup>36</sup> El umbral del 30 por 100 fue estipulado por la Conferencia de Nueva Delhi de la Unión Interparlamentaria, celebrada en febrero de 1997 bajo el lema «Towards Partnership Between Men and Women in Politics». Las conclusiones de esa conferencia pueden encontrarse en [www.ipu.org/splz-e/Ndelhi97.htm](http://www.ipu.org/splz-e/Ndelhi97.htm).

las mujeres: depende de establecer la diferencia entre los intereses de las mujeres y de los hombres»<sup>37</sup>.

No estoy completamente de acuerdo con la autora. Yo no diría que los intereses tengan género ni que se pueda establecer una diferencia entre los intereses de los hombres y los de las mujeres. Lo que diría es que algunos asuntos tienen gran relevancia en lo que se refiere a la igualdad de género o a la autonomía de las mujeres. Se puede también afirmar que algunos temas son de gran importancia para los intereses de las mujeres si se considera que éstos constituyen, de forma objetiva, la búsqueda de una mayor igualdad de género y autonomía de las mujeres<sup>38</sup>. Eso no quiere decir que las mujeres parlamentarias vayan a tener una posición única sobre esos temas, pero que ellos podrán ser incluidos en los debates. Esto, sin embargo, no es una garantía que adviene automáticamente de una presencia más equilibrada entre los sexos en los Parlamentos, pero indica una mayor posibilidad de que esto ocurra. De ahí que algunas pesquisas realizadas concluyan que la entrada de más mujeres en la política aporta cambios de concepciones en el ámbito de la igualdad de género<sup>39</sup>:

«La evidencia sugiere que las mujeres políticas en todos los principales partidos británicos traen consigo un diferente conjunto de valores relacionados con la igualdad de las mujeres en el trabajo, en casa y en la esfera pública. Aunque puede llevar cierto tiempo, si esas actitudes gradualmente pasan a formar parte de los manifiestos partidarios, debates políticos y, por último, la acción legislativa, al influenciar, por ejemplo, medidas en torno al igual salario, derechos reproductivos y la adopción de estrategias de acción afirmativas en el reclutamiento de mujeres dentro de los partidos, la entrada de más mujeres en el Parlamento tiene la capacidad de producir más que una simple diferencia simbólica en la representación democrática británica».

En este sentido, varias investigaciones realizadas en Estados Unidos señalan que las mujeres políticas tienden a priorizar las normas de derechos de la mujer más que los hombres<sup>40</sup>.

Por otro lado, es necesario destacar que los partidos políticos pueden ejercer importante influencia en relación con la delimitación de las medidas dirigidas a la igualdad entre los sexos. Sobre eso, es interesante la investigación de SKJEIE<sup>41</sup>, que evidencia la existencia de dos interpretaciones políticas diferentes sobre la política del cuidado. Una dimensión busca la conciliación entre el cuidado y la carrera profesional, mediante la inversión en guarderías públicas, por ejemplo. La otra dimensión se refiere al cuidado dentro del sistema de organización familiar, que pretende remunerar el trabajo del cuidado que la mujer (en general) realiza en el ámbito doméstico, posicionándola en rol tradicional y singular limitado al ámbito privado. Su investigación revela un

<sup>37</sup> PHILLIPS, 1995: 68.

<sup>38</sup> Ciertos autores consideran como interés compartido de las mujeres todos los asuntos que giran en torno al crecimiento de su autonomía. *Vid.* WÄNGNERUD, 2000: 70, y J. LOVENDUSKI y P. NORRIS, 2003: 88.

<sup>39</sup> Como ejemplo, se puede citar una investigación realizada mediante el envío de cuestionarios a los candidatos parlamentarios que participaban de las elecciones generales en Gran Bretaña para saber si las mujeres y los hombres de un mismo partido presentan diferentes actitudes y valores políticos. *Vid.* en LOVENDUSKI, NORRIS, 2003: 84-102.

<sup>40</sup> Sobre eso, *vid.* BOLES, 2001; CARROLL, 2001.

<sup>41</sup> La autora realizó una serie de entrevistas con los miembros del Parlamento noruego (146 parlamentarios, de un total de 157, fueron entrevistados). Todas las entrevistas se realizaron en la primavera de 1989, con la intención de establecer las interpretaciones de la relevancia política de la diferencia e identificar las diferencias de preferencias o prioridades entre los miembros del Parlamento. *Vid.* H. SKJEIE, 1991: 233-263.

desacuerdo entre partidos socialistas y no socialistas de Noruega sobre la dimensión prioritaria de la política del cuidado. Los resultados mostraron que la opción política elegida por los(as) parlamentarios(as) no tenía relación significativa con el género y sí con la identificación partidaria, ya que la gran mayoría de los parlamentarios/as de derecha tienden a apoyar en mayor grado las medidas que posibilitan la permanencia de la mujer en el ámbito doméstico, mientras los/las de izquierda priorizan la conciliación<sup>42</sup>.

Lo importante a destacar es que, con la entrada de más mujeres en la política, temas como éste puedan pasar a dominar la agenda y ser debatidos, aunque no exista garantía de ello, vuelvo a insistir. Ahora bien, por otro lado surge la indagación de si el aumento del número de mujeres puede generar cambios en la agenda política, mediante la introducción de otros asuntos o valores que no tengan relación directa con la igualdad de género y la autonomía de las mujeres.

## 5. LOS VALORES MORALES EN LA POLÍTICA: LA ÉTICA DEL CUIDADO Y EL FEMINISMO MATERNAL

Algunos autores defienden que aumentar el porcentaje de mujeres políticas implica introducir nuevos valores y actitudes. Eso conforme a la suposición de que las mujeres serían menos competitivas, más cooperativas, más preparadas para escuchar a los demás, más generosas y tendrían valores morales más elevados. Estos argumentos están, en general, asociados con el papel de las mujeres como cuidadoras y madres<sup>43</sup>. Por ello, se presentan a continuación algunas ideas relacionadas con la política del cuidado y el feminismo maternal.

Algunas autoras, entre las cuales se destacan CHODOROW<sup>44</sup> y GILLIGAN<sup>45</sup>, desarrollan una teoría con enfoque psicológico basado en que las mujeres tendrían una manera diferente de pensar, valorar e interpretar la realidad, que estaría marcada por la disposición relacional, por la empatía y por el afecto. GILLIGAN delinea lo que se entiende por «ética femenina del cuidado», que se basaría en valores como la solidaridad y la responsabilidad, la paz, la sensibilidad, los afectos, y en el cuidado como principal guía. La mencionada autora afirma que

«la secuencia del juzgamiento moral femenino procede de una inicial preocupación por la supervivencia, de un foco en la bondad y finalmente de una reflexión comprensiva del cuidado como el más adecuado guía para la resolución de los conflictos en las relaciones humanas»<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Se preguntó a hombres y mujeres de los diferentes partidos si el aumento de los subsidios estatales para las familias con niños(as) pequeños(as) debería ser traducido en un crecimiento de los subsidios para las guarderías o como un aumento del montante en pagos directamente a las familias, de forma que los padres pudieran decidir cómo usarlo. Los hombres y mujeres de los partidos de izquierda escogieron, por una gran mayoría, la primera opción, y los de derecha, la segunda (H. SKJEIE, 1991: 243).

<sup>43</sup> A. PHILLIPS, 1995: 73-74.

<sup>44</sup> CHODOROW, 1978.

<sup>45</sup> GILLIGAN ha realizado estudios por medio de entrevistas a mujeres y hombres con el intento de permitir comprender cómo varones y mujeres interpretan su vida y los problemas con los que se enfrentan de manera marcadamente distinta. *Vid.* GILLIGAN, 1982.

<sup>46</sup> C. GILLIGAN, 1982: 105.

Por otro lado, la ética masculina estaría fundada en una idealizada justicia imparcial, distributiva y equitativa, basada en la agresividad, la competitividad y el egoísmo. Según la escritora, esas diferencias aparecen tanto por razones de estatus social y poder como por factores relacionados con la biología reproductiva<sup>47</sup>.

Con base en ese marco teórico, en la década de 1980 surgió el denominado «pensamiento maternal», entre cuyas representantes se destacan J. BETHKE ELSHTAIN y S. RUDDICK. Estas autoras consideran que los valores de la práctica maternal deberían constituir una perspectiva normativa a ser tomada en consideración en la esfera pública y en la noción de *ciudadanía*.

Para ELSHTAIN, es imprescindible resaltar la relevancia del espacio privado y de la experiencia de las mujeres, en el sentido de amar, cuidar y atender a las necesidades de las demás personas. Así, esas virtudes propias de la esfera privada deberían ocupar un terreno privilegiado en la política, como forma de combatir la política contemporánea dominada por un individualismo exacerbado y expresada mediante un lenguaje impersonal<sup>48</sup>.

De acuerdo con RUDDICK, la práctica maternal genera una ética que se caracteriza por la preservación, el crecimiento y la aceptabilidad social del niño(a)<sup>49</sup>. En razón de la necesidad de trazar estrategias para solucionar los problemas generados por el cuidado de los hijos(as), la madre desarrollaría una especial disposición para el cuidado que, a su vez, la induciría a una práctica no violenta<sup>50</sup>. Por eso, la pensadora considera la ética de la maternidad como una vía hacia una política pacificadora<sup>51</sup>. La escritora aclara que, pese a referirse a la maternidad y a las madres (en el femenino), la palabra *maternal* sería una categoría igualmente aplicable a los varones que asumen la tarea del cuidado de los(as) hijos(as)<sup>52</sup>.

Este pensamiento parece ser inadecuado para fundamentar la importancia de una mayor participación de las mujeres en la política. Como subraya DIETZ, ser una buena madre no convierte a alguien en un buen ciudadano. La relación entre la madre y el(la) hijo(a) no es análoga a las entabladas entre ciudadanos, pues los dos primeros están en posiciones de desigualdad y subordinación, lo que no es deseable en las relaciones entre ciudadanos. Además, en el primer caso la actividad es íntima, exclusiva y particular, mientras en el segundo es colectiva, inclusiva y generalizada<sup>53</sup>.

Los valores que las mujeres deben defender, en cuanto ciudadanas, no son tan maternos como el crecimiento y la preservación de la crianza, y sí políticos como la libertad y la igualdad<sup>54</sup>.

Además, el pensamiento maternal ha recibido varias críticas que coinciden en gran parte con las relacionadas con el feminismo de la diferencia. Una de ellas se refiere al

<sup>47</sup> *Id.*, 2.

<sup>48</sup> ELSHTAIN, 1993: 240-248.

<sup>49</sup> RUDDICK, 1989: 17.

<sup>50</sup> No obstante, la autora no realiza generalizaciones, pues aclara que su descripción de práctica maternal gobernada por principios de no violencia no incluye a todas las madres en todos los lugares (RUDDICK, 1989: 162).

<sup>51</sup> *Id.*, 163: 163.

<sup>52</sup> *Ibid.*, xiii, xiii.

<sup>53</sup> M. DIETZ, 1985: 31.

<sup>54</sup> *Id.*, 34.

esencialismo implícito en esa teoría, al presentar a la maternidad como un rasgo común de identidad de las mujeres.

Por otro lado, utilizar ese pensamiento como estrategia para superar la desigualdad injusta conduce al efecto contrario, pues «las teorías maternalistas reproducen un feliz reino de las mujeres que no hace sino situarlas simbólicamente y políticamente donde siempre habían estado: en su papel de buenas madres»<sup>55</sup>. Las mujeres se preguntarían acerca de la utilidad de reivindicar un espacio público masculino poco atractivo, si ya tienen su propio terreno, que, además, es moralmente más valioso. De ahí que esa diferencia reforzaría tanto la desigualdad entre géneros como la división público-privado<sup>56</sup>.

Por otro lado, defender la participación de las mujeres en la política con base en el argumento de que las personas del sexo femenino tienen una mayor tendencia a adoptar virtudes políticas superiores, sea por una supuesta predisposición biológica o por un específico contexto social, resulta peligroso. Una democrática defensa de la ciudadanía no puede aceptar argumentos basados en la superioridad de un grupo o categoría frente a otro(a) so pena de que la democracia pierda su significado<sup>57</sup>.

Así, es relevante subrayar que la búsqueda de una democracia más justa requiere la participación tanto de las mujeres como de los hombres, con igual importancia. Como afirma PHILLIPS, la política es más formativa que el sexo, y el contraste entre los que ingresan en el ambiente político y los que no lo hacen es más profundo que cualquier diferencia de género entre los electos<sup>58</sup>. Si la entrada de más mujeres en la política trae consigo la introducción de valores superiores, esto se limita al plano especulativo, pero no debe servir para fundamentar la importancia de su mayor participación en la política<sup>59</sup>.

Además, teniendo en cuenta que no hay garantía de que el cambio se produzca en relación con temas sobre igualdad de género y autonomía de las mujeres (lo que parece razonable esperar, por los motivos ya mencionados), hay todavía menos garantía de que existan cambios sobre otros asuntos. La mencionada investigación realizada en Gran Bretaña revela que de la entrada de más mujeres en el Parlamento no se puede esperar la alteración de políticas sobre las cuales los partidos se mantienen divididos, como el papel del país en la Unión Europea, el papel tradicional del Estado en la economía, o el tradicionalismo moral. No obstante, se pueden esperar cambios en los asuntos relacionados con la autonomía de las mujeres<sup>60</sup>.

En ese mismo sentido, un estudio llevado a cabo en Estados Unidos indicó que el género influye de manera más significativa para promover derechos de las mujeres

<sup>55</sup> SÁNCHEZ, 2000a: 13.

<sup>56</sup> *Id.*, 14

<sup>57</sup> M. DIETZ, 1987: 17.

<sup>58</sup> PHILLIPS, 1995: 75.

<sup>59</sup> Pero es razonable prever que muchas mujeres utilizan ciertos argumentos basados en el género para captar votos, ya que, de acuerdo con algunas encuestas, gran parte de las personas considera que las mujeres son más honestas que los hombres, por ejemplo. Según la encuesta realizada por la organización Gallup con aproximadamente 2.000 latinoamericanos en cinco ciudades principales, el 57 por 100 de los encuestados consideró que la mayor presencia de la mujer en la política llevaría a un mejor gobierno, y un 66 por 100 acordó que las mujeres son más honestas que los hombres (DIÁLOGO INTERAMERICANO, 2001).

<sup>60</sup> *Vid.* en LOVENDUSKI y NORRIS, 2003: 12-13.

como los reproductivos, la acción afirmativa y la violencia doméstica, pero que temas tradicionales de la mujer como la seguridad social, la educación y la salud son asuntos sobre los cuales los hombres tienen el mismo grado de interés que ellas. Así, las mujeres que están en el poder tienen muchos más intereses compartidos que particulares con los hombres que también están en el poder<sup>61</sup>.

## 6. LOS BENEFICIOS A LA DELIBERACIÓN POLÍTICA

Estoy de acuerdo con PHILLIPS en el sentido de que no se puede confiar en que los Parlamentos con escasa presencia de mujeres sean apropiados para abordar toda la gama de los intereses humanos<sup>62</sup>, entre los cuales se incluyen los intereses referentes a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. En la línea de lo que afirma MARTÍNEZ ALARCÓN, si una mayor presencia de mujeres se tradujera en la mejora de condiciones del colectivo femenino, esta situación no sería criticable, pues la idea de un ciudadano representante del pueblo en su generalidad y, por tanto, comprometido con la búsqueda del interés general, no obliga a aceptar la idea de un ciudadano neutro «que responde a la falaz existencia de un cuerpo electoral absolutamente homogéneo»<sup>63</sup>. Como se ha mencionado, parece correcto entender que los representantes del Parlamento defienden el interés general, pero este interés no es algo previamente dado, sino que es construido en virtud de un proceso de deliberación, que se concreta como consecuencia de la discusión de intereses y puntos de vista diversos. Por esto algunos autores afirman que la «voluntad nacional (o autonómica local) que expresan los representantes debe ser unitaria sólo en el momento de su manifestación, no en el momento de su creación»<sup>64</sup>.

Es importante, por tanto, que un número razonable de mujeres participen del proceso deliberativo, en el sentido de que la presencia equilibrada de mujeres y hombres puede servir «para enriquecer la deliberación política y, con ello, conseguir decisiones políticas más ilustradas y justas para todos, contribuyendo así en mayor medida al interés general»<sup>65</sup>. Así pues, la presencia equilibrada de mujeres y hombres concede mayor legitimidad al proceso deliberativo en su conjunto y deja la puerta abierta a la elaboración de políticas en el sentido de favorecer la igualdad entre mujeres y hombres<sup>66</sup>. Si estas políticas se aprueban, no significa que las mujeres representen exclusivamente los intereses de las mujeres, sino que este cambio forma parte del interés general concretado por la unidad de los representantes.

Por otro lado, si no se aprueban estas políticas, el mero equilibrio entre los sexos en el Parlamento ya equivale a una mayor igualdad entre mujeres y hombres en lo que respecta al acceso a los cargos públicos representativos y, además, tiene la mencionada importancia de construir un nuevo significado social, al transmitir a la sociedad modelos de rol más igualitarios, y de enriquecer la deliberación política.

<sup>61</sup> En este sentido, S. A. BECK, 2001; HTUN, 2003; MCGLEN y SARKEES, 1993.

<sup>62</sup> PHILLIPS, 1995: 254.

<sup>63</sup> MARTÍNEZ ALARCÓN, 2007: 182.

<sup>64</sup> RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, 1999: 4.

<sup>65</sup> A. RUIZ MIGUEL, 2003: 301.

<sup>66</sup> GARCÍA GUITIÁN se expresa en este sentido en relación con la política de la presencia para los colectivos que han sufrido discriminación histórica (GARCÍA GUITIÁN, 2001: 225).

## 7. LA PENDIENTE RESBALADIZA

Los argumentos presentados anteriormente, en gran parte son razonamientos utilizados por defensores de una política de la presencia para diversos grupos sociales excluidos. De esta forma, se presenta la crítica de que la existencia de medidas para favorecer el acceso de más mujeres a la política representativa posibilita que cualquier grupo o sector social marginado tenga el mismo derecho, en razón de su raza, religión, edad, enfermedad, etc.<sup>67</sup>. Se afirma, en este sentido, que por el mecanismo de la pendiente resbaladiza las cuotas por razón de sexo podrían producir el riesgo de fragmentar la representación política, provocando la disolución del interés general para favorecer los intereses parciales.

Sobre este aspecto es necesario resaltar, en primer lugar, la facilidad práctica de determinar a las personas de conformidad con su sexo. Como afirma A. PHILLIPS, la existencia de dos sexos es algo evidente en sí, toda vez que, aunque la diferencia sexual no es un mero hecho de la biología, existe un entendimiento sobre la diferenciación entre hombres y mujeres prácticamente incontrovertido. Por contra, la diferencia étnica es polémica y se suele distinguir entre una mayoría étnica y minorías étnicas, las cuales, a su vez, pueden someterse a otras subdivisiones. Una categorización que diferencie únicamente entre la mayoría étnica y el resto es inadecuada, toda vez que los miembros de una determinada minoría pueden no sentirse justamente representados por miembros de otro grupo minoritario. Por otra parte, también resulta inapropiada la búsqueda incesante de categorías suficientemente pluralizadas para absorber toda la complejidad de las identidades étnicas<sup>68</sup>. Por eso, la introducción de cuotas electorales mínimas por razón de sexo es menos problemática en comparación con las cuotas por razón de etnia o raza<sup>69</sup>.

Por otro lado, las mujeres son tratadas de forma discriminatoria como si formaran una minoría<sup>70</sup>, es decir, pese a que no constituyan una minoría en un sentido numérico, forman una minoría en un sentido sociológico, en razón de su discriminación histórica<sup>71</sup>, lo que induce a la consideración de la discriminación contra las mujeres como un caso singular<sup>72</sup>.

Además, las mujeres son la mitad de cada sociedad<sup>73</sup>, de forma que su presencia tiende a ser transversal a todas las ideologías y partidos<sup>74</sup>. Como afirma A. PHILLIPS, las cuotas por razón de sexo no presuponen una posición de las mujeres unificada, pues «el paso a una representación menos protocolaria de las mujeres debería brindar

<sup>67</sup> LAPORTA, 2000: 20-25.

<sup>68</sup> En este sentido se expresa PHILLIPS, 1999: 251.

<sup>69</sup> *Id.*, 251.

<sup>70</sup> En ese contexto, FERNÁNDEZ GARCÍA menciona «el derecho a no ser tratado como minoría», que consiste en «el derecho a ser iguales en derechos que la mayoría» (FERNÁNDEZ GARCÍA, 1992: 74). En el caso estudiado, el género masculino representa la mayoría porque las diversas dimensiones del poder (político, económico, etc.) se encuentran, mayoritariamente, en manos de hombres, por razón de la discriminación existente en detrimento de las mujeres.

<sup>71</sup> R. OSBORNE, 1996: 91.

<sup>72</sup> RUIZ MIGUEL, 2003: 304.

<sup>73</sup> R. COBO, 2003: 69.

<sup>74</sup> RUIZ MIGUEL, 2007: 64.

espacio a una variedad más amplia de mujeres políticas, que abarcase toda la gama de los planteamientos políticos de partido»<sup>75</sup>. En este sentido, la cuota para cada sexo no conlleva la pretensión de una representación diferenciada para las mujeres, que se consideran portadoras de intereses propios y distintivos; por contra, supone el objetivo de aumentar la igualdad entre los sexos en todo el arco de las convicciones y ofertas públicas<sup>76</sup>.

El último aspecto mencionado es el más importante y ayuda a entender el motivo por el que la mejor solución para la infrarrepresentación política femenina puede divergir de la que debe ser aplicada en el caso de los grupos étnicos. Se puede observar que en las democracias electorales<sup>77</sup> los Estados en general adoptan cuotas en los partidos políticos para las mujeres y reserva de escaños en las legislaturas para los miembros de los grupos étnicos<sup>78</sup>. Para explicar eso, HTUN<sup>79</sup> presenta el argumento de que las cuotas aplicadas en las candidaturas electorales de cada partido son más apropiadas para los grupos que atraviesan las divisiones partidarias, mientras que las reservas de un número de escaños en el Parlamento se ajusta a los grupos que coinciden con las divisiones de partido o de organización política (pues sus miembros tienden a pertenecer a un único partido u organización política).

La reserva de escaños es también una cuota<sup>80</sup>, pero esa cuota representa un porcentaje o un número fijo para las mujeres, no en las candidaturas electorales de los partidos y sí directamente en el Parlamento. Eso ocurre siempre que los escaños son ocupados por una designación directa de los partidos o por el más votado bien en distritos electorales especialmente creados, bien mediante listas electorales separadas para votantes registrados.

En la mayoría de los casos, los grupos étnicos se agrupan en un mismo partido u organización política y por eso prefieren este sistema<sup>81</sup>. Por el sistema de reserva de escaños, los grupos no se integran en los diversos partidos existentes, sino que obtienen el acceso al poder político separadamente, y, si fuera necesario, con independencia de los sistemas partidarios en vigor<sup>82</sup>.

En algunos países con grandes divisiones internas de tipo étnico, religioso o lingüístico, la reserva de escaños para ciertos grupos ha sido adoptada en virtud de un consenso para evitar guerras civiles y/o garantizar la estabilidad democrática. En otros países tales reservas fueron adoptadas para atender a demandas de grupos discriminados. En Bélgica, el Parlamento está dividido entre los representantes de los dos idiomas existentes (neerlandés y francés) y sus respectivos partidos. En Israel, nueve

<sup>75</sup> A. PHILLIPS, 1999: 250.

<sup>76</sup> RUIZ MIGUEL, 1999: 53.

<sup>77</sup> Según el criterio adoptado por la ONG «The Freedom House», <http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=439>.

<sup>78</sup> Para verificar los países que adoptan reservas de escaños y/o cuotas en las candidaturas partidarias por razón de etnicidad o de género, *vid.* HTUN, 2004a: 441.

<sup>79</sup> *Id.*

<sup>80</sup> Se utiliza la expresión «reserva de escaños» en el Parlamento *versus* «cuota» en las candidaturas electorales para diferenciar el tipo de medida, pero toda vez que se reserva un porcentaje de plazas, sea en la candidatura electoral, sea directamente en el Parlamento, en los dos casos se trata de una cuota/reserva.

<sup>81</sup> HTUN, 2004a: 444.

<sup>82</sup> *Id.*, 442.

partidos que representaron distintas etnias y grupos religiosos ocuparon casi la mitad de los puestos del Parlamento. En Nueva Zelanda, existen reglas que designan un número de puestos representativos a los maoríes. En Venezuela, la reforma constitucional de 1999 estableció la reserva de tres puestos para la comunidad indígena en la Asamblea Nacional, eliminando la exigencia de registro partidario. La Constitución colombiana de 1991 creó un distrito senatorial de dos escaños para comunidades indígenas y posibilita la reserva de un máximo de cinco escaños en la Cámara Baja para grupos étnicos y otras minorías. En India existe reserva de puestos para ciertas castas discriminadas, etcétera.

Las cuotas en las candidaturas electorales, al contrario de las reservas de escaños, pretenden posibilitar la integración de un grupo o categoría de personas en los partidos ya existentes, por lo que no modifican las instituciones políticas. Así, ese sistema es adecuado para los miembros de un grupo que atraviesan las divisiones partidarias, como es el caso de las mujeres. Desde que las mujeres tuvieron el derecho de integrarse en la política, los partidos cuentan con miembros hombres y mujeres. Hay pocos partidos definidos por un género y ninguno de ellos tiene una representatividad sustancial<sup>83</sup>.

Un grupo étnico no agrega obligatoriamente consigo una carga política común, aunque existe una mayor tendencia a ello. Esto porque la coincidencia ideológica y la concentración geográfica no deja de ser efecto de la construcción histórica<sup>84</sup>. En el caso de un grupo definido únicamente por la raza<sup>85</sup>, la posibilidad de que el colectivo demuestre no tener una fuerte identidad política es mayor que en el caso de un grupo étnico. Los afro-descendientes en Brasil, por ejemplo, presentan características asociadas con la similitud de género, como la baja segregación geográfica y la pequeña correlación en términos de voto o filiación partidaria. En ese caso, se puede pensar en la posibilidad de adopción de cuotas en las candidaturas partidarias y no de reserva de escaños<sup>86</sup>.

Por otro lado, es posible especular que, en las sociedades demasiado opresoras, el género no supera tanto las divisiones políticas existentes. Es el caso de los países con gobiernos no democráticos o con democracias frágiles, en los cuales las mujeres todavía tienen roles limitados al ámbito privado, no compartiendo con los hombres las esferas económicas y sociales en general. En esas hipótesis, formar parte del género femenino puede significar, en mayor medida, una relación de pertenencia a un grupo con una identidad política común. En la mayoría de los países con regímenes autoritarios y/o cuya cultura sea opresora en relación al género, los gobiernos optan por la

<sup>83</sup> *Ibid.*, 443.

<sup>84</sup> *Ibid.*, 443.

<sup>85</sup> Aunque desde un punto de vista biológico no existen razas, sólo variantes físicas en los seres humanos, el término se utiliza muchas veces con una connotación política para informar de cómo ciertos rasgos físicos, como el color de la piel o el tipo de pelo, interfieren en el destino social de sus miembros. La etnicidad hace referencia a las prácticas culturales y sociales que diferencian a ciertos grupos. Un individuo muchas veces puede tener el mismo color de la piel que otro, pero rasgos culturales y sociales distintos y por ello pertenecer a etnias diferentes. Así, dentro de una etnia pueden existir diferentes razas, o dentro de una misma raza pueden distinguirse diferentes etnias. Sobre la interpretación de la raza y la etnicidad, *vid.* GIDDENS, 2002: 319-324, y GARVÍA, 2004: 91-92.

<sup>86</sup> En Brasil, el mecanismo de inclusión política demandado por los afro-descendientes constituyen las cuotas raciales en los partidos y no la reserva de escaños en el cuerpo legislativo (HTUN, 2004b).

reserva de puestos representativos para las mujeres. De esa forma, los Estados atienden a la presión popular y a las normas internacionales, sin abrir espacio a la competencia partidaria<sup>87</sup>. Es el caso de Ruanda, Marruecos, Pakistán y Jordania, por ejemplo.

Como ya se ha afirmado, los países democráticos, a su vez, adoptan, en general y en el ámbito político, reserva de escaños para los grupos étnicos y cuotas en las candidaturas electorales para las mujeres. Una excepción a eso es Perú, que, en primer lugar, adoptó las cuotas para las mujeres en las candidaturas electorales (en 1997) y años después ha reglamentado el mismo tipo de cuotas (en las candidaturas partidarias) para las comunidades indígenas de la región Amazónica. Esta política fue criticada por los líderes indígenas por haber perjudicado su organización política. Lo que ellos querían era la reserva de puestos en el Parlamento, como ocurre para los indígenas de otros países<sup>88</sup>.

Esa reserva de escaños es un elemento de la agenda de la comunidad indígena en Perú, que incluye también derechos de propiedad, autonomía cultural y territorial, respeto por las leyes consuetudinarias y la educación bilingüe. Estas pretensiones requieren que el Estado reconozca múltiples formas colectivas de ciudadanía y tolere la pluralidad de regímenes legales. Así, el sentido de representación de grupo y de representación sustantiva de intereses es muchas veces más fuerte en relación con los grupos étnicos que en lo concerniente a las mujeres. La reserva de escaños, al crear mecanismos que establecen formas separadas de acceso a la legislatura para ciertos grupos, puede contribuir a aumentar las diferencias y divisiones; mientras que las cuotas en las candidaturas electorales integran el grupo en la pluralidad de partidos existentes, sin que se establezcan mayores vínculos entre los representantes y los representados de este grupo, como ya se ha observado en ocasiones anteriores.

Volviendo a la regla de que los países con democracias electorales adoptan cuotas en las candidaturas para las mujeres y reserva de escaños para las distintas etnias, obsérvese que otra excepción es India<sup>89</sup>, que, en vez de adoptar cuotas en las candidaturas partidarias para las mujeres, ha optado por la reserva de puestos representativos. Así, ya en la década de 1970, el Gobierno de India ha formado una comisión con la finalidad de proponer recomendaciones para mejorar la situación de las mujeres. Uno de los temas analizados por esta comisión fue el de la reserva de escaños para las mujeres, como la que ya existía para ciertas castas y tribus.

El comité no recomendó, por mayoría de votos, la política de reserva (a nivel nacional) para los miembros del sexo femenino, a pesar de haber reconocido que la subrepresentación femenina es un grave problema. Para justificar su posición, se hizo una distinción entre las mujeres, que constituirían una categoría, y las comunidades minoritarias, como serían las basadas en castas o religión. Según la fundamentación, las mujeres no constituyen una comunidad porque, aunque tienen problemas propios, comparten con los hombres los problemas de sus grupos, localidades y comunidades. Las mujeres no están concentradas en ciertas áreas o confinadas en esferas especiales de actividad. Los intereses de ellas no pueden ser separados de los intereses econó-

<sup>87</sup> HTUN, 2004a: 451.

<sup>88</sup> *Ibid.*, 449.

<sup>89</sup> También se pueden considerar excepciones Bangladés, Burundi y Taiwán, que adoptan reserva de escaños para las mujeres.

micos, sociales y políticos de los grupos y clases en la sociedad<sup>90</sup>. En razón de ello, el comité entendió que el argumento de la minoría no podría ser aplicado a las mujeres y que no había base racional para la reserva de puestos de género<sup>91</sup>.

No obstante, el comité recomendó la reserva de escaños para las mujeres en los gobiernos locales para asegurar los intereses de las mujeres rurales y pobres. Ésta parece haber sido una posición conciliatoria entre los que estaban en contra de la reserva de género en cualquier nivel y los que la apoyaban para todos los niveles. Esta diversidad de opiniones<sup>92</sup> puede ser observada cuando, por un lado, el comité declara que el argumento de la minoría no puede ser aplicado a las mujeres y por otro lado afirma que, a pesar de no conformar una minoría numérica, las mujeres empiezan a adquirir rasgos de una comunidad minoritaria por motivo de las continuas desigualdades de género<sup>93</sup>.

Las recomendaciones del comité se adoptaron en 1992 en las enmiendas constitucionales 73 y 74, que reservan para las mujeres 1/3 de los puestos en los Panchayat (institutos rurales de autogobierno) y en los consejos urbanos. La reserva de escaños a nivel nacional ha sido adoptada ocho años después, en marzo de 2010, mediante la aprobación<sup>94</sup> de la enmienda constitucional núm. 96, que establece la reserva de 1/3 de los puestos del Parlamento a mujeres.

En Francia, las feministas utilizaron los mismos argumentos presentados por el comité de India, pero no para deslegitimar las cuotas a nivel nacional, sino para defenderlas. Las francesas subrayaron la naturaleza transversal del género, por lo que, a diferencia de los grupos étnicos, las mujeres trascienden categorías geográficas, ocupacionales, lingüísticas y religiosas. Con esa argumentación se buscaba justamente defender que las cuotas electorales femeninas no amenazaban los principios de universalidad republicanos y que su adopción no legitimaría la creación de cuotas para otros grupos. Se subrayó que las mujeres no constituyen una categoría análoga a las minorías, y sí la mitad de la humanidad. De esta manera lo ha entendido el Tribunal Constitucional español, al resolver que la cuota electoral por razón de sexo no constituye

«una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomasen en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados (STC 12/2008, FJ 5)».

Así, se puede observar que, entre los distintos grupos o categorías, existen diversos grados de transversalidad<sup>95</sup>. Los grupos más transversales son los que no presentan una segregación geográfica y participan de casi todos los distintos grupos sociales, sean

<sup>90</sup> RAMAN, 2002: 22-32.

<sup>91</sup> HTUN, 2004a: 448.

<sup>92</sup> En el comité se presentaron dos notas disidentes que criticaron el «tokenismo» que adviene de la existencia de pocas mujeres en la política, de forma que la posición minoritaria y dependiente de ellas ocasionaría obstáculos para su acción en defensa de los derechos de las mujeres. Una mayor representatividad femenina aumentaría la preocupación de las representantes políticas en relación con los problemas que afectan al género femenino y contribuiría a la movilización política de las mujeres (SHARMA, 2000: 64).

<sup>93</sup> HTUN, 2004a: 448.

<sup>94</sup> Los partidos minoritarios se han opuesto a la aprobación de esta norma. *Vid.* GAYO MACÍAS, 2010.

<sup>95</sup> HTUN utiliza la expresión en inglés *crosscutting groups* y los diferencia de los *coinciding groups* (HTUN, 2004a: 441).

ideológicos, religiosos, económicos, étnicos, etc., existentes en la sociedad. Los grupos menos transversales y más coincidentes son aquellos cuyos participantes poseen una significativa segregación geográfica y coinciden en gran parte en ciertos aspectos sociales y culturales, como los ideológicos, religiosos o lingüísticos.

Las mujeres serían un ejemplo de grupo transversal, y, por ese motivo, se puede incluso preferir no considerar que formen un grupo<sup>96</sup>, sino una categoría. Además, por dividir la humanidad en dos sexos en un porcentaje equilibrado, se afirma que la distinción sexual es la única diferencia universal<sup>97</sup>. Por ello, las mujeres pueden ser consideradas el grupo transversal por excelencia.

Varias tribus indígenas de muchos países pueden ser citadas como ejemplos de grupos menos transversales, como los indígenas de Amazonia en Perú. Como ya se ha señalado, en muchos casos los negros se aproximan más a la transversalidad, como en el ejemplo de Brasil.

Por tener un sentido de identidad más fuerte, que muchas veces no atraviesa las divisiones partidarias, en general los grupos no transversales prefieren la reserva de escaños en los Parlamentos. Ello es debido a no querer correr el riesgo de perjudicar a su organización política. Por otro lado, la reserva de escaños y la presencia de cierto grupo étnico en el Parlamento en general no acaban con la necesidad de esta reserva especial, sino que la refuerzan. Eso porque, como la reserva crea incentivos para las organizaciones de grupo específicas, sus reivindicaciones y particularidades pueden ganar fuerza. Ellos quieren su particularismo reconocido y legitimado<sup>98</sup>.

Los grupos transversales (como es el caso de las mujeres), al contrario, tienen un sentido de identidad muy frágil, formado básicamente por la existencia de discriminación. Sus miembros están dispersos en los diversos grupos sociales (incluso partidarios) y por eso el sistema más apropiado sería las cuotas en las candidaturas electorales. Además, el alcance del equilibrio de género en el Parlamento convierte en innecesarias las cuotas, pues lo que se pretende es que las mujeres logren participar de las instituciones universales con igualdad, sin necesidad de ser reconocidas como un grupo separado de representantes y representadas. Así, como comenta BALLESTRERO:

«La representación equitativa de las mujeres, en efecto, no tiene el mismo alcance ni el mismo significado que el de la representación equitativa de las minorías étnicas o raciales. En el caso del sexo, la representación equitativa coincide con la igualdad, porque corresponde a un modelo de sociedad igual. En el caso de las minorías étnicas, *representación equitativa* quiere decir presencia proporcionada, porque corresponde a un modelo de so-

<sup>96</sup> De acuerdo con SÁNCHEZ, «deberíamos preguntarnos si es adecuado aplicar la categoría de «grupo» al colectivo de las mujeres, ya que constituimos la mitad de la especie humana [...] En primer lugar, parece problemático, cuando menos dudoso, mantener un «nosotras» colectivo como sujeto de derechos. Ello supondría admitir la existencia de unos intereses homogéneos por parte de las mujeres, con los cuales éstas se identificarían [...] En definitiva, cuando hablamos de grupos corremos el riesgo de esencializarlos, de fijar unas identidades con una esencia predeterminada» (SÁNCHEZ, 2000b: 415-426). Como afirma BELTRÁN, «es cierto que a ciertos efectos, en concreto para ser destinatarias de acción positiva, es necesaria su catalogación dentro del grupo mujeres, y es necesario también el reconocimiento como grupo discriminado y en situación histórica de inferioridad. Sin embargo, las características del grupo mujeres sólo han de ser tenidas en cuenta en relación con el grupo varones, no con cualquier otro grupo, porque ambos grupos, mujeres y varones, son la totalidad de los seres humanos» (BELTRÁN, 2004: 585).

<sup>97</sup> Como subraya AGACINSKI (AGACINSKI, 2003: 18).

<sup>98</sup> M. HTUN, 2004a: 452.

ciudad inclusiva. Cabe decir: en el primer caso, igualdad sin más; en el segundo, integración de las diversidades»<sup>99</sup>.

Como se ha observado, en algunos casos la demanda de ciertos movimientos de mujeres pretende el separatismo, al considerar que las supuestas diferencias esenciales entre mujeres y hombres requieren un tratamiento diferente a largo plazo. Pero esta filosofía no es la predominante, al menos no en el pensamiento de la mayoría de los miembros mujeres y hombres de los órganos políticos y jurídicos de las democracias occidentales. Por ello, en tales países un sistema de reserva de escaños para las mujeres difícilmente lograría éxito.

Hay que resaltar que el sistema de reserva de escaños para grupos, directamente o por medio de distritos separados, ha sido criticado por muchos autores. Como señala WILLIAMS, varias objeciones al principio general de la representación por grupos se centran en criticar formas particulares de representación por grupo, como la reserva de escaños<sup>100</sup>. Tales críticas hicieron incluso que YOUNG, defensora de la reserva de puestos para grupos en los órganos representativos, matizara su opinión posteriormente<sup>101</sup>.

Se afirma que la reserva de escaños tiende a inmovilizar la identidad del grupo y su relación con otros grupos. De ahí que sean deseables procedimientos más fluidos para la adaptación a las relaciones sociales cambiantes. Y en el caso de la existencia de distritos electorales especiales para un cierto grupo, dada la dificultad de crear distritos homogéneos, se señala que la minoría que no se identifica con este grupo puede sentirse subrepresentada<sup>102</sup>. Por esas y otras razones, YOUNG considera que la reserva de puestos en los órganos legislativos debe consistir en el último recurso para representar las perspectivas sociales excluidas<sup>103</sup>.

La autora añade que la adopción de cuotas para las mujeres en los partidos o de reglas imponiendo ciertas proporciones de miembros de un grupo racial o étnico en las convenciones partidarias son, en general, formas aceptables de promover la inclusión de variadas perspectivas e intereses. Se trataría de mecanismos que no segregan los miembros de un grupo, sino que los incluyen en las deliberaciones partidarias.

Lo que se pretende resaltar, con todo lo comentado anteriormente es que, en el caso de las mujeres, la adopción de cuotas en las candidaturas electorales no posibilita que cualquier otro grupo tenga el mismo derecho, provocando la fragmentación de la representación política. En primer lugar, porque las mujeres son el grupo transversal por excelencia, pues constituyen la mitad de la humanidad, están presentes en casi todos los grupos sociales y tienen un sentido de identidad política muy frágil. Por otra parte, el mecanismo de las cuotas en los partidos políticos no incentiva la segregación, al contrario, busca dar a las mujeres igualdad de condiciones en relación con

<sup>99</sup> BALLESTRERO, 2006: 74.

<sup>100</sup> WILLIAMS, 1998.

<sup>101</sup> YOUNG, 2000: 149.

<sup>102</sup> Por eso, según L. GUINIER, la separación geográfica por distritos no es la solución preferencial para la representación por grupos (GUINIER, 1995).

<sup>103</sup> Según YOUNG, la perspectiva social consiste en un conjunto de cuestiones, tipos de experiencia y suposiciones a partir de las cuales los miembros de un mismo grupo entiende e interpreta la realidad. De esa forma, el compromiso con la igualdad política implica la adopción de medidas en el sentido de incluir la representación de los grupos sociales excluidos y, por consecuencia, de sus perspectivas (YOUNG, 2000: 148).

los hombres en los distintos grupos partidarios, a fin de representar las diversas líneas ideológicas y a ambos sexos.

Como se ha analizado, el riesgo de que se presente esta fragmentación es más grande en los casos de los grupos menos transversales y que tiendan a pertenecer a partidos u organizaciones políticas propias, como es el caso de la mayoría de los grupos étnicos. Además, la representación por etnia en general se relaciona con el mecanismo de la reserva de escaños que, como se ha observado, puede alimentar el separatismo y el esencialismo de los grupos.

No se está aquí abogando en contra de la posibilidad de establecer reservas para los grupos étnicos en el ámbito político. Lo que se subraya es que, en general, se definen por aspectos con que difieren de la cuestión de género. Estos aspectos diferentes hacen creer que el riesgo de fragmentación de la representación política sea mayor en el caso de los grupos étnicos.

No se puede obviar, además, que en ese asunto es imprescindible debatir sobre la aceptabilidad y adecuación de los mecanismos supuestamente más coherentes para ciertos grupos. En este sentido, si se supone que el mecanismo más adecuado para afrontar la exclusión política de ciertos grupos es la reserva de escaños, será necesario transponer obstáculos jurídicos y filosóficos específicos a esta posibilidad. El estudio de estos obstáculos y la indagación sobre si hay motivos suficientes para afrontarlos por el bien de una representación democrática más justa es un asunto muy importante, pero no es el tema de este trabajo. Lo que interesa resaltar es que las cuotas en las candidaturas electorales femeninas no producen un significativo riesgo de fragmentación de la representación política y, por lo tanto, el argumento de la pendiente resbaladiza no es suficiente para deslegitimar las cuotas electorales para cada sexo.

En ese tema se debe estar atento para, en primer lugar, estudiar las estructuras socioeconómicas de exclusión de diversos grupos<sup>104</sup> en cierto país. Es necesario examinar el grado de transversalidad de los grupos estudiados, si estos grupos tienden a pertenecer a un mismo partido u organización política o no, cuáles son sus demandas y cuál sería el mecanismo adecuado: cuota en los partidos, reserva de puestos u otro(s). La elección entre la adopción de cuotas o de reservas puede tener consecuencias relevantes para los grupos destinatarios de tales medidas<sup>105</sup>. Como se ha observado en el caso de Perú, la adopción de cuotas electorales para los indígenas no atendía a las expectativas del grupo, pues desmovilizaba su organización política.

Por otro lado, la adopción de mecanismos electorales para favorecer la presencia de ciertos grupos excluidos no siempre es la mejor, la más adecuada o la única medida a ser aplicada. Existen otros ámbitos de aplicación de las cuotas (laboral, educacional, etc.) y otras medidas de acción positiva. De ahí que el Estado y la sociedad deban analizar en qué ámbito(s) se deben adoptar qué medida(s) y para qué grupo(s).

Lo que está claro es que los Poderes del Estado no pueden evadirse ante las demandas de los distintos grupos excluidos y, aunque el análisis de la exclusión de los

<sup>104</sup> A. PHILLIPS, 1999: 247.

<sup>105</sup> Como señala M. HTUN, los defensores y críticos de la representación por grupo, en general, no hacen una distinción entre los tipos de medidas a ser aplicadas y los grupos a los cuales se destinan tales medidas (M. HTUN, 2004a: 452).

diferentes grupos y la elección de las medidas adecuadas para combatirla sea un tema complejo, se muestra necesario afrontarlo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGACINSKI, S., 2003: «The Turning Point of Feminism: Against the Effacement of Women», en R. CÉLESTIN, E. DAL MOLIN e I. COURTIVRON (eds.), *Beyond French Feminisms: Debates on Women, Politics, and Culture in France, 1981-2000*, London, Palgrave, 17-22.
- AMORÓS, C., 1999: «Interpretaciones a la democracia paritaria», en AA.VV., *Democracia paritaria*, Gijón, Tertulia Feminista Les Comadres, 73-94.
- BALLESTRERO, M.<sup>a</sup> V., 2006: «Igualdad y acciones positivas: Problemas y argumentos de una discusión infinita», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 59-76.
- BECK, S. A. 2001: «Acting as Women: The Effects and Limitations of Gender in Local Governance», en S. J. CARROLL (ed.), *The Impact of Women in Public Life*, Bloomington, Indiana University Press.
- BELTRÁN, E., 2004: «La construcción de la igualdad constitucional», en J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO (comps.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 569-585.
- BOLES, J., 2001: «Local Elected Women and Policy-Making: Movement Delegates or Feminist Trustees?», en S. J. CARROLL (ed.), *The Impact of Women in Public Office*, Bloomington, Indiana University Press.
- BOYLE, Ch., 1983: «Home-Rule for women: Power-sharing Between Men and Women», *Dalhousie Law Journal*, vol. 7, núm. 3, 1983, 790-809.
- CARROLL, S. J., 2001: «Representing Women: Women State Legislators as Agents of Policy-Related Change», en S. J. CARROLL (ed.), *The Impact of Women in Public Office*, Bloomington, Indiana University Press.
- CHODOROW, N., 1978: *The Reproduction of Mothering*, Berkeley, University of California Press.
- COBO, R., 2003: «Democracia paritaria y radicalización de la igualdad», en seminario *Balance y Perspectivas de los Estudios de las Mujeres y del Género*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales/Instituto de la Mujer, 59-71.
- DIÁLOGO INTERAMERICANO, 2001: *Women and power in the Americas: A report Card*, Washington, D. C., Diálogo Interamericano.
- DIETZ, M., 1985: «Citizenship with a Feminist Face: The Problem with Maternal Thinking», *Political Theory*, vol. 13, núm. 1, febrero, 19-37.
- 1987: «Context is All: Feminism and Theories of Citizenship», *Daedalus*, vol. 116, núm. 4, 1-24.
- ELSHTAIN, J. B., 1993: *Public Man, Private Woman: Women in Social and Political Thought*, Princeton, Princeton University Press.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., 1992: «Identidad y diferencias en la Europa democrática: La protección jurídica de las minorías», *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, núm. 106, 71-80.
- GARCÍA GUTIÁN, E., 2001: «Crisis de la representación política: Las exigencias de la política de la presencia», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 111, 215-226.
- GARVÍA, R., 2004: *Conceptos fundamentales de sociología*, Madrid, Alianza Editorial.
- GAYO MACÍAS, M. Á., 2010: «La India aprueba la ley que reserva un tercio de los escaños a mujeres», *El Mundo*, 10 de marzo.

- GIDDENS, A., 2002: *Sociología*, 4.ª ed., Madrid, Alianza Editorial.
- GILLIGAN, C., 1982: *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, Harvard University Press.
- GOODIN, R. E., 1977: «Convention Quotas and Communal Representation», *British Journal of Political Scientist*, vol. 7, núm. 2, 255-261.
- GUINIER, L., 1995: *The Tyranny of the Majority*, New York, Free Press.
- HTUN, M., 2003: *Dimensiones de la inclusión y exclusión política en Brasil: Género y raza*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo.
- 2004a: «Is Gender Like Ethnicity? The Political Representation of Identity Groups», *Perspectives on Politics*, vol. 2, núm. 3, 439-458.
- 2004b: «From Racial Democracy to Affirmative Action: Changing State Policy on Race in Brazil», *Latin America Research Review*, vol. 39, núm. 1, 60-89.
- KYMLICKA, W., 1996: *Ciudadanía multicultural: Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, Paidós.
- LAPORTA, F., 2000: «El cansancio de la democracia», *Claves de Razón Práctica*, núm. 99, 20-25.
- LOVENDUSKI, J., y NORRIS, P., 2003: «Westminster Women: The Politics of Presence», *Political Studies*, vol. 51, núm. 1, 84-102.
- MAINSBRIDGE, J., 2001: «La representación de la diferencia: Una defensa contingente de la representación descriptiva», en R. MAIZ (coord.), *Construcción de Europa, democracia y globalización*, Santiago de Compostela, Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 87-118.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª L., 2007: *Cuota electoral de mujeres y derecho constitucional*, Madrid, Congreso de los Diputados.
- MCGLEN, N. E., y SARKEES, M. R., 1993: *Women in Foreign Policy: The Insiders*, New York, Routledge.
- OSBORNE, R., 1996: «¿Son las mujeres una minoría?», *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 14, 79-93.
- PHILLIPS, A., 1995: *The Politics of Presence*, Oxford, Oxford University Press.
- 1999: «La política de la presencia: La reforma de la representación política», en S. GARCÍA y S. LUKES (comps.), *Ciudadanía: Justicia social, identidad y participación*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 235-256.
- RAMAN, V., 2002: «The Implementation of Quotas for Women: The Indian Experience», en International IDEA, *The Implementation of Quotas: Asian Experiences*, Quota Workshop Report Series, núm. 1, Estocolmo, International IDEA, 22-32.
- RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A., 1999: «Reflexiones constitucionales sobre la paridad electoral», *Artículo 14, una perspectiva de género, Boletín de información y análisis jurídico*, núm. 2, 4.
- RUDDICK, S., 1989: *Maternal Thinking: Towards a Politics of Peace*, London, The Women's Press.
- RUIZ MIGUEL, A., 1999: «Paridad electoral y cuotas femeninas», *Claves de la Razón Práctica*, núm. 94, 48-53.
- 2003: «La representación democrática de las mujeres», en M. CARBONELL (comp.), *El principio constitucional de igualdad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 283-314.
- 2007: «En defensa de las cuotas electorales», *Aequalitas: Revista Jurídica para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 20, 60-68.
- SÁNCHEZ, C., 2000a: «Debate teórico: la difícil alianza entre ciudadanía y género», en P. PÉREZ CANTÓ (ed.), *También somos ciudadanas*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 3-25.

- 2000b: «Los problemas de la ciudadanía diferenciada», en *Autoras y protagonistas: I Encuentro entre el Instituto Universitario de Estudios de la Mujer y la New York University en Madrid*, Madrid, Universidad Autónoma, 415-426.
- SHARMA, K., 2000: «Power and representation: Reservation for women in India», *Asian Journal of Women's Studies*, vol. 6, núm. 1, 47-87.
- SKJEIE, H., 1991: «The Retic of Difference: On women's Inclusion into Political Elites», *Politics & Society*, vol. 19, núm. 2, 233-263.
- SOWELL, Th., 2006: *La discriminación positiva en el mundo*, Madrid, Gota a Gota.
- TAYLOR, Ch., 1993: *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica.
- VALCÁRCEL, A., 2008: *Feminismo en el mundo global*, Madrid, Cátedra.
- WÁNGNERUD, L., 2000: «Testing the Politics of Presence: Women's Representation in the Swedish Riskdag», *Scandinavian Political Studies*, vol. 1, núm. 23, 67-91.
- WILLIAMS, M., Voice, 1998: *Trust and Memory: Marginalized Groups and the Failure of Liberal Representation*, Princeton, Princeton University Press.
- YOUNG, I. M., 2000: *Inclusion and Democracy*, New York, Oxford University Press.

# LIBERALISMO POLÍTICO, JUSTIFICACIÓN PÚBLICA Y VERDAD \*

Mariano Garreta Leclercq

*Universidad de Buenos Aires-Conicet*

**RESUMEN.** Según J. RAWLS, como consecuencia del hecho del pluralismo razonable, el criterio de corrección de las concepciones políticas de la justicia no debe ser el concepto de verdad, sino la idea de razonabilidad. RAWLS ha sostenido, además, que el liberalismo político prescinde del concepto de verdad. Recientemente, J. COHEN ha defendido, contra RAWLS, la idea de que el liberalismo político no puede ni debe prescindir del concepto verdad, éste debe formar parte de la razón pública de las democracias. La meta del presente artículo es demostrar que el concepto de verdad, en particular, dada su conexión con el concepto de justificación, puede ser utilizado como base para impugnar algunas de las metas fundamentales del proyecto del liberalismo político. En la sección final del artículo se propone una defensa del liberalismo político a partir de una reinterpretación de algunos de sus conceptos básicos que haría viable y deseable, contra la posición de COHEN, el intento rawlsiano de evitar el uso del concepto de verdad.

**Palabras clave:** liberalismo político, verdad, justificación, creencia, aceptación.

**ABSTRACT.** According to J. RAWLS, in response to the fact of reasonable pluralism, the criterion of correction in conceptions of justice should not be the concept of truth, but the idea of the reasonable. RAWLS has also stated that political liberalism does without the concept of truth. J. COHEN has recently sustained against RAWLS that political liberalism cannot and should not leave out the concept of truth: in fact, it must be part and parcel of public reason in any democracy. The aim of the present paper is to prove that the concept of truth, in particular in view of its connection with the concept of justification, can be used as a basis to challenge some of the fundamental goals of political liberalism. The final part of the paper posits a defence of political liberalism through a reinterpretation of some of its fundamental concepts that makes the Rawlsian attempt to avoid the use of the concept of truth feasible and desirable, against COHEN's stance.

**Keywords:** political liberalism, truth, justification, belief, acceptance.

---

\* Fecha de recepción: 10 de enero de 2010. Fecha de aceptación: 12 de febrero de 2010.

Una versión preliminar del presente artículo fue expuesta en las Terceras Jornadas CIF-SADAF, las cuales fueron organizadas por el Centro de Investigaciones Filosóficas y la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico y tuvieron lugar en Buenos Aires los días 25, 26 y 27 de marzo de 2010. Agradecemos los comentarios críticos de los asistentes, en particular de Luciano Venezia —quien fue designado por los organizadores para discutir la ponencia—, Osvaldo Guariglia, Marcelo Alegre, Eduardo Rivera López, Eleonora Orlando y Julio Montero. De igual modo, agradecemos las sugerencias de un evaluador anónimo de la revista *Doxa*.

## INTRODUCCIÓN

Una de los rasgos característicos del liberalismo político rawlsiano consiste en la tesis de que la razonabilidad, y no la verdad, constituye el criterio de corrección de las concepciones políticas de la justicia<sup>1</sup>. El liberalismo político «no usa [...] ni niega el concepto de verdad; tampoco pone en cuestión ese concepto, ni podría decir que el concepto de verdad coincide con su idea de lo razonable. Ocurre más bien que, dentro de sí misma, la concepción política prescinde del concepto de verdad»<sup>2</sup>. La apelación a la verdad quedaría, por así decirlo, restringida al ámbito en que se desarrollan las distintas doctrinas comprensivas de orden religioso, filosófico o moral que coexisten en el seno de las sociedades democráticas<sup>3</sup>; es decir, quedaría en manos de los ciudadanos, no cuando actúan en la arena política, sino cuando lo hacen en contextos no políticos (por ejemplo, en el contexto de asociaciones de la sociedad civil, como las iglesias). J. COHEN ha sostenido en un reciente trabajo que esta posición de RAWLS conduce a un serio dilema: podemos tener el concepto de verdad o bien podemos tener razón pública, pero no ambas cosas a la vez<sup>4</sup>. COHEN afirma que la posición de RAWLS acarrea serias dificultades para el liberalismo político. Por una parte, torna la idea de razón pública «innecesariamente contenciosa, como si estuviese comprometida con el punto de vista de que la verdad acerca de la justicia no tiene importancia». Por otra parte, «torna la idea de razón pública difícil de comprender, porque ella presupone dejar de lado el concepto de verdad, mientras se preservan las nociones de creencia, aserción, juicio, razón y objetividad»<sup>5</sup>. La tesis de COHEN es que si se apela a tales nociones, como de hecho lo hace RAWLS, debería admitirse que el concepto de verdad ya está en juego en la razón pública: las nociones de creencia, aserción, juicio, razón y objetividad son inseparables del concepto de verdad<sup>6</sup>.

La objeción del autor a la posición rawlsiana podría ser descrita como una crítica interna. Como acabamos de ver, éste rechaza la idea de que la concepción política de la justicia pueda prescindir del concepto de verdad y afirma que dicho concepto tiene un rol legítimo y significativo que jugar en el argumento político público. Sin embargo, esto no implica rechazar el liberalismo político; COHEN afirma que la concepción de la verdad que debe jugar un papel en la justificación pública debe ser ella misma *política*: su propuesta consiste en acuñar una concepción política de la verdad<sup>7</sup>. Además, el autor suscribe los rasgos fundamentales del ideal de razón pública tal como han sido formulados por RAWLS y se abstiene de cuestionar la tesis de que el criterio de corrección de las concepciones políticas de la justicia sea la razonabilidad.

<sup>1</sup> Cfr. RAWLS, 1993: 127.

<sup>2</sup> RAWLS, 1993: 94.

<sup>3</sup> RAWLS, 1993: 116. Una doctrina es «comprensiva» cuando incluye «concepciones sobre qué es de valor en la vida humana, e ideales sobre el carácter personal tanto como ideales de amistad, relaciones familiares y de asociación, y otros muchos elementos que conforman nuestra conducta y, finalmente, nuestra vida considerada en forma global» (RAWLS, 1993: 13). RAWLS distingue, también, entre doctrinas plena y parcialmente comprensivas. Las plenamente comprensivas abarcan todos los valores y virtudes en un sistema articulado en forma precisa. Una concepción es parcialmente comprensiva si se limita a incluir algunos valores y virtudes no políticos, y su articulación es menos detallada y abarcadora.

<sup>4</sup> Cfr. COHEN, 2009: 5.

<sup>5</sup> COHEN, 2009: 5.

<sup>6</sup> Cfr. COHEN, 2009: 23.

<sup>7</sup> Cfr. COHEN, 2009: 3.

COHEN parece estar en lo cierto al afirmar que el concepto de verdad se encuentra estrechamente relacionado con otras nociones de las que el liberalismo político no puede prescindir, como las de creencia, aserción y juicio —y también, como veremos, con la noción de justificación—. Sin embargo, ¿está en lo correcto al suponer, contra RAWLS, que eso hace del concepto de verdad una categoría ineliminable y, en cierta forma, fundamental en el proceso de justificación política? ¿La apelación al concepto de verdad en el proceso de justificación pública de propuestas políticas es realmente aporoblemática para el proyecto del liberalismo político?

Como primer paso para abordar estas preguntas es necesario analizar la formulación rawlsiana del concepto de razonabilidad. A partir del análisis de este concepto reconstruiremos el argumento fundamental por el cual RAWLS intenta justificar su tesis de que las doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas o morales no pueden constituir una base pública de justificación en el contexto de pluralismo ideológico que ofrecen las democracias contemporáneas (I.1). Intentaremos demostrar que dicho argumento posee significativas deficiencias y que ellas se encuentran vinculadas, en última instancia, con el uso del concepto de verdad (I.2). Luego examinaremos el concepto de justificación al que apela explícitamente RAWLS en sus obras y demostraremos que éste resulta incompatible con una concepción epistémica estándar de la justificación de creencias, lo cual, según sostendremos, representa un problema significativo para el liberalismo político (I.3). Por último, propondremos una estrategia de reformulación y de defensa del liberalismo político que aspira a superar las dificultades planteadas (II).

## I.

### 1.

Comencemos por examinar el concepto de razonabilidad. Aunque la pluralidad de usos del término «razonable» en los textos de RAWLS es muy amplia<sup>8</sup>, su significado fundamental parece estar dado por la concepción de *persona razonable*<sup>9</sup>. Dicha concepción posee tres rasgos fundamentales. En primer lugar, RAWLS atribuye a las personas razonables dos facultades morales: un *sentido de justicia*, esto es, la capacidad de comprender, aplicar y actuar con arreglo a una concepción de la justicia, y la capacidad de poseer una *concepción del bien*, que implica la aptitud para formular, perseguir racionalmente y revisar una concepción del bien<sup>10</sup>. Además, las personas cuentan con las capacidades intelectuales de juicio, pensamiento e inferencia, poseen una concepción del bien determinada que interpretan a la luz de una doctrina comprensiva y

<sup>8</sup> RAWLS habla, para citar algunos ejemplos, de principios de justicia razonables, juicios razonables, personas razonables, concepciones comprensivas razonables, fe razonable, la virtud de la razonabilidad, justificación pública razonable, pluralismo razonable, creencia razonable, psicología moral razonable, duda razonable, desacuerdo razonable, norma razonable, expectativas razonables, variante razonable de una concepción política de la justicia, etcétera.

<sup>9</sup> En este punto seguimos la interpretación propuesta por L. WENAR (*cf.* WENAR, 1995). S. FREEMAN también sostiene que el concepto de persona razonable tiene un carácter seminal y constituye el punto focal para interpretar otros usos de la idea de razonabilidad (*cf.* FREEMAN, 2007: 346).

<sup>10</sup> *Cfr.* RAWLS, 1993: 50-52.

son capaces de ser miembros plenamente cooperativos de la sociedad durante una vida completa<sup>11</sup>. En segundo lugar, las personas razonables poseen la disposición de proponer principios y términos justos de cooperación social, y de cumplir con ellos, siempre y cuando los demás sujetos también lo hagan<sup>12</sup>. Como sostiene RAWLS:

«Las personas son razonables en un aspecto básico cuando, digamos, entre iguales, se encuentran dispuestas a proponer principios y criterios como términos equitativos de cooperación y a aceptarlos de buena gana, siempre que se les asegure que los demás harán lo mismo. Las personas conciben esas normas como razonablemente aceptables para todos y, por tanto, como justificables para todos; y están dispuestas a discutir los términos equitativos de cooperación que otros propongan»<sup>13</sup>.

En tercer lugar, las personas razonables reconocen las cargas del juicio (*burdens of judgment*) y sus consecuencias para la justificación pública del uso del poder legítimo del Estado<sup>14</sup>. Las cargas del juicio constituyen, según RAWLS, las fuentes del desacuerdo razonable, y hacen referencia a «las muchas dificultades involucradas en el ejercicio correcto (y conciente) de nuestros poderes de razón y juicio en el curso ordinario de la vida política»<sup>15</sup>. Aunque el autor no pretende ofrecer una lista completa, algunas de las cargas del juicio más importantes son las siguientes.

«— Las evidencias relevantes —empíricas o científicas— que deben ser analizadas son conflictivas y complejas y, por consiguiente, difíciles de establecer y evaluar.

— Aun cuando estemos de acuerdo acerca del tipo de consideraciones que son relevantes para el caso en discusión, podemos disentir en relación con su peso e importancia y llegar a distintos juicios.

— Casi la totalidad de los conceptos que utilizamos, no sólo los morales y políticos, son vagos y requieren de juicio e interpretación (y juicio e interpretación de esos juicios e interpretaciones), lo que conduce a desacuerdos.

— El modo en que las personas evalúan y sopesan las evidencias y valores se halla estructurado en cierta medida por su particular experiencia de vida. Como subraya RAWLS: “En una sociedad moderna, con los numerosos cargos y posiciones que acarrea, con su diversa división del trabajo, sus muchos grupos sociales y su variedad étnica, las experiencias globales de los ciudadanos son suficientemente dispares como para que sus juicios sean, al menos en cierto grado, divergentes en muchos si no en la mayoría de los casos que presentan una complejidad significativa”<sup>16</sup>.

— Existen genuinos dilemas morales en los que diferentes tipos de consideraciones normativas, usualmente opuestas y dotadas de un peso considerable entran en juego.

— Las sociedades deben realizar una selección de un número limitado de valores entre todos los que podrían ser realizados (selección que puede llevar a profundos conflictos)».

Tomar conciencia de las implicaciones de estas dificultades que afectan nuestros juicios tanto valorativos como teóricos conducirá a reconocer uno de los hechos básicos que toma como punto de partida el liberalismo político: la idea de que «muchos de nuestros juicios más importantes son realizados bajo condiciones en las cuales no

<sup>11</sup> Cfr. RAWLS, 1993: 15-35.

<sup>12</sup> Cfr. RAWLS, 1993: 48-54.

<sup>13</sup> RAWLS, 1993: 49.

<sup>14</sup> Cfr. RAWLS, 1993, 54-58. RAWLS también atribuye a las personas razonables otras dos características: contar con una psicología moral razonable (cfr. RAWLS, 1993: 81-86) y reconocer los elementos esenciales de una concepción de la objetividad (cfr. RAWLS, 1993: 110-112).

<sup>15</sup> RAWLS, 1993: 56.

<sup>16</sup> RAWLS, 1993: 56-57.

puede tenerse la expectativa de que personas con plenos poderes de razón, incluso tras una discusión libre, lleguen unánimemente a una misma conclusión»<sup>17</sup>. Como afirma RAWLS, en el caso de las ciencias naturales resulta plausible esperar, al menos a largo plazo, que nuestro intento conciente de razonar unos con otros conducirá a un acuerdo razonable<sup>18</sup>. Sin embargo, las cargas del juicio explicarían el hecho de que esta expectativa resulte infundada cuando discutimos, en la arena política de las democracias contemporáneas, el tipo de cuestiones que abordan las doctrinas comprensivas.

Ahora bien, dado el segundo rasgo del concepto de persona razonable, los ciudadanos poseen un deseo básico de justificar sus acciones y propuestas políticas ante los demás, sobre la base de razones que ellos no puedan rechazar razonablemente<sup>19</sup>. Tomar conciencia de las implicaciones de las cargas del juicio conllevaría reconocer que el rechazo de nuestras propuestas políticas basadas en doctrinas comprensivas por parte de otros agentes es una prueba de que hemos fallado en *justificar* dichas propuestas sobre la base de razones que los otros no puedan rechazar razonablemente. Como afirma RAWLS, «las personas razonables se dan cuenta de que las cargas del juicio ponen límites a lo que puede ser razonablemente justificado frente a otros»<sup>20</sup>. Aunque las cargas del juicio no impliquen, según subraya RAWLS, argumento alguno en favor de la duda y la incertidumbre, ni mucho menos del escepticismo<sup>21</sup>, conducirían a reconocer que la afirmación de que nuestras creencias comprensivas son verdaderas es una pretensión que nadie está en condiciones de justificar, en forma general, frente al resto de sus conciudadanos en el marco del debate político<sup>22</sup>. Según RAWLS:

«Una base de justificación pública y compartida que se aplique a las doctrinas comprensivas está ausente en la cultura pública de una sociedad democrática. Pero se necesita de esa clase de base para marcar la diferencia, en formas aceptables para un público razonable, entre creencias comprensivas como tales y creencias comprensivas verdaderas. [...] Por supuesto, aquellos que insisten en sus creencias también insisten en que sólo ellas son verdaderas: las imponen porque, afirman, sus creencias son verdaderas y no porque son sus creencias. Pero ésa es una pretensión que todos podrían tener, y es, además, una pretensión que nadie está en condiciones de justificar (*that cannot be made good*) frente a los ciudadanos en general»<sup>23</sup>.

Una vez aceptado esto, si queremos cumplir con el compromiso de buscar principios políticos que se encuentren apropiadamente justificados frente a todos los ciudadanos, deberemos considerar: 1) que hay buenas razones para suscribir una estructura institucional que garantice la tolerancia y la libertad de conciencia y pensamiento, y 2) que «no hay, entonces, razón alguna por la que cualquier ciudadano, o asociación de ciudadanos, debiera tener derecho a usar el poder político estatal para decidir acerca de esencias constitucionales o cuestiones de justicia básica según las directrices de la doctrina comprensiva propia de esa persona o asociación»<sup>24</sup>. En lugar de apelar a doctrinas comprensivas, los ciudadanos, los candidatos políticos, los legisladores y

<sup>17</sup> RAWLS, 1993: 58.

<sup>18</sup> *Cfr.* RAWLS, 1993: 55.

<sup>19</sup> *Cfr.* RAWLS, 1993: 49, n 2.

<sup>20</sup> RAWLS, 1993: 61.

<sup>21</sup> *Cfr.* RAWLS, 1993: 63.

<sup>22</sup> *Cfr.* RAWLS, 1993: 61.

<sup>23</sup> RAWLS, 1993: 60-61.

<sup>24</sup> RAWLS, 1993: 62.

los funcionarios deberían elaborar concepciones políticas de la justicia y proceder a desarrollar y justificar sus propuestas a partir de ellas. Las concepciones políticas de la justicia se caracterizan por tres rasgos. En primer lugar, aunque son concepciones morales, han sido construidas para ser aplicadas a un objeto específico, la estructura básica de una sociedad democrática. En segundo lugar, aceptar una concepción semejante no supone, a su vez, aceptar alguna doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral particular. En tercer lugar, dichas concepciones están formuladas, hasta donde es posible, solamente en términos de ideas fundamentales pertenecientes o implícitas en la cultura política compartida de la comunidad y que, por lo tanto, resultan familiares y aceptables para todos los ciudadanos<sup>25</sup>.

## 2.

Como acabamos de ver, RAWLS deriva del concepto de persona razonable un argumento en favor de las ideas fundamentales del liberalismo político. ¿Se trata realmente de un buen argumento? Intentaremos demostrar que éste posee algunas deficiencias significativas. Dichas deficiencias tienen su origen en el concepto de justificación y, en última instancia, en los vínculos que hay entre tal concepto y el de verdad.

El núcleo del argumento de RAWLS, que fue reconstruido páginas atrás, consiste en la idea de que debemos reconocer que las doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas o morales no constituyen una base pública, es decir, una base apropiada, de justificación de nuestras propuestas políticas. Al apelar exclusivamente<sup>26</sup> a doctrinas comprensivas en la justificación de las políticas fundamentales del Estado<sup>27</sup>, fallamos en cumplir con la obligación moral fundamental, derivada de nuestro carácter de personas razonables, de justificar nuestras propuestas sobre la base de razones que los otros no puedan rechazar razonablemente. Fallamos en *justificar*, frente a los otros ciudadanos, nuestras *creencias*, dado que, como afirma RAWLS, no somos capaces de establecer una distinción pública «entre creencias comprensivas como tales y creencias comprensivas verdaderas». Si interpretamos este argumento a la luz de lo que podríamos denominar una concepción estándar de la noción de justificación epistémica (en adelante CEE), surge una serie de dificultades. ¿Qué significa justificar una creencia? Desde una perspectiva estándar o tradicional la respuesta es que justificar la creencia de que *p*, equivale a ofrecer una explicación adecuada de la verdad de que *p*. Una explicación de la verdad de una proposición es adecuada cuando se apoya: *a*) en formas de razonar correctas, y *b*) en evidencias pertinentes y accesibles para todo su-

<sup>25</sup> Cfr. RAWLS, 2001: 26-27. RAWLS introduce otros tres rasgos adicionales que dan cuenta del carácter específicamente liberal de las concepciones políticas de la justicia: dichas concepciones: *a*) enumeran derechos y libertades básicas del tipo familiar para un régimen constitucional; *b*) asignan a esos derechos y libertades una prioridad especial, particularmente con respecto a los reclamos basados en la apelación al bien común y los valores perfeccionistas, y *c*) aseguran para todos los bienes primarios necesarios para volver a los ciudadanos capaces de hacer un uso efectivo e inteligente de sus libertades (cfr. RAWLS, 1999: 14).

<sup>26</sup> RAWLS, en realidad, no rechaza la apelación en el curso del debate político a doctrinas comprensivas; el punto es que debe cumplirse una cláusula *provisio*: en algún momento del debate, los agentes deben dar una justificación política de sus propuestas, es decir, una justificación que no dependa de la aceptación de la doctrina comprensiva que el agente suscribe (cfr. RAWLS, 1999a: 584).

<sup>27</sup> Es decir, aquellas que afectan las esencias constitucionales o las cuestiones de justicia básica.

jeto con capacidades cognitivas normales<sup>28</sup>. Cuando disponemos de una justificación apropiada podemos concluir que la probabilidad de que nuestras creencias sean verdaderas debe ser mayor que la probabilidad de que creencias injustificadas alternativas lo sean<sup>29</sup>.

Cuando RAWLS afirma que, apelando a doctrinas comprensivas en la esfera pública, no es posible establecer una diferencia entre creencias puramente subjetivas, de las que no podemos predicar verdad, y creencias verdaderas, está diciendo que nuestras creencias comprensivas no están epistémicamente justificadas. Ello se debe a que estar justificado, de acuerdo con CEE, presupone disponer de una explicación apropiada de la verdad de una creencia y ello equivale, justamente, a poder establecer una diferencia, basada en buenas razones, entre creencias puramente subjetivas y creencias que pueden ser caracterizadas como verdaderas. Este resultado es incompatible con el explícito rechazo del escepticismo o de cualquier cuestionamiento del grado de seguridad con el que los agentes afirman sus doctrinas comprensivas que caracteriza al liberalismo político<sup>30</sup>. Si no estamos justificados a afirmar que nuestra doctrina comprensiva es verdadera en la arena política, ¿por qué deberíamos estarlo en otros contextos? El liberalismo político parece requerir, para evitar esta objeción, la apelación a una suerte de contextualismo de la justificación. Los agentes deberían poder estar justificados en afirmar que *p*, esto es, una doctrina comprensiva religiosa, filosófica o moral determinada, en un contexto no político, C1, y no estar justificados a afirmar que *p* en C2, la esfera política. Esta posición contextualista parece incompatible CEE: desde dicha perspectiva, estar justificados a creer que *p* implica que estamos en condiciones de afirmar que la probabilidad de que la proposición *p* sea verdadera es superior a la de que sean verdaderas cualesquiera otras proposiciones *q*, *r*, *s*... que carezcan de justificación. La noción de «probabilidad de ser verdadero» no parece apta para ser interpretada en clave contextualista. Supongamos que las creencias *q*, *r* y *s* no están justificadas en ningún contexto. Si un agente puede afirmar que está justificado a creer que *p* en C1, pero no en C2, ello implica que el sujeto está diciendo, al mismo tiempo, que *p* tiene una probabilidad mayor de ser verdadera que las creencias *q*, *r* y *s* —dado que *p* está justificada en C1— y que *p* no dispone de una probabilidad mayor de ser verdadera que *q*, *r* y *s* —dado que *p* no puede ser justificada en C2—. Dicha

<sup>28</sup> Cfr. RAZ, 1990: 32. R. FUMERTON apela a una idea similar al intentar ofrecer una definición de «justificación» neutral entre las distintas concepciones que pueden encontrarse en epistemología. Según el autor, al margen de lo que pueda agregarse a la definición de justificación epistémica de nuestra creencia en una proposición, una justificación debe caracterizarse por hacer probable la verdad de la proposición que es objeto de creencia (cfr. FUMERTON, 2002: 205).

<sup>29</sup> Cfr. FUMERTON, 2002: 205. Como señala L. BONJOUR resumiendo esta posición: «La función básica de la justificación consiste en ser *un medio* para la verdad, en establecer un vínculo más directo y asequible entre nuestro punto de partida subjetivo y nuestra meta objetiva [...] Si la justificación epistémica no fuera conductiva a la verdad de este modo, si encontrar creencias epistémicamente justificadas no incrementara substancialmente la probabilidad de hallar las verdaderas, entonces la justificación epistémica sería irrelevante para nuestra principal meta cognitiva y de dudoso valor. Sólo si tenemos razones para pensar que la justificación epistémica constituye un camino a la verdad, tenemos, como seres cognitivos, algún motivo para preferir creencias epistémicamente justificadas a creencias epistémicamente injustificadas» (BONJOUR, 1985: 7-8).

<sup>30</sup> RAWLS afirma que el liberalismo político: «[...] no cuestiona que muchos juicios políticos y morales sean correctos, y entiende que varios son razonables. Tampoco pone en cuestión la posible verdad de cuestiones de fe. Sobre todo, *no argumenta en favor de la duda y de la incertidumbre, ni mucho menos del escepticismo*, en relación con nuestras creencias [comprensivas]» (RAWLS, 1993: 63). La cursiva es nuestra.

posición no puede ser plausible, o bien  $p$  tiene mayor probabilidad de ser verdadera que otras proposiciones, como  $q$ ,  $r$  y  $s$ , no justificadas ni en C1 ni en C2, o no la tiene en absoluto. Podemos, por tanto, concluir que el argumento de RAWLS no funciona. Si un agente puede estar epistémicamente justificado en creer en su doctrina comprensiva en contextos no políticos, también debería poder estarlo en contextos políticos. Siguiendo la misma lógica, si un agente debiera reconocer que ha fallado en ofrecer una justificación epistémica adecuada de su doctrina comprensiva en la esfera política, debería reconocer que ha fallado también en contextos no políticos<sup>31</sup>. De modo que si el argumento de RAWLS hiciera lo que afirma hacer, es decir, probar que la apelación a doctrinas comprensivas es incompatible con la posibilidad de ofrecer una justificación apropiada de nuestras creencias en la esfera política, equivaldría a cuestionar las pretensiones de aquellos que creen que la doctrina comprensiva que suscriben es verdadera o correcta. Esta conclusión es incompatible con el rechazo del escepticismo respecto de las doctrinas comprensivas que asume el liberalismo político.

Es posible analizar la cuestión desde otra perspectiva. Como sabemos, RAWLS sostiene que las doctrinas comprensivas no constituyen una base apropiada de justificación en la esfera política. Ello se debería a que en dicha esfera no existe un trasfondo (*background*) común de prácticas y experiencias compartidas que permita distinguir entre creencias comprensivas puramente subjetivas y creencias cuya verdad pueda ser afirmada sobre la base de buenas razones. Las drásticas diferencias de educación, herencia cultural, experiencias vitales, etc., que pueden ser encontradas en una sociedad plural hacen que lo que para un sujeto o grupo cuenta como una evidencia o una razón suficiente para adoptar una creencia comprensiva, carezca de todo peso para otros agentes. Lo que para unos es una evidencia o una razón adecuada puede resultar, incluso, inaccesible para otros agentes que no disponen de la experiencia vital o de la educación requerida<sup>32</sup>. Por supuesto, nadie puede exigir a los otros pasar por un proceso de reeducación —que, además, muchas veces ni siquiera es posible— para que comprendan los méritos del punto de vista que defiende. De modo que la justificación pública de creencias comprensivas no resultaría viable en la arena política. Ahora bien, un crítico del liberalismo político puede aducir que lo que parece establecer esta línea de argumentación es una imposibilidad práctica contingente que carece de relevancia cognitiva y que no permite inferir la conclusión deseada, es decir, que en esas condiciones de pluralismo los agentes hayan, necesariamente, fallado en *justificar* sus puntos de vista comprensivos frente a aquellos interlocutores que rechazan sus propuestas. Lo que probaría el argumento de RAWLS, en el mejor de los casos, es que las doctrinas comprensivas no son una base adecuada para *convencer* o *persuadir* a

<sup>31</sup> Por supuesto, si al pasar de un contexto a otro, por ejemplo, del no político al político, el agente descubriera alguna evidencia relevante de que  $p$  no es una creencia verdadera, habría buenas razones para que concluya que no está, contra lo que creía antes, justificado en afirmarla, pero esas mismas razones deberían, si el agente es racional, conducirlo a mantener esa conclusión al pasar nuevamente al contexto no político.

<sup>32</sup> Esto es lo que pone en evidencia la cuarta carga del juicio enumerada por RAWLS. Dicha carga del juicio, como sostiene Ch. LARMORE, juega un papel decisivo en su explicación del hecho de pluralismo razonable. Según LARMORE, dado que la mayoría de las cargas del juicio citadas por RAWLS no tienen una conexión especial con el razonamiento acerca de valores, resultan insuficientes para explicar el pluralismo de las democracias contemporáneas. LARMORE afirma, plausiblemente a mi juicio, que «la gran variedad de experiencias de vida creadas por la sociedad moderna, con su compleja división del trabajo y su rica herencia de muchas tradiciones culturales diferentes, ofrece la clave para explicar el fenómeno» (LARMORE, 1996: 170).

otros ciudadanos de que una propuesta política está apropiadamente justificada. Sin embargo, ello no equivale a demostrar que las doctrinas comprensivas no puedan constituir una base pública de *justificación*. Fallar en *convencer* o *persuadir* a otro sujeto de que *p* está justificada, no equivale a fallar en *justificar p* frente a ese sujeto.

El siguiente ejemplo ilustra el problema. Imaginemos que un físico le explica a un agente que carece de formación en dicha disciplina una teoría significativamente compleja que entra en contradicción con el sentido común. Supongamos que la teoría en cuestión es aceptada por la comunidad científica y que la explicación ofrecida por el físico es apropiada dado el grado de conocimiento del que dispone la disciplina en la actualidad. El interlocutor del científico no logra comprender la explicación y considera que la teoría de la que se le habla, dado que choca drásticamente con el sentido común, no puede ser verdadera. La posición que asume el interlocutor del científico se explica por el hecho de que éste no posee los conocimientos y habilidades requeridos para comprender la explicación que le es ofrecida. ¿Diríamos, en este caso, que el científico no dispone de una justificación apropiada de su teoría o que ha fallado en justificarla frente a su interlocutor? La respuesta a esta pregunta parece ser, a la luz de CEE, necesariamente negativa. Si, como estamos suponiendo, desde un punto de vista cognitivo la justificación ofrecida por el científico no presenta falla alguna, no parece haber ninguna razón para concluir que el científico haya fracasado en justificar la teoría en cuestión frente a su interlocutor. El hecho de que haya fallado en persuadirlo no implica que haya fallado en ofrecer una explicación plausible y públicamente accesible de la verdad de su posición. Después de todo, si su interlocutor dispusiera de los conocimientos requeridos hubiera debido comprender y aceptar la teoría en cuestión. No hay ningún obstáculo insalvable para que el agente adquiera tales conocimientos. La justificación ofrecida es perfectamente pública y accesible para todo sujeto con capacidades cognitivas normales<sup>33</sup>. Aunque de hecho un agente particular no sea capaz de comprender una justificación ello no implica que haya habido un defecto en ella. Para que pueda afirmarse tal cosa es necesario que existan errores lógicos en los razonamientos empleados, que no se haya tomado en cuenta evidencia relevante y disponible o que se apelara a evidencias que no fueran públicamente accesibles. Estamos suponiendo que nada de eso ocurre en caso del científico. Según muestra el ejemplo, desde la perspectiva de CEE, estar justificado a creer que *p*, equivale a estar justificado a afirmar que *p frente a* todo agente dotado de capacidades cognitivas normales (ello es así porque la justificación debe apelar a razones y evidencias públicamente accesibles). Por supuesto, estar justificado frente a otro sujeto a afirmar que *p* no garantiza que un agente sea, en la práctica, capaz de persuadirlo de que crea que *p* es verdadera.

Ahora bien, ¿el caso del científico es realmente diferente al de un agente que defiende una doctrina comprensiva en la esfera política? Está claro que las doc-

<sup>33</sup> Disponer de una justificación, cuando se interpreta este concepto en términos epistémicos, es siempre disponer de una justificación pública. Como sostiene J. RAZ: «Las justificaciones son en principio públicamente disponibles. Puede haber razones contingentes por las cuales esta persona o aquella pueden encontrar muy difícil llegar a reconocer que los principios están justificados. Pero no hay nada inherentemente privado acerca de la justificación» (RAZ, 1998: 37). Si la justificación en la que se apoyan las creencias de un sujeto —ya sean evidencias, razonamientos, etc.— no fueran accesibles para todo agente, simplemente no contarían como una justificación en absoluto. La justificación es, por naturaleza, pública.

trinas comprensivas presentan diferencias significativas con las teorías científicas. Sin embargo, si se supone, como lo hace el liberalismo político, que las doctrinas comprensivas son susceptibles de una justificación epistémica apropiada, debe suponerse también que es posible defenderlas apelando a argumentos válidos que no omitan evidencia relevante y que recurran a evidencia públicamente accesible (aunque no necesariamente accesible de hecho para todo agente)<sup>34</sup>. Esto vuelve la situación de un agente que argumenta en la esfera política a partir de su doctrina comprensiva suficientemente similar al ejemplo del científico como para que puedan extraerse las mismas conclusiones. Si un agente dispone de una justificación epistémicamente apropiada de su punto de vista comprensivo el persistente desacuerdo de algunos de sus interlocutores sólo prueba que ha fallado en persuadirlos, no que haya fallado en justificarlo frente a ellos.

El liberalismo político enfrenta un serio dilema. Si fuera posible concluir que el persistente desacuerdo en torno de las doctrinas comprensivas prueba que al apelar a ellas los agentes fallan en ofrecer una justificación apropiada de sus creencias frente a sus interlocutores, tal cosa equivaldría a asumir el tipo de posición escéptica respecto de las doctrinas comprensivas que el liberalismo político pretende evitar. Esta conclusión se apoya en el hecho de que no disponer de una justificación pública y accesible —es decir, una justificación que cuente como una justificación frente a los otros— equivale, *tout court*, a no disponer de una justificación epistémica apropiada. Si, por el contrario, se admite que los agentes pueden poseer, sobre la base de sus doctrinas comprensivas, una justificación epistémica apropiada, entonces hay que reconocer que pueden cumplir con su obligación de justificar sus propuestas políticas *frente a* sus interlocutores apelando a esas creencias religiosas, filosóficas o morales, aun cuando no logren persuadirlos efectivamente de la verdad de sus puntos de vista. Cualquiera de los dos resultados es fatal para la propuesta rawlsiana.

### 3.

Parece posible ofrecer una respuesta a las objeciones precedentes apelando a la definición del concepto de justificación propuesta por RAWLS. Según el autor:

«Justificación es argumentación dirigida a aquellos que están en desacuerdo con nosotros, o a nosotros mismos cuando no logramos fijar una posición. Presupone el choque de puntos de vista entre personas o dentro de una persona, y aspira a convencer a otros, o a nosotros mismos de la *razonabilidad* de los principios sobre los cuales nuestras afirmaciones y juicios se encuentran fundados. *Dado que su meta es la reconciliación por medio de la razón, la justificación procede a partir de aquello que todas las partes de la discusión suscriben en común.* Idealmente, justificar una concepción de la justicia a otro sujeto es ofrecerle una prueba de sus principios que ambos aceptemos, teniendo esos principios consecuencias que concuerden con nuestros juicios considerados. Entonces, una mera prueba no es una justificación. Una prueba simplemente despliega las relaciones lógicas entre proposiciones. Pero las pruebas se convierten en justificaciones *una vez que los puntos de partida son mu-*

<sup>34</sup> Si, por el contrario, negáramos esta posibilidad estaríamos asumiendo una posición escéptica acerca de las doctrinas comprensivas que, como sabemos, el liberalismo político rechaza en forma explícita y enfática (*cf.* RAWLS, 1993: 63).

*tuamente reconocidos, o las conclusiones son tan convincentes como para persuadirnos de la plausibilidad de la concepción expresada por las premisas»<sup>35</sup>.*

Es importante subrayar que el concepto de justificación propuesto por RAWLS (que podríamos denominar CRJ) presenta significativas diferencias con CEE. En primer lugar, a diferencia de lo que ocurre en CEE, en CRJ el concepto de verdad no juega un papel relevante. Según CRJ, el objetivo de justificar una proposición no consiste en ofrecer una explicación plausible de la afirmación de que es verdadera, sino satisfacer la meta práctica de *convencer* a otros agentes que originalmente estaban en desacuerdo con nosotros de que acepten la proposición en cuestión. La meta es la «*reconciliación*» —que, obviamente, no es una categoría epistémica, sino práctica— por medio de la razón. No se trata, como afirma RAWLS al referirse al concepto de justificación en otro texto, de encontrar la posición «verdadera», sino aquella concepción que pueda «servir como una base de un acuerdo político informado y voluntario entre ciudadanos concebidos como personas libres e iguales»<sup>36</sup>. En segundo lugar, como consecuencia de la meta práctica que guía la búsqueda de justificación, el punto de partida de la misma debe ser un *consenso* efectivo en torno de la aceptación de ciertas premisas. Sólo ese tipo de punto de partida, el hecho de que se argumente a partir de premisas que nuestros interlocutores ya aceptan —o llegarían a aceptar en el curso de la deliberación—, garantiza que nuestra argumentación posea una capacidad efectiva de convencer o de persuadir. En tercer lugar, a diferencia de lo que ocurre en CEE, en CRJ no tiene sentido hacer una distinción entre: 1) justificar que *p* frente a otros sujetos —donde lograr una justificación apropiada no implica que se alcance una persuasión efectiva sobre ellos—, y 2) convencer, efectivamente, a otros sujetos de que estamos justificados en afirmar que *p*. Desde la perspectiva de CRJ justificar algo frente a otros requiere ser capaces de lograr algún grado de persuasión efectiva sobre ellos<sup>37</sup>. Como sabemos, dada CEE, justificar nuestras creencias frente a otros no presupone ni apelar a premisas que éstos ya acepten ni requiere que haya algún nivel de persuasión efectiva. Así como podría haber persuasión efectiva sin justificación epistémica (porque se apela, por ejemplo, a argumentos falaces pero convincentes) puede haber justificación frente a otro sin persuasión. En cuarto lugar, a diferencia de CEE, CRJ es una concepción contextualista. Es perfectamente posible que un agente esté justificado en creer que *p* en C1, un contexto no político, y que deba reconocer que no está justificado en afirmar que *p* en C2, la arena política. Supongamos, por ejemplo, que un agente primero delibera en C1 con agentes que comparten su misma formación cultural y sus mismas creencias religiosas; en ese contexto, en que todos parten de premisas compartidas puede justificar frente a sus interlocutores la creencia de que el aborto es un asesinato porque Dios

<sup>35</sup> RAWLS, 1973: 580-581. Las cursivas son nuestras. Esta concepción permaneció vigente en toda la obra posterior de RAWLS. Tanto en su artículo «Justice as Fairness: Political not Metaphysical» (1985), como en su libro *Justice as Fairness: A Restatement* (2001) reitera, sin modificaciones significativas, la misma definición del concepto de justificación (cfr. RAWLS, 1999a: 394, y RAWLS, 2001: 27).

<sup>36</sup> RAWLS, 1999a: 394. Como podrá percibirse, la exclusión de la apelación a la verdad como categoría política relevante es, contra lo que supone J. COHEN, esencial para el proyecto del liberalismo político.

<sup>37</sup> Partir de premisas compartidas por todas las partes no garantiza que el resultado de la deliberación sea un consenso, por esa razón RAWLS admite que es de esperar que compitan entre sí diversas concepciones políticas liberales de la justicia. Sin embargo, aun cuando no se logre el consenso, todos deben admitir que las distintas propuestas disponen de una justificación plausible. Por supuesto, cada agente creará que la concepción política de la justicia que suscribe es la que dispone de la mejor justificación.

da alma al feto en el momento de la concepción. Sin embargo, al pasar a C2, la esfera política, marcada por el hecho del pluralismo, debe deliberar con sujetos que poseen creencias incompatibles con las suyas. Frente a la ausencia de premisas compartidas, y dadas las cargas del juicio, el agente debe reconocer que el persistente desacuerdo de sus interlocutores es una prueba de que ha fallado en justificar sus creencias frente a ellos. El reconocimiento de que en C2 ha fallado en justificar sus creencias frente a los demás es compatible con la convicción de que sí ha logrado justificarlas en C1, donde sí existe un trasfondo de experiencias, prácticas y creencias compartidas entre los distintos interlocutores. Como podrá percibirse, dada CRJ, el argumento de RAWLS para explicar las razones por las cuales las doctrinas comprensivas no pueden constituir una base de justificación de las políticas del Estado, sin que ello implique un cuestionamiento escéptico de las mismas, parece funcionar sin dificultades.

Ahora bien, la apelación a CRJ acarrea una serie significativa de problemas. Por una parte, RAWLS nunca ofrece un argumento que explique por qué deberíamos aceptar CRJ en lugar de CEE como concepción de la justificación política. En cierta forma, esa idea es un axioma de su teoría. Pero ¿por qué deberíamos reconocer que la obligación moral básica de justificar nuestras propuestas políticas frente a los demás sobre la base de razones que no puedan rechazar razonablemente debe ser entendida en términos de CRJ, en lugar de ser entendida en términos de lo que hemos denominado la concepción epistémica estándar? Después de todo, cuando se aprecia la cuestión desde la perspectiva de CEE, la concepción de RAWLS no tiene el estatus de una concepción de la *justificación*, sino de una concepción de la *persuasión*. ¿Por qué es esencial, si hemos justificado nuestras creencias frente a los otros en forma apropiada, lograr persuadirlos efectivamente de que se trata de creencias justificadas? CEE y CRJ no son solamente concepciones distintas entre sí, sino que son, como vimos, opuestas e incompatibles en diversos puntos. Este último hecho es problemático en sí mismo, dado que la plausibilidad del liberalismo político no debería depender de la aceptación de una concepción, CRJ, que presupone el rechazo de rasgos básicos del concepto de justificación epistémica, tal como es caracterizado por una influyente tradición dentro de la filosofía. Al hacer esto, el liberalismo político adopta, contra sus propios presupuestos, una posición comprensiva filosófica profundamente controvertida.

## II.

### 1.

En esta sección final intentaremos explicar el modo en que el liberalismo político puede superar las objeciones formuladas en la sección I.2, sin incurrir en los problemas que, según acabamos de ver en la sección I.3, involucra la apelación a CRJ, interpretada como una concepción de la justificación de creencias alternativas a CEE.

El punto de partida de nuestra propuesta consistirá en defender la idea de que estar epistémicamente justificado a afirmar que  $p$  no implica necesariamente estar justificado a actuar sobre la base de esa creencia en todo contexto. Existen, por supuesto, casos en que las creencias de un agente, junto con sus deseos o metas, constituyen los únicos factores de los que depende la justificación de una decisión. Supongamos que un

agente planea salir a navegar en un velero durante el fin de semana, pero, por supuesto, otorga prioridad sobre ese deseo al de evitar sufrir un accidente que podría poner en riesgo su vida. Ahora bien, dado ese esquema de deseos, la decisión que finalmente tome el sujeto puede depender enteramente, por ejemplo, de sus creencias acerca del estado del clima. Si se convence, al consultar varios informes meteorológicos, de que va a desatarse una fuerte tormenta el sábado por la tarde, decidirá suspender la excursión. En este caso, estar justificado a creer que  $p$  («habrá una fuerte tormenta el sábado») es suficiente para estar justificados a tomar una decisión («suspender la excursión»). Sin embargo, son muy comunes las situaciones que contradicen ese patrón. Un agente puede estar justificado a creer que  $p$  y, sin embargo, no estar justificado a actuar sobre la base de esa creencia en un contexto determinado. Como veremos, las razones de ello no tienen que ver con la interacción entre las creencias del agente y sus deseos o metas, sino con la injerencia de factores prácticos adicionales. En ocasiones es posible que el agente deba poner entre paréntesis sus creencias y tomar la decisión basado en otras premisas que pueden, o bien ser diferentes de dichas creencias o, incluso, su directa negación. Imaginemos algunos casos.

Tres individuos deben decidir si invierten sus ahorros en la construcción de un edificio de oficinas. Saben que no es posible calcular con precisión los costos totales que demandará la construcción. Los distintos subcontratistas sólo están en condiciones de darles un costo aproximado que puede variar de acuerdo con subas o bajas futuras del precio de los materiales o con la disponibilidad en el mercado de ciertos insumos alternativos. El costo de cometer un error subestimando el monto de dinero necesario podría ocasionar la pérdida completa de la inversión al quedar la obra inconclusa. Como consecuencia de ello y de la incertidumbre acerca del monto total de dinero que deberá ser invertido, cada individuo basa su decisión de participar en el proyecto en las estimaciones de costos más altas, aun cuando no crea que ellas reflejen la realidad. Cada individuo decide invertir sólo si es capaz de afrontar las estimaciones de costos más elevadas. La situación sería distinta si se les ofreciera a los mismos sujetos una apuesta que premiara al que hiciera la estimación más exacta del costo final de la construcción, en ese caso deberían razonar de un modo diferente y apostar, no por la estimación de costos más alta, sino por aquella que realmente creen más exacta. Después de todo, la consecuencia de errar por elegir un costo superior al real es igual a la de errar por escoger un costo inferior: en ambos casos se pierde la apuesta. En el caso de la decisión de invertir, no se da esa simetría, errar por subestimar el monto de dinero requerido es muy grave, mientras que errar sobreestimando el monto de dinero necesario no acarrea consecuencias significativas<sup>38</sup>.

En este caso la decisión de invertir o abstenerse de hacerlo no depende de las creencias reales de los sujetos acerca del costo total del emprendimiento, sino de premisas que, aunque no son creídas, resultan identificadas como bases más apropiadas para desarrollar el razonamiento en el que se decide el curso de acción a tomar. El factor responsable de que las creencias de los agentes deban ser puestas entre paréntesis es el elevado costo de cometer un error y la asimetría, en relación con las consecuencias prácticas de la acción, que existe entre errar subestimando el monto total requerido por la inversión y errar sobreestimándolo. Dada la inelimi-

<sup>38</sup> Este ejemplo es una variación de uno propuesto originalmente por M. BRATMAN (*cf.* BRATMAN, 1992: 6).

nable posibilidad de cometer un error al no tomar la estimación de costos más alta y las consecuencias que tendría ese error, no basta con estar justificado a creer que una estimación más baja es la correcta para estar justificados a tomar la decisión de invertir. En el contexto de la apuesta, donde no existe una asimetría entre errar por subestimación o por sobrestimación de los costos, no hay razones para poner entre paréntesis las creencias de los agentes acerca de los costos reales, por el contrario, lo más razonable es apostar a la luz de dichas creencias. Otro ejemplo estructuralmente similar sería el siguiente.

Dos científicos, A y B, se encuentran trabajando en distintas aplicaciones tecnológicas de una misma teoría, que denominaremos T1. Se trata de una teoría novedosa que cuenta con un número significativo y creciente de defensores dentro de la comunidad científica. Dado que hay disponible muy buena evidencia que avala T1, A y B se encuentran firmemente convencidos de que se trata de la teoría verdadera. Por supuesto, ambos reconocen que en ciencias fácticas la posibilidad de error es ineliminable y que nunca puede ser considerada trivial, no importa lo convencido que se esté de la verdad de una teoría. Hay una diferencia importante entre los proyectos de investigación de A y B. Mientras la investigación de A es inocua en caso de error, un error en el trabajo de B, dado el tipo particular de pruebas y experimentos que debe realizar, produciría un daño enorme: miles de personas podrían morir o sufrir daños irreversibles. Supongamos, además, que alertados del peligro, los miembros de la comunidad en la que vive B se oponen a que éste continúe con sus experimentos.

Es plausible sostener que A y B están igualmente justificados, desde una perspectiva epistémica, a creer que T1 es verdadera. Ello se debe a que ambos sujetos poseen la misma evidencia en favor de dicha teoría. Sin embargo, parece haber buenas razones para concluir que mientras en el contexto en que se encuentra A, C1, la creencia de que T1 es verdadera le ofrece una justificación adecuada para actuar, tal creencia es insuficiente para ofrecer una justificación en el contexto en que se encuentra B, C2. A diferencia de lo que ocurre en C1, en C2 el costo del error es altísimo desde una perspectiva moral. El caso de los científicos pone en evidencia, en primer lugar, que estar justificado, desde una perspectiva epistémica a creer que  $p$ , no implica necesariamente estar justificado a actuar sobre la base de que  $p$  en cualquier contexto. Cuando el costo de cometer un error es muy alto y la posibilidad de que tal cosa ocurra no puede ser descartada, aún creencias que poseen una justificación epistémica apropiada y son, consecuentemente, afirmadas con un significativo grado de confianza, pueden no ser suficientes para justificar la toma de una decisión y la subsiguiente realización de acciones.

Existen otros factores, además de los costos o las asimetrías en los costos del error, que explican el hecho de que en muchos contextos de acción las creencias de los agentes no sean las premisas que poseen un peso determinante en sus decisiones. Veamos dos ejemplos:

«Un abogado defensor cree, sobre la base de muy buena evidencia, que su cliente es culpable del crimen del que se lo acusa. Sin embargo, para cumplir con las obligaciones que le impone su función profesional, debe desarrollar la mejor estrategia de defensa posible para que su cliente no sea encontrado culpable por el jurado. Para planear su estrategia debe tomar como premisa la inocencia del acusado, aun cuando no crea en ella».

«Los miembros del jurado en un juicio penal llegan a convencerse de la culpabilidad de un sujeto acusado de haber cometido un robo. Sin embargo, las únicas evidencias que vinculan al acusado con el delito, a las que los jurados tuvieron ya acceso, deben ser eliminadas porque la defensa logra probar que fueron obtenidas en forma ilegal por la policía. A pesar de sus creencias, cada jurado decide no declarar culpable al acusado porque reconoce que no dispone de la evidencia, válida en el tribunal, requerida para hacerlo. De modo que el jurado se pronuncia, correctamente desde la perspectiva legal, por un veredicto en cuya verdad sus miembros no creen».

En el caso del abogado las premisas sobre la base de las cuales es planeada su acción deben diferir de sus creencias gracias a las obligaciones que éste adquiere como consecuencia de la función social que desempeña. En el caso de los jurados, el contraste entre las creencias de los individuos y las premisas en las que se apoya su decisión depende de la aceptación de las reglas de evidencia vigentes dentro de una institución social determinada: un tribunal penal. En todos los casos que vimos, los sujetos, por diversas razones, deben poner entre paréntesis sus creencias reales, dado que éstas, aun cuando estuviesen justificadas desde una perspectiva epistémica y fuesen verdaderas, resultan inadecuadas para justificar la acción en los contextos específicos en que ésta debe desarrollarse. Ello, como hemos visto también, no implica que los sujetos no puedan mantener sus creencias y actuar a partir de ellas en otros contextos diferentes<sup>39</sup>.

Los casos que acabamos de presentar permiten introducir una distinción conceptual que resulta muy útil para nuestros fines. Se trata de la distinción entre creencia y aceptación (*acceptance*)<sup>40</sup>. Aceptar que *p* equivale a tomar la decisión de tratar a dicha proposición, en un contexto específico de deliberación, como verdadera —es decir, ignorar, por el momento y para los fines de la deliberación y subsecuente toma de decisión, la posibilidad de que sea falsa—, aun cuando no se crea realmente en su verdad. Muy frecuentemente el sujeto aceptará, como premisas para sus razonamientos tanto teóricos como prácticos, proposiciones que, además, cree verdaderas<sup>41</sup>; sin embargo, es importante subrayar que también es posible que acepte proposiciones en cuya verdad no cree<sup>42</sup>. Como vimos, por ejemplo, en el caso de la construcción del edificio de oficinas, los sujetos aceptan como premisa para tomar la decisión de invertir o abstenerse de hacerlo la estimación más alta del costo total del proyecto, no sus creencias acerca de cuál podría ser el costo total real. Un patrón semejante se da en los casos restantes: las premisas de las que dependen las deliberaciones de los agentes no son *creídas* por ellos, pero son *aceptadas*, a los fines de la toma de decisión en el con-

<sup>39</sup> Por supuesto, existen otro tipo de razones que explican el posible contraste entre las creencias de un agente y las premisas en las que basa sus decisiones en ciertos contextos específicos. BRATMAN, por ejemplo, ha propuesto una serie de casos en los que, además de los mencionados, entran en juego factores como la necesidad de realizar simplificaciones para llegar a una decisión en el tiempo requerido, los requisitos de la cooperación social, la inferencia de relaciones especiales que los sujetos tienen con otros individuos y lo requerido por las precondiciones generales del razonamiento práctico (cfr. BRATMAN, 1992: 5-8).

<sup>40</sup> Cfr. VAN FRAASSEN, 1980; STALNAKER, 1984; L. J. COHEN, 1992; BRATMAN, 1992; TUOMELA, 2000; VELLEMAN, 2000.

<sup>41</sup> Cfr. L. J. COHEN, 1992: 170.

<sup>42</sup> Cfr. STALNAKER, 1984: 79-81. L. J. COHEN define «aceptación» en los siguientes términos: «[...] Aceptar la proposición o regla o inferencia de que *p* es tratar como dado que *p*. Más precisamente, aceptar que *p* es tener o adoptar una política de considerar (*deeming*), asumir (*positing*) o postular (*postulating*) que *p* —es decir, de incluir esa proposición o regla entre nuestras premisas para decidir qué hacer o qué pensar en un contexto particular, sienta uno o no que es verdad que  $p \rightarrow$ » (L. J. COHEN, 1992: 4).

texto en que se encuentran. El científico A puede creer y aceptar T1, mientras que B puede creer en T1 pero no aceptarla como una premisa que justifique la realización del riesgoso experimento que planeaba. El abogado acepta que su cliente es inocente a los fines prácticos de elaborar una estrategia de defensa, aunque no cree en su inocencia. Los jurados ponen entre paréntesis, se abstienen de aceptar las evidencias que prueban que el acusado es culpable y razonan a partir de sus creencias restantes —aquellas que pueden ser objeto de aceptación, es decir, aquellas que pueden ser tomadas como premisas de la deliberación—, las cuales, sin embargo, no permiten emitir un veredicto de culpabilidad.

Existen importantes diferencias entre los actos de aceptación y las creencias. A los efectos de hacer una comparación, presentemos una lista con algunos de los rasgos que habitualmente son considerados característicos de la noción de creencia<sup>43</sup>.

1. Las creencias apuntan a la verdad, ésta constituye su criterio de corrección. Si llegamos a la conclusión de que *p* no es verdad, y somos agentes cognitivamente razonables, no podemos continuar creyendo que *p*.

2. Las creencias razonables son conformadas por evidencias relativas a aquello que es creído y concernientes a la verdad de lo que es creído. Una creencia es racional si es respaldada por un grado adecuado de evidencia de su verdad<sup>44</sup>. Es irracional creer en contra de la evidencia de la que se dispone.

3. Las creencias no son objeto de control voluntario por parte del agente, éste no decide qué creer. Un agente no puede creer a voluntad que su casa está incendiada si no tiene evidencia de ello, si, por ejemplo, no ve ni humo ni llamas por ninguna parte y no siente olor a quemado; por el contrario, en caso de que se tope con esos indicios concurrentes no podrá evitar creer que se encuentra frente a un incendio.

4. Las creencias son, en un sentido importante, contexto-independientes: un sujeto, en un tiempo determinado, o bien cree en algo o bien no lo cree, pero no puede creer que *p* en un contexto y que no *p* en otro. Por ejemplo, un agente no puede creer que el candidato a senador X es corrupto cuando habla con su esposa y luego, cuando habla con un compañero de trabajo, creer —sin que haya variado la evidencia de la que dispone—, que dicho candidato a senador es honesto<sup>45</sup>. Puede ocurrir que haya razones para mentirle a su compañero de trabajo y decirle, contra sus creencias, que el candidato no es corrupto, pero no puede creer ambas cosas por más que el contexto del diálogo cambie: o cree que el candidato es corrupto o cree que no lo es. Si creemos algo, esa creencia debe perdurar a través de varios contextos, a no ser, por supuesto, que la descartemos como resultado de que ha aparecido en el proceso evidencia contraria a ella. En ese caso, por supuesto, la descartaremos en los distintos contextos en los que tomamos parte.

<sup>43</sup> Seguiremos, fundamentalmente, a BRATMAN en esta caracterización (*cf.* BRATMAN, 1992: 3-4, y también ENGEL, 1998: 143).

<sup>44</sup> *Cfr.* BRATMAN, 1992: 3, y ENGEL, 1998: 143.

<sup>45</sup> ENGEL ofrece un ejemplo similar: «Sería absurdo, o una forma de capricho, decir que los miércoles creo que Hong Kong es una ciudad ruidosa, y los domingos no creo tal cosa. Ciertamente puedo tener las dos creencias si ellas responden a dos fragmentos diferentes de evidencia (por ejemplo, hay muchos autos los miércoles, los cuales no vienen a la ciudad los domingos), pero es una cosa extraña decir tal cosa como una verdad general acerca de Hong Kong. O creo que Hong Kong es ruidoso, o creo que no lo es, punto» (ENGEL, 1998: 143).

5. Las creencias están sujetas a un ideal de integración o aglomeración. Las personas deberían intentar hacer coherentes y consistentes sus creencias, e integrarlas dentro de un punto de vista global más amplio.

Consideramos ahora los rasgos que caracterizan a los actos de aceptación. En primer lugar, a diferencia de la creencia, la aceptación no apunta a la verdad, dado que, como vimos, los agentes pueden aceptar como premisas de sus razonamientos proposiciones cuya verdad no necesariamente afirman: se puede aceptar que  $p$ , sin creer que  $p$  sea verdadera. En segundo lugar, los factores de los que depende que una proposición sea o no aceptada como premisa de nuestras deliberaciones no son de orden epistémico, sino práctico (la asimetría de riesgos implicada en la situación, el nivel de daño —para los propios intereses del sujeto o para los intereses de otros agentes— esperable en caso de error, consideraciones morales relativas a qué riesgos son aceptables en la acción, obligaciones adquiridas como resultado de desempeñar una función social, etc.)<sup>46</sup>. Desde la perspectiva tradicional, resultaría objetable que nuestras creencias fuesen modeladas por ese tipo de factores prácticos. Las razones para creer que  $p$  o abstenerse de hacerlo, para un agente racional, deberían depender exclusivamente de la evidencia de la que éste disponga de la verdad o de la falsedad de que  $p$ . Sin embargo, aún aceptando esta concepción, parece perfectamente lícito que factores prácticos como los mencionados tengan un impacto significativo en la justificación de nuestras acciones<sup>47</sup>. Decidir cómo vamos a actuar tomando sólo en cuenta consideraciones de orden epistémico —por supuesto, en conjunción con nuestro esquema de deseos o metas— nos convertiría en agentes irracionales desde un punto de vista práctico, incapaces de actuar con prudencia al hacer inversiones, de aceptar reglas especiales de pertinencia de las evidencias —como ocurre con un juicio penal—, o de desempeñar ciertas funciones sociales —como la de abogado defensor—. Los actos de aceptación constituyen entonces una pieza fundamental de nuestra racionalidad práctica. En tercer lugar, mientras las creencias son adquiridas por el sujeto de forma predominantemente pasiva —dado que son inducidas, más allá de la voluntad del sujeto, por la evidencia con la que éste entra en contacto—, la aceptación es el resultado de un acto voluntario y deliberado. Los actos de aceptación tienen, como sostiene L. J. COHEN, el estatus de una *política* que adoptamos frente a nuestras creencias. En ciertos casos decidimos abstenernos de aceptar, es decir, de incluir en el razonamiento que nos lleva a la toma de decisión y a la acción, ciertas creencias que de hecho suscribimos; en otros casos, decidimos aceptar proposiciones en las que no creemos. En cuarto lugar, a diferencia de las creencias, que son normalmente concebidas como independientes del contexto, los actos de aceptación tienen una naturaleza contextual. Por ejemplo, en el caso del juicio penal al que hicimos referencia páginas atrás, los jurados ponen entre paréntesis, no aceptan, la creencia de que el acusado de robo es culpable, dado que depende de una evidencia que debe ser excluida porque fue obtenida ilegalmente por la policía. Ellos continúan creyendo que el acusado cometió el robo, pero deben reconocer que no pueden declararlo

<sup>46</sup> Como afirma L. J. COHEN, las razones para aceptar que  $p$  pueden ser éticas, profesionales, prudenciales, religiosas, estéticas, y, en general, pragmáticas, en lugar de evidenciales (cfr. L. J. COHEN, 1992: 20).

<sup>47</sup> Para autores como L. J. COHEN, los actos de aceptación no juegan un papel significativo sólo en la justificación de las acciones, sino que también lo hacen en el campo teórico. Dados los intereses del presente trabajo, nos concentraremos principalmente en el papel que juega la aceptación en la justificación de acciones.

culpable. Ahora bien, supongamos que en otro contexto, meses después del juicio, el acusado le propone a uno de los sujetos que fueron miembros del jurado realizar un negocio. En ese nuevo contexto el ex jurado puede decidir rechazar la oferta basado en que cree y acepta que el individuo que le propone el negocio ha tenido en el pasado conductas deshonestas: que ha cometido un robo. Si bien las creencias deberían mantenerse estables en caso de no variar la evidencia en los distintos contextos, los actos de aceptación pueden variar, para ajustarse a los factores prácticos que entran en juego en cada caso. En quinto lugar, el ideal de integración coherente dentro de un punto de vista más amplio o global que rige en el caso de las creencias no se aplica del mismo modo a los actos de aceptación, dado que éstos, como vimos, dependen de factores prácticos contextuales. Retomemos el último ejemplo. El hecho de que cada jurado deba, como consecuencia de factores prácticos<sup>48</sup>, abstenerse de aceptar en el juicio su creencia de que el acusado ha cometido el robo del que se lo acusa no lo compromete a abstenerse, como resultado de la necesidad de satisfacer un requisito de coherencia, de aceptar esa creencia en otros contextos en los cuales las referidas razones prácticas están ausentes. Si, como hemos supuesto, luego del juicio el acusado le propone participar de un negocio a uno de los ex jurados, éste es libre, en ese nuevo contexto, de realizar un acto de aceptación distinto del que hizo durante el juicio y tomar la creencia de que el sujeto ha cometido un delito como premisa de su decisión, en este caso, de rechazar la propuesta de negocios.

## 2.

Las consideraciones precedentes ofrecen al liberalismo político las herramientas conceptuales necesarias para superar las objeciones que fueron presentadas en la sección I.2, evitando las dificultades que acarrea la apelación a una concepción práctica de la justificación de creencias como la introducida por RAWLS, que fueron examinadas en la sección I.3. Desarticular las objeciones referidas supone dar dos pasos fundamentales. En primer lugar, debemos dejar de ver a las concepciones políticas de la justicia, primariamente, como conjuntos de creencias y concebirlas como constituidas, en sus elementos fundamentales, por actos de aceptación<sup>49</sup>. Como consecuencia de ello, en segundo lugar, la idea de justificación pública debe ser reinterpretada. CRJ no debe ser vista como un proceso argumentativo cuya meta es la justificación de creencias a partir

<sup>48</sup> En ese caso, la violación de las reglas de admisibilidad de evidencia que rigen en el tribunal.

<sup>49</sup> Creemos que esta propuesta permite articular conceptualmente, en forma consistente y clara, la idea de RAWLS de que la justificación política, más que requerir que todos los involucrados tomen como punto de partida de su argumentación premisas que reconozcan como verdaderas, exige que todos tomen como punto de partida premisas que reconozcan «como públicamente *aceptables* para el propósito de establecer un acuerdo realizable sobre las cuestiones fundamentales de la justicia política», dado que «el propósito de justicia como imparcialidad, como una concepción política, es práctico y no metafísico o epistemológico: ésta se presenta a sí misma no como una concepción de la justicia que es verdadera, sino como una que puede servir como base de un acuerdo político informado y voluntario entre ciudadanos concebidos como personas libres e iguales» (RAWLS, 1999a: 394). La posición del liberalismo político, según consideramos que debería ser interpretada, es que los ciudadanos, crean o no en la verdad de la concepción política de la justicia, deben *aceptarla*, esto es, decidir convertirla en premisa de sus deliberaciones políticas. Esa decisión —que no es en sí misma otra cosa que una *política*— no dependerá de factores de orden epistémico, sino de factores práctico-morales asociados con la idea de persona razonable.

de una serie de premisas compartidas que tienen, también, el estatus de creencias, como parece implicar una lectura estándar del planteo de RAWLS. La meta del proceso de justificación pública es la justificación de acciones (las políticas del Estado), no de creencias, y parte fundamental de ese proceso de justificación depende de premisas que tienen el estatus de actos de aceptación.

Según vimos en la sección I.2, el rechazo rawlsiano de las doctrinas comprensivas como bases apropiadas de justificación de las políticas fundamentales del Estado, parece implicar la asunción de una posición escéptica respecto de dichas doctrinas. Ello se debe a que RAWLS sostiene que, dadas las cargas del juicio, no es posible distinguir entre creencias comprensivas genuinas y espurias, es decir, entre creencias comprensivas que pueden ser afirmadas, en forma justificada, como verdaderas, y creencias comprensivas que tienen un estatus puramente subjetivo. Uno de los rasgos fundamentales del argumento de RAWLS consiste en distinguir entre creencias que son susceptibles de una justificación pública —las concepciones políticas de la justicia— y creencias que no lo son —las doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas o morales—. Sin embargo, a la luz de CEE, negar que ciertas creencias —las comprensivas— dispongan de una justificación pública equivale a negar que dispongan *tout court* de una justificación epistémica apropiada, dado que toda justificación epistémica apropiada es por naturaleza pública. Esto implica adoptar una posición escéptica respecto de las doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas o morales.

Ahora bien, si se adopta la propuesta esbozada líneas atrás, la situación es diferente. Afirmar que las doctrinas comprensivas no son una base adecuada de justificación de las políticas fundamentales del Estado no implicaría afirmar que no puede distinguirse públicamente entre creencias comprensivas genuinas y espurias, ni que, consecuentemente, las creencias comprensivas no son susceptibles de una justificación epistémica apropiada. Desde la perspectiva que estamos proponiendo, afirmar que las doctrinas comprensivas no son una base adecuada de justificación de las políticas fundamentales del Estado equivale a decir que las creencias comprensivas no pueden, dadas las cargas del juicio, dar lugar a actos de aceptación compartidos por todos los sujetos afectados. Recordemos que, a diferencia de las creencias, los actos de aceptación surgen de una decisión voluntaria, son una política que el sujeto es libre de implementar o no implementar. No resulta plausible esperar que las doctrinas comprensivas suministren una base compartida de justificación, porque no podemos esperar que los sujetos acepten libremente creencias irreconciliables con las propias o que, en muchos casos, ni siquiera son capaces de comprender o interpretar cabalmente. Por el contrario, las concepciones políticas de la justicia, por basarse en prácticas, experiencias y creencias compartidas, pueden dar lugar, libremente, a los mismos actos de aceptación, es decir, a que los sujetos acepten las mismas premisas como bases de justificación de la acción en un contexto específico: la arena política. La exigencia de que las premisas en las que se basa la justificación de la acción del Estado puedan ser libremente aceptadas por todos los afectados no es una exigencia de orden epistémico, no es una condición necesaria para que una creencia pueda ser públicamente justificada (es decir, justificada en forma apropiada desde una perspectiva epistémica), es una exigencia de orden moral que deriva de la consideración de los ciudadanos como agentes morales libres e iguales, y quizá, en última instancia, de las implicaciones de concebir, como lo hace RAWLS, a la sociedad como un sistema equitativo de coopera-

ción entre personas libres e iguales<sup>50</sup>. Estas ideas morales funcionan como una presión práctica que debe moldear, no las creencias —comprehensivas— de los agentes, sino los actos de aceptación a partir de los cuales éstos justifican sus acciones unos frente a los otros.

Ahora bien, el hecho de que ciertas creencias —las doctrinas comprehensivas— no puedan ser objeto de actos de aceptación suscritos por todos los individuos que forman parte de un contexto de deliberación y acción: el político, no implica que dichas creencias no puedan contar con una justificación epistémica apropiada. Según vimos, los miembros del jurado, aun cuando no puedan aceptar en el contexto del juicio las evidencias que apuntan a la culpabilidad del acusado y no estén en condiciones de tomar la decisión de condenarlo, pueden estar perfectamente justificados, desde una perspectiva epistémica, a creer que éste ha cometido efectivamente el crimen. No están justificados a actuar sobre la base de sus creencias en un contexto determinado, pero ello no implica que no estén justificados a creer y actuar sobre la base de ellas en otros contextos. Los inversores del ejemplo pueden continuar creyendo que el costo del edificio será menor que el que tienen en cuenta a la hora de evaluar si disponen o no de dinero suficiente como para poder decidir participar del proyecto. De igual modo, el hecho de que los ciudadanos admitan que las doctrinas comprehensivas no resultan adecuadas para ser tomadas como las premisas de las que depende la justificación de la acción del Estado en la esfera política no implica que no puedan continuar creyendo, quizá en forma justificada desde una perspectiva epistémica, en la verdad o corrección de dichas doctrinas. También es perfectamente plausible que los sujetos actúen tomando sus creencias comprehensivas como premisas en otros contextos de acción no políticos, así como los jurados del ejemplo pueden decidir evitar, luego del juicio, hacer negocios con el acusado, dado que lo consideran un criminal, o así como el inversionista puede hacer una apuesta acerca del monto de dinero que será necesario para completar la construcción del edificio, tomando como premisas sus creencias reales acerca del costo del proyecto.

Podemos concluir que al concebir las concepciones políticas de la justicia como constituidas, fundamentalmente, por actos de aceptación, se evitan las consecuencias escépticas que parece involucrar el planteo original de RAWLS. Otra conclusión a la que puede arribarse es que, al concebir la idea de justificación pública como un proceso cuya meta final es la justificación de acciones, no de creencias, en el cual juegan un papel decisivo actos de aceptación, se disuelve la tensión que existía en el planteo de RAWLS entre la idea de justificación pública (CRJ) y la noción tradicional de justificación epistémica de una creencia (CEE). El requisito de que los agentes tomen como punto de partida premisas compartidas no es exigido como una condición necesaria para la justificación de creencias, sino como un requisito para la justificación de acciones frente a otros sujetos, dado el supuesto adicional de que los sujetos reconocen una obligación moral de ofrecer tales justificaciones sobre la base de razones que puedan ser libremente suscritas por sus interlocutores<sup>51</sup>. El hecho de que un agente falle en justificar sus propuestas de acción frente a otro, porque sus argumentos apelan a expe-

<sup>50</sup> Cfr. RAWLS, 1993: 15-22.

<sup>51</sup> Después de todo, la idea scanloniana que, según RAWLS, se encuentra en el corazón del concepto de persona razonable, estipula que tenemos un compromiso moral básico de justificar, no nuestras creencias, sino

riencias o creencias que los demás no están dispuestos a aceptar libremente como bases de toma de decisión (es decir, como términos equitativos de cooperación), no dice nada acerca de la calidad epistémica de las creencias del sujeto ni implica que haya fallado en ofrecer una justificación epistémica apropiada de su punto de vista frente a sus interlocutores. Si uno de los jurados del ejemplo decidiera votar la condena del acusado aun cuando debe reconocer que lo motiva su acceso a evidencia que, dadas las reglas del tribunal, no puede formar parte de la toma de decisión, su conducta sería cuestionable, habría fallado en justificar su acción. Ello no implicaría, sin embargo, que haya fallado en justificar su creencia de que el acusado es culpable. Según hemos visto, estar justificado a creer que  $p$  y a actuar sobre la base de aceptar que  $p$  en un contexto determinado son cosas distintas. Así como en un tribunal rigen ciertas reglas de admisión de evidencia —que no están basadas en consideraciones epistémicas, sino práctico-morales—, desde la perspectiva del liberalismo político, en la política democrática rige la exigencia —también práctico-moral— de que la justificación de las políticas fundamentales del Estado debe basarse en evidencias y formas de razonar efectivamente accesibles para todos los afectados, es decir, en premisas compartidas, porque de lo contrario no se respetaría la igualdad de las personas ni se podría llegar a un acuerdo voluntario acerca de la legitimidad de dichas políticas. Éste no es, por supuesto, un requisito que se aplica a la justificación de creencias, sino a la justificación de acciones. Si lo fuera, entraría en tensión con CEE, dado que factores prácticos, de orden moral, adquirirían prioridad sobre consideraciones puramente epistémicas. Como hemos visto, en la justificación de acciones, a diferencia de lo que ocurre en la justificación de creencias desde una perspectiva tradicional, la injerencia de factores prácticos como los mencionados es perfectamente aceptable. Por otra parte, aunque la justificación de acciones posee un carácter contextual, ello no implica cuestionar el estatus contexto-independiente de CEE. El hecho de que en el contexto del juicio los jurados no estén justificados a actuar sobre la base de la evidencia que incrimina al acusado y de que en otros contextos, fuera del tribunal, sí puedan utilizar esas evidencias para justificar sus decisiones, es perfectamente compatible con el reconocimiento de la idea de que la justificación epistémica de sus creencias es no contextual: es decir que, si están justificados a creer que  $p$  en un contexto, lo están en todos. Como sabemos, el hecho de que un sujeto no pueda aceptar que  $p$  en un contexto —es decir, utilizar  $p$  como premisa de sus deliberaciones orientadas a tomar una decisión y actuar en consecuencia— es perfectamente compatible con que el sujeto crea, en general, que es verdad que  $p$ . Aceptar el carácter contextual de la justificación de las acciones no implica cuestionar el carácter contexto-independiente de la justificación epistémica de creencias. Por supuesto, la situación es distinta cuando se concibe la justificación política, no como una forma de justificación de acciones en la que juegan un papel central actos de aceptación, sino como una concepción de la justificación de creencias. Si se interpreta de esa manera el proyecto del liberalismo político, éste involucra efectivamente la apelación a una concepción contextualista incompatible con CEE. Sin embargo, según hemos intentado demostrar, no hay por qué sostener esa interpretación de CRJ.

---

«nuestras acciones frente a otros sobre bases que ellos no pudieran rechazar razonablemente» (RAWLS, 1993: 49, *n*). La cursiva es nuestra.

## 3.

Para terminar, quisiéramos señalar que la propuesta que estamos defendiendo tiene una ventaja adicional: torna al liberalismo político aceptable para muchos escépticos morales y para aquellos que consideran que los principios de justicia, como el resto de las ideas y juicios morales, son meramente la expresión de nuestras emociones. Como sostiene S. FREEMAN, hacer el liberalismo político aceptable para los escépticos morales es una meta importante para RAWLS y constituye una de las razones por las que el autor sostiene que el criterio de corrección de la concepción política de la justicia no debe ser la verdad, sino la razonabilidad<sup>52</sup>. Ahora bien, al caracterizar la idea rawlsiana de que las concepciones políticas de la justicia deben ser independientes (*freestanding*), FREEMAN sostiene que el liberalismo político asume que «ciudadanos libres e iguales comparten ciertas *creencias* morales/políticas razonables, a pesar de sus muchas diferencias». La concepción política, continúa el autor, «empieza desde esas *creencias* razonables compartidas, sin inquirir acerca de su valor de verdad (ellas podrían no tener ninguno si el escepticismo moral es correcto), o en sus orígenes filosóficos, psicológicos o sociales»<sup>53</sup>. Ahora bien, afirmar, como lo hace FREEMAN siguiendo el modo usual de hablar de RAWLS, que la concepción política de la justicia parte de «creencias» resulta problemático si se quiere sostener también que el problema de la verdad de dichas creencias es puesto entre paréntesis. Como hemos visto, las creencias apuntan a la verdad, no se puede mantener una creencia genuina sin afirmar que es verdadera. Esto parece dar apoyo a las tesis de J. COHEN de que el concepto de verdad es inescapable y de que el intento rawlsiano por eliminarlo del proceso de justificación política es irrealizable: el uso de la noción de creencia reintroduce la verdad como su criterio de corrección<sup>54</sup>. Por el contrario, describir, adoptando la propuesta que estamos defendiendo, el punto de partida de la concepción política de la justicia como un conjunto de actos de aceptación resuelve el problema. Aunque es perfectamente posible y frecuente que aceptemos como premisas de nuestras decisiones proposiciones en las que también creemos, es también posible, como lo muestran los ejemplos introducidos páginas atrás, aceptar como premisas fundamentales de nuestros razonamientos prácticos, proposiciones en cuya verdad no creemos. De modo que los escépticos morales y los emotivistas podrían suscribir sin inconvenientes la concepción política de la justicia caracterizada del modo que estamos proponiendo hacerlo: no estarían comprometidos

<sup>52</sup> Según FREEMAN, no debe pensarse que la posibilidad de que los escépticos morales razonables desarrollen razonamientos morales constituye una paradoja: «Aunque los escépticos morales rechazan la verdad moral, continúan aceptando (a menos que sean nihilistas) que los juicios morales son más o menos razonables. Ser un escéptico moral no nos descalifica para ser razonables, o para embarcarnos en el razonamiento político acerca de la justicia» (FREEMAN, 2007: 356.) Como continúa afirmando el autor en una nota que sigue al párrafo citado: «Los filósofos que defienden el escepticismo moral normalmente insisten en que su escepticismo no tiene efecto sobre su razonamiento moral o su sinceridad moral. Más aún, los académicos en las escuelas de leyes americanas frecuentemente se declaran positivistas morales y legales que niegan el valor de verdad de las demandas de justicia; aun así, como abogados, razonan dentro del marco del Derecho consuetudinario (*common law*), instituido por el poder legislativo (*statutory law*) y constitucional, incluyendo los conceptos morales que las leyes emplean con frecuencia (como persona razonable, debido cuidado, igual protección, debido proceso, etc.), y creen que las conclusiones legales son más o menos razonables y justificadas, dada la sofisticada estructura del razonamiento legal» (FREEMAN, 2007: 508-509, n 13).

<sup>53</sup> FREEMAN, 2007: 355.

<sup>54</sup> Cfr. COHEN, 2009: 13.

a reconocerla como verdadera, sino como una base práctica de acuerdo político operativa en el marco que ofrecen sociedades marcadas por el hecho del pluralismo.

Por otra parte, es interesante notar que la propuesta de J. COHEN de reintroducir, contra la expresa posición de RAWLS, el concepto de verdad dentro de la justificación política tiene un efecto contrario, en este aspecto, a la propuesta que estamos defendiendo. Si, como dice COHEN, «preocuparse por la justicia, como la concepción política indica, requiere preocuparse por la verdad acerca de la justicia»<sup>55</sup>, la empresa del liberalismo político resultará necesariamente inaceptable para escépticos morales y emotivistas. El hecho de que J. COHEN apele a un supuesto concepto «político» de verdad no cambia en nada la situación, porque aunque éste pudiera permitir eludir las controversias filosóficas más profundas acerca de cómo concebir el concepto de verdad, continúa presentando muchos de los rasgos que rechazan tanto escépticos como emotivistas. Consideremos un ejemplo. La concepción política de la verdad de COHEN incluye una noción de correspondencia. Según el autor: «las creencias verdaderas presentan las cosas como son (“dicen acerca de lo que es que es y de lo que no es que no es”), y en ese sentido no controversial corresponden con cómo las cosas son, aunque ello no agregue (o niegue) que tales creencias presentan las cosas como realmente son en sí mismas, en forma determinada e independiente de la mente»<sup>56</sup>. Aunque esta definición fuese realmente «no controversial», la idea de que los juicios morales tienen el estatus descriptivo que supone la noción de correspondencia propuesta por el autor, resultará inaceptable para muchos. Consideremos el caso clásico del emotivismo. Desde esta perspectiva, la función primordial de los juicios morales no es describir o dar información acerca de alguna cosa, no tiene nada que ver con «presentar las cosas como son», sino con crear una influencia, inducir a los sujetos a actuar y a sentir ciertas emociones<sup>57</sup>. El concepto de verdad propuesto por COHEN parece suficientemente controvertido como para concluir que falla en poseer el estatus político al que aspira.

## BIBLIOGRAFÍA

- BONJOUR, L., 1985: *The Structure of Empirical Knowledge*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- BRATMAN, M. E., 1992: «Practical Reasoning and Acceptance in a Context», *Mind*, núm. 101, 1-15.
- COHEN, L. J., 1992: *An Essay on Belief and Acceptance*, Oxford, Clarendon Press.
- COHEN, J., 2009: «Truth and Public Reason», *Philosophy & Public Affairs*, núm. 1, 2-42.
- ENGEL, P. (ed.), 1998: «Believing, Holding True, and Accepting», *Philosophical Explorations*, I, 2, 140-151.
- FREEMAN, S., 2007: *Rawls*, London, Routledge.
- FUMERTON, R., 2002: «Theories of Justification», en P. K. MOSER (ed.), *The Oxford Handbook of Epistemology*, Oxford, Oxford University Press.

<sup>55</sup> COHEN, 2009: 42.

<sup>56</sup> COHEN, 2009: 27.

<sup>57</sup> *Cfr.*, por ejemplo, STEVENSON, 1937.

- LARMORE, Ch., 1996: *The Morals of Modernity*, Cambridge, Cambridge University Press.
- RAWLS, J., 1973: *A Theory of Justice*, Cambridge MA, The Belknap Press of Harvard University Press.
- 1993: *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- 1999: *The Law of Peoples with «The idea of Public Reason Revisited»*, Cambridge Mass., Harvard University Press
- 1999a: *Collected Papers*, en S. FREEMAN (ed.), Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- 2001: *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge, Mass., Cambridge University Press.
- RAZ, J., 1990: «Facing Diversity: The case of Epistemic Abstinence», *Philosophy & Public Affairs*, núm. 19, 3-46.
- 1998: «Disagreement in Politics», *The American Journal of Jurisprudence*, núm. 43, 25-52.
- STALNAKER, R., 1984: *Inquiry*, Cambridge, Mass., The MIT Press.
- STEVENSON, C. L., 1937: «The Emotive Meaning of Ethical Terms», *Mind*, núm. 46, 14-31.
- TUOMELA, R., 2000: «Belief versus Acceptance», *Philosophical Explorations*, núm. 2, 22-157.
- VAN FRAASSEN, B. C., 1980: *The scientific image*, Oxford, Oxford University Press.
- VELLEMAN, J. D., 2000: *The possibility of practical reason*, Oxford, Clarendon Press.
- WENAR, L., 1995: «Political liberalism: an internal critique», *Ethics*, núm. 106, 32-62.

# LIBERALISMO POLÍTICO: MORAL, NO EPISTEMOLÓGICO \*

Luciano Venezia

*Universidad Nacional de Quilmes*

**RESUMEN.** El presente ensayo constituye una respuesta crítica a «Liberalismo político, justificación pública y verdad» de M. GARRETA LECLERCQ. GARRETA LECLERCQ sostiene que la teoría de la justificación epistémica tradicional es conceptualmente irreconciliable con el liberalismo político rawlsiano. Asimismo, GARRETA LECLERCQ también mantiene que la concepción de la justificación política de RAWLS sí satisfaría los estándares liberal-políticos pero que sería deficiente por otras razones. Por esta cuestión, GARRETA LECLERCQ concluye que RAWLS no desarrolla una justificación adecuada del núcleo conceptual del liberalismo político. Por mi parte, considero que en *Political Liberalism*, RAWLS da cuenta de la neutralidad liberal sobre la base de razones morales antes que epistemológicas. Por esta razón, los argumentos esgrimidos por GARRETA LECLERCQ no ofrecen elementos de juicio suficientes para afirmar que RAWLS introduce el núcleo de ideas característico del liberalismo político de modo inadecuado.

**Palabras clave:** liberalismo político, justificación pública, razonabilidad, verdad.

**ABSTRACT.** This essay is a critical response to M. GARRETA LECLERCQ's «Liberalismo político, justificación pública y verdad». GARRETA LECLERCQ argues that the traditional theory of epistemic justification is conceptually irreconcilable with Rawlsian political liberalism. In addition, GARRETA LECLERCQ holds that even though RAWLS's own conception of political justification satisfies political liberalism's standards, it would be objectionable on other grounds. On the basis of such considerations, GARRETA LECLERCQ concludes that RAWLS does not develop an adequate justification of political liberalism's conceptual core. I disagree. I argue that in *Political Liberalism*, RAWLS grounds liberal neutrality on the basis of moral rather than epistemological reasons. I conclude that GARRETA LECLERCQ's arguments fail to provide adequate support for claiming that RAWLS grounds the conceptual core of political liberalism in a misguided way.

**Keywords:** political liberalism, public justification, reasonableness, truth.

---

\* Fecha de recepción: 12 de mayo de 2010. Fecha de aceptación: 20 de junio de 2010.

Una versión anterior de este trabajo fue presentada el 27 de marzo de 2010 en las III Jornadas CIF-SADAE, «Autoconocimiento, democracia deliberativa y justicia global», en la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico en Buenos Aires, Argentina. Agradezco la invitación de Eduardo Rivera López y la buena disposición de Mariano Garreta Leclercq para discutir sus ideas conmigo. Asimismo, agradezco los comentarios de Pablo Stafforini a una versión anterior del ensayo. Por último, agradezco las sugerencias de el/la evaluador(a) anónimo/a de *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo tiene por objetivo examinar críticamente algunas de las ideas desarrolladas por M. GARRETA LECLERCQ en «Liberalismo político, justificación pública y verdad». La argumentación desarrollada por GARRETA LECLERCQ en este texto está estructurada en dos partes. En la primera parte, GARRETA LECLERCQ argumenta que la teoría de la justificación epistémica tradicional es conceptualmente irreconciliable con el liberalismo político rawlsiano —en los hechos, esta teoría conllevaría la adopción de una posición escéptica acerca del valor de las creencias filosóficas, religiosas o morales que abrazan los ciudadanos razonables en el ámbito no-público o privado—. Asimismo, GARRETA LECLERCQ mantiene que la concepción de la justificación política de RAWLS sí cumpliría con el estándar anti-escéptico liberal-político, pero que sería deficiente por otras razones —en particular, por no ser una genuina teoría de la justificación capaz de competir con la concepción epistémica tradicional, debido a que (entre otras cosas) el concepto de verdad no jugaría un papel relevante en esta concepción—. Sobre la base de esta argumentación, GARRETA LECLERCQ concluye que RAWLS no desarrolla una concepción de la justificación epistémica verdaderamente atendible del núcleo conceptual del liberalismo político —la neutralidad de justificación—, sino que introduce una teoría dudosa de forma «axiomática». En la segunda parte del ensayo, GARRETA LECLERCQ propone una forma novedosa para subsanar el problema detectado. Allí GARRETA LECLERCQ desarrolla una concepción de la justificación pública que estaría en condiciones de pasar el test anti-escéptico característico del liberalismo político, al mismo tiempo que no sería presa de las dificultades detectadas en la argumentación de RAWLS.

En este trabajo focalizo mi argumentación en la parte destructiva de la argumentación desarrollada por GARRETA LECLERCQ en su artículo. En particular, en este ensayo muestro que RAWLS da cuenta de la neutralidad liberal sobre la base de razones morales antes que epistemológicas. Por ello, los argumentos críticos de GARRETA LECLERCQ no ofrecen elementos de juicio suficientes para afirmar que RAWLS justifica el núcleo de ideas característico del liberalismo político sobre la base de la adopción axiomática de una concepción deficiente de la justificación pública. Con todo, los diferentes puntos que analizo en este trabajo no alcanzan a la teoría positiva desarrollada por GARRETA LECLERCQ. Consiguientemente, mi argumentación no es totalmente incompatible con su proyecto teórico. Aun cuando aceptara los argumentos que desarrollo a continuación, GARRETA LECLERCQ podría de todos modos considerar que existen razones adicionales para introducir su propia concepción de la justificación pública, al margen de que fracase o no la justificación de RAWLS de la neutralidad liberal.

## 2. MERO PLURALISMO VS. PLURALISMO RAZONABLE

Una forma de plantear el núcleo argumentativo desarrollado por GARRETA LECLERCQ en su artículo es la siguiente. Contrariamente a lo que dice hacer, en los hechos RAWLS asume una posición escéptica acerca del valor de las doctrinas comprensivas filosóficas, religiosas o morales que los ciudadanos razonables sostienen en el ámbito

privado o no-público. La argumentación de RAWLS introduce una distinción conceptual entre «creencias comprensivas como tales» y «creencias comprensivas verdaderas»<sup>1</sup>. A la luz de esta distinción, RAWLS sostiene que las doctrinas comprensivas no constituyen una base adecuada para sustentar una concepción de la justicia distributiva. La argumentación de RAWLS involucra la idea de que las doctrinas comprensivas no son verdaderas o correctas, lo que conlleva la introducción de un juicio escéptico acerca de su valor epistémico —equivale a decir que las doctrinas comprensivas no están adecuadamente justificadas y, quizá, a que son lisa y llanamente falsas—.

GARRETA LECLERCQ desarrolla un ejemplo para mostrar la introducción de este juicio escéptico de la argumentación rawlsiana. El ejemplo consiste en imaginar a un científico explicándole a un lego una teoría compleja. Según la forma en que GARRETA LECLERCQ plantea las cosas, el lego no comprende la explicación y, dado que ella choca con el sentido común, él considera que la teoría en cuestión es falsa<sup>2</sup>. Ahora bien, GARRETA LECLERCQ señala que, intuitivamente, en este caso no diríamos que el científico no dispone de una justificación apropiada de su teoría o que falló en justificar esa teoría frente a su interlocutor. Seguramente diríamos que el científico no logró persuadir al lego. Sin embargo, no diríamos que falló en ofrecer una explicación de la teoría<sup>3</sup>.

GARRETA LECLERCQ señala que este ejemplo tiene un estatus fundamentalmente análogo al caso de una persona razonable que intentara defender su propio punto de vista comprensivo frente a otros ciudadanos razonables en el ámbito público. Ahora bien, aceptar la analogía conlleva admitir del carácter escéptico de la posición de RAWLS. En efecto, mientras que nuestra evaluación de la situación sería sustancialmente similar a la evaluación del caso del científico (la persona razonable habría justificado su posición aunque tal vez no hubiera convencido a su interlocutor), RAWLS, en tanto abraza la tesis de la neutralidad de justificación, evaluaría la situación de otro modo. Él asumiría que la persona no está realmente justificada en sostener ese punto de vista comprensivo. Así, en los hechos, RAWLS estaría adoptando un punto de vista escéptico acerca del valor de las concepciones comprensivas de los ciudadanos razonables<sup>4</sup>.

A mi juicio, esta conclusión es apresurada. Los dos casos no son realmente similares en los aspectos o características relevantes. En realidad, los dos casos son lo suficientemente heterogéneos entre sí como para invalidar la analogía planteada por GARRETA LECLERCQ. El elemento de juicio clave es el siguiente. Mientras que en el caso del científico podemos considerar que nos encontramos en una situación en la que, en principio, es posible ofrecer una justificación de la teoría en cuestión, tal cosa no ocurre en el caso de la persona razonable que intenta dar cuenta de su punto de vista comprensivo en el ámbito público frente a otros ciudadanos razonables que no comparten ese punto de vista. En el primer caso no existen obstáculos insalvables para que el lego comprenda la explicación y adquiera los conocimientos provistos por el científico. Con tiempo y esfuerzo, el lego podría comprender la explicación. Sin embargo, ello no podría tener lugar en el caso de la defensa de un punto de vista comprensivo

<sup>1</sup> GARRETA LECLERCQ, 2011: 5-6. Todas las citas corresponden al manuscrito escrito en MS Word, 23 pp.

<sup>2</sup> *Vid.* GARRETA LECLERCQ, 2011: 8.

<sup>3</sup> *Vid.* GARRETA LECLERCQ, 2011: 8-9.

<sup>4</sup> *Vid.* GARRETA LECLERCQ, 2011: 9.

en el ámbito público. Es precisamente esta la diferencia entre el *mero* pluralismo que puede observarse en los desacuerdos que se dan en el ámbito de las ciencias fácticas<sup>5</sup> y el pluralismo *razonable* que se presenta en el plano de las doctrinas comprensivas en las sociedades democráticas modernas.

En el caso del científico, es posible en principio ofrecer una justificación de la teoría en cuestión. Sin embargo, el hecho del pluralismo razonable conlleva la idea de que existen obstáculos insalvables para la justificación de un punto de vista comprensivo en el ámbito público. Aunque existan razones perfectamente legítimas para quienes afirman una doctrina comprensiva particular, ello no significa que esas mismas razones sean suficientes o siquiera relevantes para que otros ciudadanos razonables acepten ese punto de vista comprensivo. Asumamos (como por otro lado hace el propio RAWLS)<sup>6</sup> que las principales religiones monoteístas adoptadas por muchos ciudadanos de las democracias occidentales son razonables. Consiguientemente, deberíamos considerar razonable la creencia de que realizar un aborto es un asesinato porque Dios da alma al feto en el momento de la concepción<sup>7</sup>. Por tanto, también deberíamos aceptar que muchos creyentes religiosos tienen buenas razones para creer tal cosa (por ejemplo, porque esa creencia está articulada y fundamentada por elementos de juicio aceptables para las personas educadas y formadas en esa tradición, como dogmas religiosos, documentos oficiales de la Iglesia, declaraciones de las máximas autoridades eclesiásticas, etc.). Con todo, ello no significa que personas razonables que *no* compartan ese punto de vista comprensivo (*v. g.*, agnósticos o ateos) deban aceptar las razones que tienen los creyentes religiosos para creer tal cosa. Estas personas quizá no acepten la idea misma de Dios, o tal vez tengan serias dudas respecto de su existencia, por lo que difícilmente aceptarían las razones de los creyentes religiosos para rechazar el aborto.

Hasta aquí únicamente enfatiqué las diferencias entre los dos casos. Pero hay un elemento más a tener en consideración. Intuitivamente, parece claro que un creyente religioso difícilmente aceptaría no haber ofrecido razones para creer en la verdad o corrección de la tesis en cuestión. En realidad, dadas sus creencias religiosas, su educación, etc., el creyente seguramente consideraría que ha ofrecido genuinas razones para justificar su rechazo del aborto. Sin embargo, quienes no comparten ese punto de vista no considerarían que no han sido persuadidos por las razones traídas a colación; en cambio, esas personas seguramente considerarían que no se han presentado razones en absoluto y, por tanto, que el creyente no ha logrado justificar su punto de vista comprensivo *frente a ellos*. Sin embargo, ello no es lo que ocurre en el ejemplo del científico. De allí que la analogía entre los dos casos se rompa.

Ahora bien, aceptar que una persona razonable no lograría justificar su propio punto de vista comprensivo frente a otros ciudadanos razonables que no compartan ese conjunto de ideas no conlleva la idea de que aquellos que no comparten ese punto de vista estén equivocados o no tengan una justificación adecuada de sus propias concepciones comprensivas. De hecho, recién asumimos que esas personas eran razonables, *i. e.*, que tenían buenas razones para justificar sus propios puntos de vista

<sup>5</sup> Vid. RAWLS, 1996: 55. RAWLS señala que en el caso de las ciencias naturales es posible esperar lograr llegar a un acuerdo, al menos en el largo plazo.

<sup>6</sup> Vid. RAWLS, 1996: 59.

<sup>7</sup> GARRETA LECLERCQ, 2011: 11, introduce este ejemplo.

comprehensivos, del mismo modo que también asumimos que el creyente religioso también era razonable en el sentido señalado. Por tanto, si estas personas son verdaderamente razonables, ellas comprenderían que lo que cuenta como una buena razón para ellos mismos, o para quienes comparten su mismo punto de vista comprensivo, no tendría necesariamente ese rol en el caso de aquellos que adhieren a concepciones comprensivas razonables diferentes.

Por cierto, estimo que GARRETA LECLERCQ no debe estar satisfecho con mi evaluación del ejemplo. Él señala que RAWLS adopta una actitud escéptica respecto de las creencias de los ciudadanos razonables en los hechos, por lo que seguramente podría decir que asumir que un creyente religioso no podría justificar su punto de vista comprensivo frente a los interlocutores que no compartiesen esa perspectiva comprensiva conlleva la idea de que esas convicciones tendrían un estatus meramente subjetivo y no estarían adecuadamente justificadas. Sin embargo, creo que no tenemos que aceptar esta idea. La forma en que una persona razonable evalúa las cosas no tiene por qué verse afectada por la existencia del hecho del pluralismo razonable. En particular, lo que para una persona razonable cuenta como una buena razón no tiene por qué verse conmovido por el hecho de que otras personas igualmente razonables no consideren o evalúen las cosas del mismo modo. En cambio, la idea fundamental es que si esta persona es razonable en el sentido indicado, entonces ella tendría el deseo de encontrar principios que *todos* los ciudadanos razonables pudieran aceptar y no principios que serían aceptables únicamente para aquellas personas que compartiesen su propia doctrina comprensiva. Dado el hecho del pluralismo razonable, la forma en que él articule y justifique la comprensiva religiosa que abraza en el plano no-público o privado no tiene por qué ser satisfactoria o siquiera relevante para aquellos que tienen un punto de vista comprensivo razonable diferente. El hecho de que sus creencias normativas estén articuladas con dogmas religiosos, documentos oficiales de la Iglesia, declaraciones de las máximas autoridades eclesiásticas, etc., bien puede ser suficiente para que considere que su propio punto de vista está adecuadamente justificado. Sin embargo, si es razonable, esa persona también comprendería que las personas razonables que adoptan un punto de vista diferente en materia religiosa no considerarían que esos elementos de juicio son relevantes y mucho menos que son suficientes para justificar una concepción de la justicia distributiva. Ver las cosas de una forma diferente conlleva negar la existencia misma del hecho del pluralismo razonable y, por ello, constituye un modo de actuar típicamente irrazonable.

De este modo, acepto que si fuera el caso de que RAWLS asumiera en los hechos una posición escéptica respecto del valor de las creencias asociadas a las doctrinas comprensivas que sostienen los ciudadanos razonables en el ámbito no-público o privado, entonces su posición sería pasible del tipo de crítica que realiza GARRETA LECLERCQ. En este caso, la argumentación de RAWLS no cumpliría adecuadamente con los estándares anti-escépticos necesarios para justificar adecuadamente la neutralidad liberal. Pero RAWLS no comete este pecado moral, de forma tal que su argumentación no es pasible de ese tipo de crítica. En el contexto del marco teórico desarrollado por RAWLS, la neutralidad liberal está justificada en la existencia del deseo de las personas razonables de encontrar principios que todos los ciudadanos razonables puedan aceptar antes que en principios que sean aceptables únicamente para aquellos que afirman una doctrina comprensiva particular.

### 3. LIBERALISMO POLÍTICO: MORAL, NO EPISTEMOLÓGICO

Según veo las cosas, en *Political Liberalism*, RAWLS no adopta una posición epistemológica para dar cuenta de la neutralidad de justificación característica del liberalismo político. Más bien, sus ideas en este sentido consisten en evitar tomar partido acerca de la justificación de las doctrinas comprensivas que los ciudadanos razonables afirman en el ámbito no-público o privado, *i. e.*, evitar evaluarlas a la luz de una teoría de la justificación epistémica. En realidad, la estrategia argumentativa de RAWLS no sólo no involucra cuestionamiento alguno respecto de la justificación de esas creencias, sino que su argumentación involucra la idea de que realizar ese tipo de evaluación constituye un punto de partida errado. En sociedades marcadas por el hecho del pluralismo razonable, todos los ciudadanos razonables podrían aducir que sus concepciones normativas están realmente justificadas. Este fenómeno motiva el planteamiento de RAWLS de que ciudadanos razonables considerarían que el basamento de una concepción de la justicia distributiva no puede estar constituido por elementos de juicio aceptables únicamente a la luz de elementos de juicio internos a las doctrinas comprensivas, sino que debe estar articulado sobre la base de razones aceptables para todos los ciudadanos razonables.

De este modo, la distinción señalada por GARRETA LECLERCQ entre «entre creencias comprensivas que pueden ser afirmadas, en forma justificada, como verdaderas, y creencias comprensivas que tienen un estatus puramente subjetivo»<sup>8</sup> es en verdad ajena al planteo rawlsiano. Por supuesto, como señala GARRETA LECLERCQ, RAWLS realiza una distinción entre «creencias comprensivas como tales» y «creencias comprensivas verdaderas» en el marco de su argumentación a favor de la neutralidad liberal. Sin embargo, ello no significa que RAWLS considere que las creencias comprensivas no sean verdaderas o no estén apropiadamente justificadas. En el contexto de una sociedad marcada por el hecho del pluralismo razonable debemos abandonar el espacio de lo verdadero o correcto e introducir en su lugar el de lo razonable no tanto debido al hecho de las doctrinas comprensivas no sean verdaderas o no estén suficientemente justificadas. Debemos abandonar dicho espacio porque el tipo de razones que podemos dar para justificar esas creencias frente a los demás no sería adecuado. A lo sumo, ellas serían razones aceptables únicamente para aquellos que adopten el mismo punto de vista comprensivo, pero no serían aceptables por quienes sostienen doctrinas comprensivas razonables diferentes. La aceptación del hecho del pluralismo razonable en las sociedades democráticas contemporáneas tiene serias consecuencias respecto de la forma en que podemos justificar de una concepción de la justicia distributiva. Pero ello no conlleva introducir de forma subrepticia un juicio escéptico acerca del valor de las distintas doctrinas comprensivas que afirman los ciudadanos razonables. Así, la tesis rawlsiana de que las doctrinas comprensivas son razonables y no verdaderas no conlleva afirmar que tienen un estatus meramente subjetivo y no pueden ser adecuadamente justificadas y mucho menos que son falsas o no están justificadas en absoluto.

<sup>8</sup> GARRETA LECLERCQ, 2011: 18.

La caracterización de RAWLS del hecho del pluralismo razonable está asociada a la consideración del papel que juegan las «cargas del juicio»<sup>9</sup> en el ejercicio libre de la razón humana al momento de determinar el contenido del bien en el marco de una tradición doctrinal comprensiva de carácter filosófico, religioso o moral. GARRETA LECLERCQ señala que la incorporación de estos elementos en la argumentación de RAWLS conllevaría la introducción una actitud escéptica respecto del valor de las creencias comprensivas. Ellas «conducirían a reconocer que la afirmación de que nuestras creencias comprensivas son verdaderas es una pretensión que nadie está en condiciones de justificar, en forma general, frente al resto de sus conciudadanos en el marco del debate político»<sup>10</sup>. A mi juicio, las cargas del juicio tienen un papel diferente al señalado por GARRETA LECLERCQ en la argumentación de RAWLS a favor de la neutralidad liberal.

Las cargas del juicio no involucran juicio alguno respecto de la actitud que los ciudadanos razonables deberían tomar respecto de las diferentes doctrinas comprensivas que abrazan. Las cargas del juicio conforman un listado de las circunstancias que hacen que llegar a un acuerdo racional acerca del contenido del bien humano sea difícil o lisa y llanamente imposible<sup>11</sup>. Consiguientemente, las cargas del juicio *explican* pero, al mismo tiempo, también *justifican* la pluralidad existente en las sociedades democráticas modernas. En otras palabras, las cargas del juicio no sólo permiten dar cuenta de la pluralidad existente sino que, además, permiten calificar al hecho del pluralismo como *razonable*. Ahora bien, RAWLS destaca que uno de los rasgos fundamentales de las personas razonables consiste precisamente en aceptar la existencia del hecho del pluralismo razonable<sup>12</sup>. En este sentido, el reconocimiento de la existencia del hecho del pluralismo razonable introduce un *límite* respecto de aquello que las personas razonables considerarían que puede ser tomado como punto de partida para justificar una concepción de la justicia distributiva. En particular, involucra la idea de que la apelación a la (supuesta) verdad o corrección de una doctrina comprensiva particular no constituye una razón válida para justificar una concepción de la justicia social y económica<sup>13</sup>. Este modo de proceder desconocería la razonabilidad de las doctrinas comprensivas diferentes que abrazan los demás ciudadanos razonables. Sin embargo, las personas razonables aceptan la existencia del hecho del pluralismo razonable y, con ello, la existencia de buenas razones para justificar la adopción de diferentes puntos de vista comprensivos. Por ello, ellas aceptarían que la apelación a elementos de juicio internos a una doctrina comprensiva particular constituye un punto de partida inadecuado.

De este modo, el reconocimiento de la existencia del hecho del pluralismo razonable involucra una valoración respecto del *papel* que deben tener las doctrinas comprensivas en la justificación de una concepción de la justicia distributiva. En el contexto de una sociedad marcada por el hecho del pluralismo razonable, la justificación de una concepción de la justicia distributiva tiene que ser «política» antes que

<sup>9</sup> Vid. RAWLS, 1996, 56. Vid. también GARRETA LECLERCQ, 2011: 3-4.

<sup>10</sup> GARRETA LECLERCQ, 2011: 3.

<sup>11</sup> Vid. RAWLS, 1996: 63.

<sup>12</sup> Vid. RAWLS, 1996: 54, 58-59.

<sup>13</sup> Vid. RAWLS, 1996: 61.

«comprehensiva» porque, eventualmente, todos los ciudadanos razonables podrían aducir la verdad o corrección de su propio punto de vista comprensivo. Sin embargo, en tanto las personas razonables, ellas se caracterizan precisamente por reconocer la existencia de diferentes doctrinas comprensivas razonables antes que por considerar solamente la razonabilidad de la propia concepción comprensiva. Por tanto, ellas considerarían que se debe abandonar el espacio de la verdad o corrección de las diferentes convicciones normativas y asumir el de la razonabilidad. Esta forma de proceder permite asumir la razonabilidad de la propia doctrina comprensiva *al mismo tiempo* que aceptar la razonabilidad de las concepciones comprensivas que abrazan los demás ciudadanos razonables. En cambio, asumir la verdad o corrección de la propia doctrina comprensiva lógicamente involucra asumir la falsedad o incorrección de los puntos de vista diferentes, cuestionando así su razonabilidad.

Otra forma de plantear esta cuestión podría ser la siguiente. Si nos limitáramos a considerar el valor de verdad de las diferentes doctrinas comprensivas, seguramente deberíamos consideraríamos a muchas de ellas —quizá a todas ellas— falsas o incorrectas<sup>14</sup>. Ello volvería a estas concepciones normativas indignas de ser tomadas en consideración al momento de justificar principios de justicia destinados a regular la estructura básica de la sociedad. Pero lo haría al costo de introducir un punto de vista escéptico, volviendo con ello al liberalismo político internamente incoherente. Ahora bien, además, esta actitud involucraría desconocer la existencia misma del hecho del pluralismo razonable, *i. e.*, desconocería el hecho de que la pluralidad existente en las democracias modernas es el resultado del ejercicio de la racionalidad humana en sus diferentes aspectos teóricos y prácticos. Por ello, la aceptación de la existencia misma del hecho del pluralismo razonable conlleva la aceptación de la idea de que la adopción de un punto de vista comprensivo constituye un paso injustificado respecto del tipo de consideraciones que los ciudadanos podrían aducir para justificar una concepción de la justicia distributiva.

Con todo, asumir la razonabilidad de la propia doctrina comprensiva, así como la razonabilidad de las doctrinas comprensivas diferentes a la propia, no involucra dejar de visualizar a las propias ideas como verdaderas o correctas. La argumentación de RAWLS no involucra desconocer la forma en que los ciudadanos razonables visualizan sus concepciones comprensivas, *i. e.*, como la verdad moral, filosófica o religiosa, según sea el caso. El punto clave de la argumentación rawlsiana consiste precisamente en señalar que, en el contexto de una sociedad marcada por el hecho del pluralismo razonable, todos los ciudadanos razonables pueden realizar el mismo tipo de juicio respecto de sus propias concepciones comprensivas (*i. e.*, sostener que son verdaderas o correctas) sobre la base de razones atendibles, aun cuando esas razones no sean válidas para aquellos que adoptan puntos de vista comprensivos diferentes. Asimismo, la idea de que ciudadanos razonables reconocen la razonabilidad de sus propias convicciones normativas, así como la razonabilidad de aquellas que son diferentes a las propias, no involucra la idea de que ellos no consideren a sus propios puntos de vista comprensivos como verdaderos o correctos, al mismo tiempo que consideren a los puntos de vista diferentes como falsos o incorrectos. Una persona razonable que abraza una doctrina comprensiva particular considera que

<sup>14</sup> Vid. RAWLS, 1996: 58, 60.

está en lo cierto y que los que adoptan un punto de vista diferente se equivocan. Pero éste no es el punto fundamental, puesto que si esta persona es razonable, *también* consideraría que esas otras personas tienen buenas razones para afirmar el punto de vista comprensivo que sostienen, *i. e.*, consideraría que no son irrazonables aun cuando afirmen una concepción normativa falsa o incorrecta según su forma de ver las cosas.

De este modo, la argumentación rawlsiana no introduce juicio alguno acerca del valor epistémico de las creencias comprensivas que afirman los ciudadanos razonables. De hecho, RAWLS introduce un estándar deliberadamente vago y poco exigente para dar cuenta de la razonabilidad de las diferentes doctrinas comprensivas<sup>15</sup>. Por tanto, la idea de que los propios agentes que abrazan una doctrina comprensiva consideren a ese punto de vista como la verdad moral, filosófica o religiosa es perfectamente compatible con la teoría de RAWLS. Asimismo, ellos también pueden considerar que los que no adoptan ese punto de vista están lisa y llanamente en el error (por cierto, las personas razonables también pueden tomar una actitud diferente respecto del valor de verdad de las convicciones comprensivas propias y/o diferentes). Esto no es realmente importante. En cambio, el punto clave consiste en destacar la razonabilidad (antes que la verdad o falsedad) de las diferentes doctrinas comprensivas, así como el hecho de que las personas razonables aceptan la razonabilidad de las diferentes doctrinas comprensivas aun cuando estén convencidas de que esos puntos de vista sean errados. De este modo, el elemento crucial que introduce el argumento de RAWLS no consiste en cuestionar el valor de verdad o el grado de justificación de las concepciones comprensivas de los ciudadanos razonables, sino en destacar que el reconocimiento del hecho del pluralismo razonable involucra dejar de lado este tipo de consideraciones, para en cambio asumir un punto de vista neutral al momento de justificar una concepción de la justicia distributiva.

De esta forma, la justificación rawlsiana de la neutralidad liberal no descansa sobre la base de consideraciones epistemológicas, especialmente sobre la base de una distinción «entre creencias comprensivas que pueden ser afirmadas, en forma justificada, como verdaderas, y creencias comprensivas que tienen un estatus puramente subjetivo». La argumentación de RAWLS no involucra juicio alguno acerca del valor de verdad o del grado de justificación de las convicciones filosóficas, religiosas o morales que afirman los ciudadanos razonables en el ámbito no-público o privado. En cambio, RAWLS asume la razonabilidad de las diferentes doctrinas comprensivas, *i. e.*, asume la existencia del hecho del pluralismo razonable. Por ello, el basamento rawlsiano de la neutralidad liberal es moral antes que epistemológico, en tanto se funda en el deseo de los ciudadanos razonables de encontrar principios que los demás ciudadanos razonables puedan aceptar. Dado el hecho del pluralismo razonable, ese deseo conlleva el reconocimiento de que buscar imponer el propio punto de vista normativo asociado a la doctrina comprensiva que uno afirma en el ámbito no-público o privado es fundamentalmente irrazonable. Esta actitud involucra el desconocimiento de la razonabilidad de los puntos de vista comprensivos diferentes del propio y, con ello, desconoce la existencia misma del hecho del pluralismo razonable.

<sup>15</sup> Vid. RAWLS, 1996: 59-60.

**BIBLIOGRAFÍA**

- GARRETA LECLERCQ, M., 2011: «Liberalismo político, justificación pública y verdad», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33.
- RAWLS, J., 1996: *Political Liberalism; with a New Introduction and the «Reply to Habermas»*, edición en rústica (New York, Columbia University Press).

# LA «METAFÍSICA» DEL JOVEN RAWLS: UNA TEOLOGÍA CON IMPLICACIONES ÉTICAS Y POLÍTICAS \*

Emilio José Rojas Molina

*Universidad de Salamanca*

**RESUMEN.** Este trabajo se ocupa, con motivo de su reciente publicación, de la tesis de grado de J. RAWLS, un escrito de carácter teológico, no exento, sin embargo, de implicaciones éticas y políticas, y, por consiguiente, muy alejado, tanto en sus presupuestos como en sus propósitos, de la obra hasta ahora conocida del autor. Evidenciado lo anterior, introduce al lector en sus contenidos teológicos básicos, fundamentalmente los que tienen que ver con el pecado y la fe, pasando después a ocuparse de la relevancia que este primer ensayo puede tener, y como parte de esta cuestión, particularmente de la relación que cabe establecer entre este escrito de juventud y su obra madura. Para ello, y a modo de ejemplo, fija varios puntos de continuidad y de fricción entre ambos, descartando una relectura religiosa de su teoría de la justicia apoyada en aquel primer trabajo.

**Palabras clave:** RAWLS, religión, ética, comunidad.

**ABSTRACT.** This paper is concerned, on the occasion of its recent publication, with J. RAWLS's undergraduate senior thesis, a theological work with ethical and political implications, and, for this reason, very different in its foundations and purposes to the rest of his best known works. Once this is clear, it introduces the reader to its main theological ideas, basically those related to sin and faith. Then it focuses on the question of the relevancy of this early text, and as part of it, on the relation that could be established between this youthful writing and his mature work. In this respect, and as an example, it points out several continuities and discontinuities between them, rejecting a religious reinterpretation of his theory of justice on the basis of that first essay.

**Keywords:** RAWLS, religion, ethics, community.

---

\* Fecha de recepción: 30 de marzo 2010. Fecha de aceptación: 20 de abril de 2010.

Me gustaría agradecer los valiosos comentarios y sugerencias que sobre el borrador de este trabajo me trasladaron los profesores Miguel Ángel Rodilla, J. Delgado Pinto, Lourdes Santos, J. M. Pérez Bermejo, J. M.<sup>a</sup> Garrán y J. A. Ramos Pascua. También quisiera señalar que mi interés por confeccionar este artículo tiene su origen en una nota crítica que a propósito del hasta ahora último libro de RAWLS (2009), e incitado a ello por el profesor E. Bonete, escribí para la revista *Teorema*, vol. XXIX/1 (invierno de 2010).

Anoche soñé que oía  
 a Dios, gritándome: ¡Alerta!  
 Luego era Dios quien dormía,  
 y yo gritaba: ¡Despierta!

Ayer soñé que veía  
 a Dios y que a Dios hablaba;  
 y soñé que Dios me oía...  
 Después soñé que soñaba.

Antonio MACHADO, *Proverbios y cantares*

## 1. DE ERIZOS QUE QUIZÁS SEPAN «MÁS DE UNA COSA»

**J.** RAWLS es probablemente la figura más importante e influyente de la filosofía moral y política del siglo XX. Sus trabajos, que se extienden a lo largo de más de cinco décadas, desde mediados del siglo pasado hasta nuestros días, han fijado buena parte de la agenda de la filosofía moral y política, no sólo anglosajona, sino, en general, de la mayoría de países que comparten la cultura política occidental, determinando en gran medida el debate contemporáneo que, en efecto, en el seno de la filosofía, pero también del Derecho, la ciencia política, la teoría económica y otra serie de disciplinas sociales, se ha producido en torno a la cuestión de la justicia social y política. Los escritos de RAWLS han contribuido decisivamente no sólo a configurar un planteamiento novedoso, y sin embargo conectado al pensamiento de los clásicos, sobre todo, de los modernos, de los problemas de justicia, sino también a un mejor entendimiento de aquéllos inherentes a las ideas de democracia y constitucionalismo, y más recientemente de las cuestiones relacionadas con la justicia entre naciones. Por tanto, no parece exagerado afirmar, como hiciera R. NOZICK en su bien conocida sentencia, que «ahora los filósofos políticos tienen que trabajar dentro de la teoría de RAWLS, o bien, explicar por qué no lo hacen» (1974: 183).

Entre las razones que explican el impacto tan amplio que ha tenido su obra (*cf.* RODILLA, 2006, 19-60), me gustaría subrayar dos. Por un lado, el haber sido capaz de reestructurar a través de la reflexión y de la crítica un conjunto de ideas que, si bien de forma desorganizada, están presentes en el *common sense* de la sociedades democráticas, formando parte de un trasfondo de convicciones implícitas en la «cultura pública» de aquéllas (*ibid.*, 20), si se quiere, su capacidad para dar «expresión filosófica» a nuestras convicciones morales y políticas más profundas. Por otro, pero no ajeno a lo anterior, una «resuelta intención práctica», que se enmarca dentro de los intentos más recientes de «rehabilitación de la filosofía práctica» (*cf. v. gr.* APEL, 1973, o HABERMAS, 1983: 1991), y que tiene que ver con la pretensión de RAWLS de construir una teoría que pueda proporcionar principios capaces de suscitar un consenso público efectivo a propósito de los que son básicos para el orden jurídico y político, y servir de ese modo como criterio de justificación racional y como canon crítico del propio sistema social (RODILLA, 2006: 21 y ss.).

Nada tiene de extraño, pues, que la literatura sobre RAWLS sea inmensa, no ya para lo que sería más o menos normal con respecto a un filósofo de primer orden de nuestro

tiempo, cuyo trabajo, no obstante, es relativamente reciente, sino, en general, incluso para lo que comparativamente puede esperarse en relación a cualquier pensador de talla universal de los habitualmente considerados como clásicos (KUKATHAS, 2003: 6; *cfr.* GRAHAM, 2007: 1). Pese a toda la enorme diversidad de comentarios y análisis que la obra de RAWLS ha suscitado, lo cierto es que desde el comienzo RAWLS dedica todos sus esfuerzos a una sola cuestión filosófica que ha dominado su pensamiento por completo, con sus paulatinos complementos y desarrollos, la de cuál es la concepción de la justicia más adecuada para la «estructura básica» de una sociedad democrática, un tema sobre el que escribió bastante más que cualquier otro filósofo de su tiempo (KUKATHAS, 2003: 1; FREEMAN, 2007: x; *cfr.* FREEMAN, 2003: 1). Si tomásemos como referencia aquella idea que, a partir de un fragmento del poeta griego ARQUÍLOCO, desarrollara I. BERLIN en su ensayo de 1953, *El erizo y la zorra* (*vid.* 39-40), y según la cual existirían dos grupos entre los grandes escritores y pensadores, e incluso entre los hombres en general, el de las zorras, los que saben muchas cosas, y el de los erizos, los que conocen una importante<sup>1</sup>, RAWLS, sin duda, pertenecería al de estos últimos, pues la suya fue *solamente* una gran idea: la «justicia como equidad», sobre la que elaboró una construcción teórica tan imponente como la que conocemos.

Pues bien, parece que la nómina de quienes se han ocupado de comentar, discutir o criticar la obra de RAWLS, entre los que figuran muchos de los teóricos morales y políticos contemporáneos más importantes, como J. HABERMAS, R. RORTY, A. SEN, H. L. A. HART, R. DWORKIN o J. RAZ, por citar algunos, está condenada a seguir creciendo. Y no sólo por el permanente rastreo y escrutinio al que continúa siendo sometida, ejemplo de lo cual es el gran número de publicaciones que cada año se registran a propósito de su teoría, sino también, y por cuanto aquí interesa, porque aun transcurrido ya un cierto tiempo desde la muerte del autor a comienzos de la pasada década, siguen apareciendo *libros con su nombre*<sup>2</sup>.

Primero fueron sus *Lectures on the History of Political Philosophy* (2007), que recogen la lectura que RAWLS realiza de los filósofos políticos modernos más relevantes, de HOBBS, de LOCKE, de ROUSSEAU, o de contemporáneos como MILL, SIDGWICK o MARX. Junto a sus anteriores *Lectures on the History of Moral Philosophy* (2000), en las que daba cuenta, entre otros, de HUME o KANT, esas lecciones, sin formar parte del cuerpo de la teoría de la justicia, arrojan una valiosa luz sobre su obra y suministran al intérprete o crítico una excelente herramienta para completar su análisis. No en vano, puede decirse que RAWLS trató de asumir críticamente e intentó reformular muchas de las ideas presentes en las obras de aquéllos, los filósofos morales y políticos más importantes desde PLATÓN y ARISTÓTELES, y, seguramente por eso mismo, en cierta forma su

<sup>1</sup> Como el propio BERLIN admite, los estudiosos discrepan acerca de «la correcta interpretación de tan oscuras palabras». Aunque yo las acoto en su exégesis berliniana, lo hago en su tenor más literal, prescindiendo, por tanto, de la lectura más concreta que el pensador angloletón hace de ellas.

<sup>2</sup> Con esta expresión, «libros con su nombre», no pretendo poner en cuestión la autoría de RAWLS, fuera de toda duda, sino expresar lo siguiente: *a*) con respecto a la primera de las dos obras a las que me refiero inmediatamente (RAWLS, 2007), las resistencias que durante mucho tiempo RAWLS mostró hacia su publicación, a la que sólo accedió poco antes de su fallecimiento tras una larga enfermedad, y para la que además fue necesaria una cierta labor de edición en varias de las lecciones que la componen (*vid.* FREEMAN, 2007b, esp. xvs.); *b*) en relación a la segunda (RAWLS, 2009), la más que dudosa conformidad, como se admite en la introducción que dos de sus discípulos han confeccionado para la misma, que RAWLS hubiese dado a que esta obra viese la luz (*vid.* COHEN y NAGEL, 2009: 3 y ss.).

filosofía puede interpretarse como un diálogo permanente con ellos (FREEMAN, 2007, 13-14), en el que RAWLS trata de responder a muchas de las cuestiones que, de una u otra manera, estos pensadores, de HOBBS en adelante, plantearon o al menos apuntaron incipientemente (*ibid.*, 28).

Ahora aparece un *nuevo* trabajo que, a diferencia de aquellas lecciones, dada la aparente dificultad de su encaje dentro del homogéneo y hasta ahora conocido programa de investigación rawlsiano, parecería más bien susceptible de suscitar ciertos debates o polémicas. Me refiero a *A Brief Inquiry into de Meaning of Sin and Faith: An Interpretation Based on the Concept of Community* (1942), tesis de grado de RAWLS, publicada por Harvard University Press más de sesenta años después de su defensa en 2009, y cuya edición ha corrido a cargo de Th. NAGEL<sup>3</sup>. Nos encontramos aquí con un escrito de juventud, que RAWLS elabora en un momento de su vida de profunda religiosidad, y en el que, como su propio título indica, pretende abordar una cuestión específicamente religiosa, aquella que tiene que ver con la interpretación del pecado y, por ende, de la fe, valiéndose de los conceptos de comunidad y personalidad, según él las «categorías adecuadas» para ello (108).

En la que, por consiguiente, puede considerarse primera obra de RAWLS, sus interlocutores principales, y en este caso objeto de abierta crítica, no son ROUSSEAU o KANT. Es cierto que como consecuencia de su propia cosmovisión, concretamente de las relaciones que establece entre personalidad y comunidad (*vid.* 112, 121, 126-127), y del análisis que, conforme a aquélla, realiza sobre los orígenes y consecuencias del pecado, particularmente del egoísmo (*vid.* 183 y ss.), rechaza cualquier teoría contractualista de la sociedad, explícitamente las de HOBBS y LOCKE, cuyas ideas sobre la justicia suponen, según él, una concepción equivocada de la comunidad (*vid.* 126-127, 188-189, 227-229). Pero esencialmente lo que sus páginas recogen es una discusión con A. DE HIPONA o T. DE AQUINO como deudos de PLATÓN y ARISTÓTELES, y de forma más general, con un modo de entender el universo, al que denomina «naturalismo» (107), que, con arreglo a su explicación, habría dominado el pensamiento occidental, y que él identifica con la reducción de todas las relaciones que en el mundo existirían a las meramente «naturales», las que se producen entre una persona y un objeto (114), y, así, con la degradación de la «vida espiritual» a algo propio del ámbito de los deseos o apetitos (107). Esta concepción, cuyos orígenes sitúa, por tanto, en el mundo griego, es la que, a juicio de RAWLS de forma equivocada, el cristianismo habría asumido tradicionalmente y, en este sentido, la que se refleja en las obras de autores tan relevantes para la cristiandad como los ya mencionados (*ibid.*, 115), impidiéndole, desde una confusión de «lo natural» y «lo personal» (*vid.* 112, 118), entender no sólo la «verdadera naturaleza» de Dios (120), y con ella la del mismo cosmos (*vid.* 107, *cf.* 126), sino también lo que significa la propia fe, y como «antítesis» de ella el pecado (*vid.* 214, 243).

Como puede adivinarse, para el análisis que esta temprana investigación supone, sus referencias o fuentes principales, a partir de las cuales persigue, frente a aquellas «teologías naturalistas» (119), construir una teología basada en una concepción del universo esencialmente «personal» (*vid.* 112 y ss.), tampoco son *Du Contrat Social*,

<sup>3</sup> Salvo que se considere necesario para evitar equívocos, en adelante todas las citas al trabajo de grado de RAWLS se hacen únicamente remitiendo a las páginas de esta edición, y omitiendo la fecha de publicación.

cuya idea de «voluntad general», sin embargo y aun sin citar a ROUSSEAU, sí rechaza expresamente (127), o la *Grundlegung* kantiana, sino la Biblia, los escritos de MARTÍN LUTERO o los trabajos de teólogos neortodoxos como E. BRUNNER o A. NYGREN. Porque para el joven RAWLS el universo supone una comunidad de personas relacionadas con Dios, quien, no sólo habría creado el mundo, sino que lo habría hecho para la constitución de dicha comunidad, fin al que se dirigiría la propia creación (108, 112). Es más, la capacidad del hombre para formar parte de la comunidad y participar de ella, que es lo que define su naturaleza (*vid.* 112, 121, 215), refleja su semejanza con Dios, es consecuencia directa de ella, pues éste, siendo trino, argumenta el joven filósofo, es él mismo comunidad (113, 121, 193).

Pese a todo, y aun cuando tratándose de un trabajo de carácter fundamentalmente teológico es evidente que queda fuera del arco temático de su teoría de la justicia, en modo alguno puede considerarse completamente ajeno a cuestiones que sí tienen que ver con su filosofía moral y política, particularmente dadas las consecuencias e implicaciones que con respecto a aquéllas el joven RAWLS atribuye a la visión que en él se expone (110), y que podrían cifrarse en la imposibilidad de disociar religión, ética y política (114, 127-128). Esto quizás genere nuevos debates en torno al pensamiento de RAWLS, pero, a mi juicio, básicamente invita a realizar un estudio sobre las relaciones que a propósito de esta cuestión pueden establecerse entre ambos extremos de su pensamiento, y como posteriormente explicaré con más detalle, sobre todo refuerza la idea de fricción entre su escrito de juventud y su obra madura en este punto. Sin embargo, dentro todavía de los posibles interrogantes, y aun en otro orden de cosas, algunas preguntas parecen obligadas: ¿Es que acaso hubo un tiempo en que *el erizo* sabía, en efecto, de otras cosas? ¿O es que sólo empezó a serlo, y, sin embargo, quizás precisamente por eso mismo, *tras caerse del caballo*?<sup>4</sup>. ¿Traen sus púas causa, por tanto, de un desencuentro con Dios? Con respecto a esto último, así parecerían haberlo entendido quienes interpretan que el interés de RAWLS por la justicia, particularmente por la posibilidad real de una sociedad justa, nace de una preocupación previa por la cuestión, sin embargo, esencialmente religiosa, de la existencia del mal en el mundo, por sus causas y por lo que significa, tanto individual como colectivamente, para la vida de los hombres (*vid.* FREEMAN, 2007: 5, 11; *cf.* POGGE, 2007: 26 y ss.). Por mi parte, sólo responderé aquí de manera breve. Ese «más de una cosa» con el que abría este epígrafe pudiera, no lo niego, aludir a algo que hiciera del erizo, siquiera sólo por esta vez, zorra, algunos estarán tentados de interpretarlo así, o más bien, como creo yo e intentaré poner de manifiesto a lo largo de estas páginas, podría sintetizar el que el conocimiento que *el erizo* tenía sobre esa misma cosa era aún más amplio, y quizás también más personal, de lo ya sabido, lo que en todo caso, como también trataré de exponer más detalladamente, no alteraría en modo alguno la naturaleza de su obra.

## 2. ¿UN RAWLS ABIERTAMENTE RELIGIOSO?

A diferencia de lo que ocurre con otros autores, por ejemplo, con filósofos como NIETZSCHE, en los que el conocimiento de los sucesos y acontecimientos que conformaron

<sup>4</sup> *Vid. infra* 2.3. *Al contrario que Pablo de Tarso.*

su existencia pueden resultar de utilidad y arrojar cierta luz sobre el carácter de su obra, o sencillamente ser imprescindibles, como, en efecto, sucede en el caso del autor de *El Anticristo*, lo cierto es que para entender el trabajo de RAWLS, para comprender su teoría de la justicia como una expresión del liberalismo político, su biografía no es esencial. Su obra se explica por sí misma, y no sólo por lo explícito de sus propósitos, ejemplo de lo cual son los prefacios de sus libros, a los que siempre concedió RAWLS gran importancia, sino también por el elevado grado de sistematicidad desplegado en la exposición de sus argumentos en los que los presupuestos que sirven de base a sus conclusiones aparecen perfecta y meticulosamente detallados. Eso no es óbice para asumir que muchas de las experiencias vividas por RAWLS a lo largo de su vida influyeron en el desarrollo de su pensamiento.

Conforme a lo anterior, un conocimiento más personal sobre el autor no dejaría de ser algo, en efecto, completamente accesorio con respecto a la obra hasta ahora conocida por el gran público si no fuese por la sorpresa e incluso contrariedad que puede producir en muchos el hecho de que ahora se ponga a disposición de todos a través de su publicación un trabajo de carácter fundamentalmente teológico, y que recoge en gran medida las creencias religiosas del propio autor, tratándose éste de un filósofo como RAWLS. Esa extrañeza sería bien explicable. Es verdad que a través de sus escritos, y a diferencia de otros teóricos en la órbita del liberalismo, RAWLS ha mostrado una enorme sensibilidad hacia el fenómeno religioso en general y hacia las creencias religiosas de las personas en particular, a las que ha incorporado normativamente a la arquitectura de su obra como parte de las premisas y presupuestos que condicionan su propia construcción<sup>5</sup>. Pero no puede ignorarse que, pese a ello, también ha excluido explícitamente la posibilidad de que la religión, y en este sentido, alguna doctrina religiosa, pueda proporcionar una base común y factible para articular, como «base de justificación pública», la concepción política de la justicia de una sociedad democrática. Como él mismo ha explicado, en vista de las «profundas diferencias» que la diversidad de doctrinas característica de tales sociedades genera, no parece razonable esperar que alguna de estas doctrinas pueda suscitar un consenso político fundamental entre personas que sustentan visiones del mundo cuando menos diferentes. En todo caso, esto no implica la negación de aquéllas, sino, más bien, el reconocimiento de su trascendencia y la delimitación de las posibilidades prácticas de nuestro mundo social, que imponen la búsqueda de consensos éticos y políticos que permitan a las personas una coexistencia pacífica, para todos provechosa y sobre todo justa (*cf.* 1985: 395, 388; 1987: 425, 434-435; 1989: 474-475 y 478).

De modo que del problema, por lo que aquí interesa y para simplificar, de la relación entre religión y democracia y, así, de las condiciones de compatibilidad entre am-

<sup>5</sup> Para ilustrar ese papel de la religión en la teoría de la justicia de RAWLS pondré dos sencillos ejemplos: i) entre los argumentos que dentro de ella se esgrimen en favor de la prioridad de las libertades básicas, y, en consecuencia, de los principios de justicia que RAWLS propone, la posibilidad de que las convicciones que las personas tienen sean religiosas resulta decisiva (*vid. v. gr.* 1982: 24 y ss., donde se discuten las razones para conceder esa precedencia a la libertad de conciencia; *cf.* 1971, 205 y ss.); ii) en la formulación de una concepción política de la justicia, como inmediatamente se advierte arriba en el texto, RAWLS asume que el primer rasgo de la cultura política de una sociedad democrática que ha de ser tenido en cuenta es la diversidad de doctrinas que forman parte de la misma, entre las cuales las religiosas son referencia obligada (*cf.* 1987: 425; 1989: 474 y ss.).

bas a propósito del papel que una concepción de la justicia debe desempeñar en una sociedad democrática, cuestión que está en el origen del liberalismo político tal y como RAWLS lo entiende (*cf.* 1996, xxxix; *vid.* 1998, 617), con la aparición en escena del trabajo de grado de RAWLS la audiencia se ve retrotraída súbitamente a un escenario bien diferente. En él la cuestión que se pretende abordar es una cuestión inequívocamente religiosa, aquella que tiene ver con la interpretación del pecado y de la fe, que se examina sobre las bases de un cristianismo de corte protestante, pero que, sin embargo, en último término, y pese a esa inmediata especificidad de su objeto, conduce a una interpretación completamente teológica de la propia teoría ética.

Por todo ello me parece justificado enmarcar la exposición de los contenidos de *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith* dentro de un relato, siquiera sea breve, de la relación del joven RAWLS con la religión que permita entender mejor las razones que llevan a un estudiante de filosofía cuyo vínculo con aquella no puede describirse como particularmente estrecho a adquirir un profundo interés por la teología, así como cuáles fueron las que le llevaron a abandonar sus creencias, un recorrido en cuyo tramo final se empiezan a sentar ya las bases del filósofo moral y político que conocemos. Recorro para ello a los trabajos de POGGE (2007: 3-27), FREEMAN (2007: 1-12), y GRAHAM (2007: 1-14), así como al propio RAWLS y su «On My Religion». Es este último un breve escrito elaborado por RAWLS a mediados de los noventa, e incluido en el volumen que aquí examinamos (259-269), que no parece que pretendiera ver publicado, en el que explica la historia de sus creencias religiosas, y en particular la de algunas de sus reflexiones sobre el fenómeno religioso, combinando pasajes claramente autobiográficos con otros de carácter más propiamente filosófico, de cuya unión resulta una descripción de su relación, tanto personal como intelectual, con la religión. Pequeña joya para los lectores de RAWLS, pese a la renuncia a cualquier interés que pudiera tener para otros con la que abre el texto (261), en lo filosófico resulta especialmente interesante con respecto a la problemática del liberalismo político (264 y ss.)<sup>6</sup>.

## 2.1. Más allá de una religiosidad convencional

RAWLS nace en el seno de una familia cristiana, de padre metodista y madre episcopaliana, y en su adolescencia permanece cuatro años, los correspondientes a la enseñanza secundaria, en un internado religioso al oeste de Connecticut, el Kent School. El Kent era un estricto centro sólo para chicos dirigido por un monje de la Orden de la Santa Cruz bastante severo y dogmático, y en el que los estudiantes debían asistir a los servicios religiosos a diario. Pese a ello RAWLS nunca tuvo la sensación de que ni sus padres ni él mismo fuesen personas especialmente religiosas más que en un sentido meramente convencional. De hecho, solía recordar la época del Kent School como un tiempo no demasiado feliz y poco provechoso, en el que los estímulos intelectuales eran más bien escasos.

<sup>6</sup> Aunque publicado ahora por primera vez junto a su tesis de grado, en una opción editorial que dado su contenido resulta particularmente oportuna, «On My Religion» no puede, sin embargo, considerarse un ensayo del todo desconocido, pues tanto Th. POGGE (2007: 13-14) como S. FREEMAN (2007: 9-10) se refieren a él en sus trabajos, reproduciendo incluso algunos de sus pasajes.

Pero después, en la universidad, con el tiempo, las cosas cambiarían. A su llegada a Princeton, RAWLS ni siquiera tenía demasiado claro qué estudios seguir, coqueteando con disciplinas tan dispares como la química, las matemáticas, la historia del arte o la música, y, en este sentido, puede decirse que terminaría estudiando filosofía casi por casualidad. En cambio, la segunda mitad de su etapa como estudiante universitario describe a un joven profundamente interesado por la teología que incluso llega a plantearse seriamente ingresar en el seminario para acceder al sacerdocio. RAWLS pospondrá esta decisión ante la realidad de un conflicto bélico, la Segunda Guerra Mundial, en el que, al igual que otros jóvenes venían haciendo, se sentía obligado a participar. Aunque también decide aguardar a que la contienda concluya porque no está completamente seguro de sus intenciones.

Como estudiante de filosofía RAWLS había asistido a las clases de W. T. STACE, quien posteriormente dirigiría su tesis doctoral, y D. BOWERS, las cuales habían girado básicamente en torno al utilitarismo y al kantismo respectivamente, doctrinas posteriormente de enorme importancia por diferentes, pero relacionados, motivos para su teoría de la justicia. Sin embargo, en aquel momento, sería otra figura, la de N. MALCOM, con quien más tarde y durante el disfrute de una beca predoctoral coincidiría en la Universidad de Cornell, la que, curiosamente, tras haber provocado en él, a través de su ejemplo y, particularmente, de su actitud crítica, una mayor atracción hacia la filosofía, despertaría sin proponérselo su interés por la teología. Curiosamente y, es más que probable, de manera inopinada, porque MALCOM era alguien que había trabajado con WITTGENSTEIN en Cambridge y cuyos intereses filosóficos no eran precisamente los religiosos<sup>7</sup>.

Sea como fuere, durante la primavera de 1942, y probablemente influido por la propia contienda, MALCOM impartió un curso sobre la cuestión, «cuasi-religiosa» la denominaría más tarde RAWLS<sup>8</sup>, de la maldad humana sirviéndose de textos de PLATÓN, de A. DE HIPONA, del teólogo norteamericano R. NIEBUHR, del filósofo británico Ph. LEON, estos dos figuras prominentes de la neortodoxia cristiana, y del obispo BUTLER, teólogo y filósofo moral inglés cuya obra se desarrolla durante la primera mitad del siglo XVIII<sup>9</sup>. Estas clases causaron una enorme impresión sobre el joven RAWLS, despertando en él un inusitado interés por la religión, y más concretamente por las doctrinas teológicas, así como por su relación con la ética. Fruto de ello escribirá *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith: An Interpretation Based on the Concept of Commu-*

<sup>7</sup> Prueba de la falta de interés de MALCOM por la religión es que muchos años después, siendo él presidente de la Asociación Filosófica Norteamericana (1972-1973), RAWLS le menciona el curso y ni siquiera recuerda haberlo impartido.

<sup>8</sup> RAWLS utiliza estas palabras, «*the quasi-religious topic of human evil*», en una de las entrevistas que durante el verano de 1993 mantuvo con Th. POGGE y que sirvieron de base a este último para elaboración de su libro *John Rawls. His Life and Theory of Justice* (2007: 11; *cf.* NAGEL y COHEN, 2009: 2).

<sup>9</sup> Pese a no ser como aquéllos mencionado por RAWLS en su tesina, BUTLER sí aparece citado posteriormente en algunos pasajes de su tesis doctoral de 1950. En el más relevante de ellos (18-20), su doctrina se presenta como una de las varias refutaciones del utilitarismo que sirven de base a su examen de la naturaleza de la teoría ética. En este sentido, es curioso cómo muchos años después, a comienzos de los ochenta, RAWLS incorpora al obispo inglés a las clases que imparte sobre historia de la filosofía moral al considerar que sus enseñanzas proporcionan una de las bases no utilitaristas más significativas para criticar el pensamiento de HOBBS, recurriendo de nuevo básicamente a las mismas obras, *Sermons* (1726) y *Dissertations II: Of the Nature of Virtue* (1736). Las cinco lecciones que RAWLS dedica a J. BUTLER aparecen como uno de los apéndices de sus *Lectures on the History of Political Philosophy* (2007: 416-457).

nity, trabajo presentado al Departamento de Filosofía de la Universidad de Princeton en diciembre de ese mismo año, en cuya biblioteca, por cierto, ha permanecido desde entonces, y que le permitiría graduarse *summa cum laude* un mes después, tras haber completado, a causa de la guerra de forma acelerada y un semestre antes de lo previsto, ese último curso.

## 2.2. Sobre el pecado y la fe: exposición de las ideas básicas

### 2.2.1. Pecado

En su interpretación del pecado RAWLS se separa abiertamente de aquellas tradiciones que, de nuevo, él señala como deudoras de la Grecia clásica, y que sitúan el origen del mal, y por tanto, también el del pecado, en el «mundo sensible». En estas concepciones el «hombre malvado» aparece como aquel que, dominado por las pasiones, es «incapaz de controlar sus apetitos», dejándose arrastrar por el deseo hacia las cosas que se muestran ante sus sentidos. De ahí que, aun trasladada esta visión al ámbito de la teología, se continúe entendiendo que son los deseos, las pasiones y, en definitiva, los apetitos del hombre «la raíz del pecado» (*vid.* 143, 145).

Los apetitos, mundanos o no <sup>10</sup>, pueden, reconoce él, estar relacionados con el pecado. Pero, aun cuando sólo tomásemos en consideración los que son meramente corporales y aluden a la naturaleza física del hombre, como el hambre o la sed, en la medida en que, según RAWLS, existe en la naturaleza humana algo muy distinto a lo corpóreo y que tiene que ver con la capacidad del hombre para corresponder al amor recibido, pero, al mismo tiempo, y por idéntica razón, también para despreciarlo, y que no es sino el espíritu, en esa medida, puede afirmarse, dice RAWLS, que el elemento verdaderamente causante del pecado, totalmente distinto a los apetitos, y que, éste sí, en sí mismo además, es pecado, es «aquella perversión del espíritu que corrompe las relaciones personales» y que es la que le confiere al pecado el carácter aniquilador que posee y que lo define como tal (146, 148, 151-152).

Para RAWLS ha de buscarse el origen del pecado, y con él la explicación del mismo, en una «región de la experiencia», así la denomina, que no es la natural (179), sino aquella en la que las acciones por medio de las cuales las personas tratan de relacionarse las unas con las otras no pueden describirse mediante conceptos propios de las relaciones naturales, tales como los de deseo o necesidad, no al menos si les conferimos un sentido, por así decir, «apeticional», sino antes bien a través de términos como los de fraternidad, comunidad, generosidad o amor, o, por el contrario, los de odio, envidia o soberbia. Por tanto, son las relaciones personales las que, según él, proporcionan el escenario en el que el pecado desarrolla su actuación (180).

<sup>10</sup> Ampliando la visión más frecuente de los apetitos, que los identifica con las necesidades e impulsos de naturaleza más puramente física, RAWLS distingue cuatro categorías básicas dentro de los mismos, según sea el tipo de objeto al que se éstos refieran: «concretos», como el hambre o la sed; «racionales», como el anhelo de verdad o de coherencia; «estéticos», como el deseo de disfrutar de la belleza; e incluso «religiosos», como el ambicionar a Dios. No obstante, excluye la legitimidad de los últimos, que implicarían considerar a Dios como un objeto, lo cual sería pecar (*vid.* 180-183).

Puesto que es esa misma capacidad para la comunidad que el hombre posee, y que él identifica con el espíritu (148), la que puede de igual forma corromperse sin que nada ajeno a ella misma lo provoque (*vid.* 191-192, 202), para RAWLS las causas del pecado, identificado con la corrupción y destrucción de la comunidad, también poseen, por así decir, una «naturaleza comunal» (189). De modo que para entender la naturaleza del pecado debe tomarse como referencia la del propio hombre, un ser creado para vivir en comunidad y hacerlo por y para ella, y en el que los dones que lo adornan deben considerarse instrumentos a tal efecto (192-3). En este sentido, dado que la capacidad del hombre, que define su naturaleza, para formar parte de la comunidad, para la cual ha sido creado por Dios a su imagen y semejanza (204), es precisamente consecuencia de esa semejanza con Dios, en sí mismo, como explica la «Doctrina de la [Santísima] Trinidad», comunidad (113, 121, 193), parece claro, arguye RAWLS, por qué debe interpretarse como pecado cuanto supone, de algún modo, la negación del «verdadero fin del hombre» (193), esto es, el desprecio de aquello para lo que ha sido concebido, la comunidad, un desprecio que, a su vez, implica el de Dios, su Creador (203-204).

Todas las acciones del pecador apuntan así en idéntica dirección, entrañan despreciar la comunidad y abusar de ella por y para sí mismo (203), pues para el joven RAWLS el pecado tiene que ver en esencia con todo aquello que, de una u otra forma, comporta la «destrucción de la comunidad». Manifestaciones típicas al respecto son negar toda obligación a la que uno pudiera encontrarse sometido o no corresponder en extremo alguno a la generosidad o el amor recibidos, y, en general, podríamos decir, subvertir y corromper la naturaleza de cualesquiera relaciones personales (122). El pecado, como una perversión aparentemente imposible de erradicar, que amenaza las relaciones de las personas, siempre al acecho, y de la que nadie parece estar lo bastante a salvo, está relacionado, por tanto, con todo aquello que destruye cualquier «relación responsable» con los demás y que socava los cimientos de la propia comunidad (193-194).

Pero si el hombre es por naturaleza un ser «comunal», esto es, «una criatura creada en y para la comunidad» (206), y el pecado no hace sino destruir la comunidad, consecuencia inmediata e inevitable del mismo sólo pueden ser la «soledad» y el «aislamiento» espirituales del propio hombre, «desoladora clausura», escribe RAWLS, que lo encierra dentro de sí mismo y lo separa de sus semejantes (123, 206).

### 2.2.2. *Fe*

El joven RAWLS, de forma quizás algo abstracta e incluso imprecisa, concibe la fe como una suerte de «disposición espiritual» propia de aquella personalidad que forma parte de la comunidad, en el seno de la cual no sólo permanece plenamente integrada, sino que encuentra acabada razón de ser. Para RAWLS la fe representa una «relación perfecta» entre personas, de una persona con otra y de éstas con la comunidad, de la que nacen además los lazos que mantienen unida a la propia comunidad, el más importante de ellos el «amor cristiano» (243), configurando, en consecuencia, una relación de naturaleza tanto personal como comunal, una relación que en última instancia lo es con Dios, con el que el hombre se relaciona a través de la fe y no de ninguna otra

forma. Tener fe supone, por tanto, pertenecer, en realidad, ser devuelto (125), a esa comunidad que sirve de sostén a la personalidad y que es la alfarera de la que brotan, según RAWLS, todos los «dones espirituales» (123-124).

Bajo el prisma rawlsiano, la fe es la «antítesis» del pecado y, aunque pudiera parecerlo, subrayarlo no es algo banal o superfluo, pues RAWLS construye sobre esta idea su caracterización de la fe. De modo que, en su esquema teológico, frente a un pecado que comporta destruir la comunidad, y con ella la propia personalidad (214), la fe supone reconstruirla y cimentarla; si el pecado aparta al hombre de Dios y lo aleja de la comunidad, es decir, provoca su separación de Dios y del propio hombre (243), es la fe la que lo devuelve a aquélla y le permite estar en comunidad con él; y mientras que el pecado supone aquel quedar encerrado dentro de sí del hombre, su aislamiento y soledad espirituales, la fe significa, por el contrario, un abrirse a los demás, que conoce su cenit en la plenitud de la «vida comunal» (214), así como la propia restitución del hombre en la *compañía* de sus semejantes (124).

La cuestión que se plantea, por tanto, es la de cómo llega el pecador a convertirse en alguien con fe, de qué modo logra salvarse, o en otros términos, la de cómo regresa el hombre a la comunidad, qué le permite abandonar su propio encierro y abrirse a los demás, y en última instancia, de qué manera esa comunidad que los hombres tienen ante sí consigue incorporarse a la «comunidad de todas las personas», a la cual, en verdad, pertenece, e integrase así en el Reino de Dios (214). Pues, aunque pueda renegar de ello y despreciar de este modo a Dios, el hombre lo es a imagen y semejanza de aquél, quien, pese a sus pecados, continúa reclamándolo, y por eso en algún momento terminará irrumpiendo en su soledad, haciendo pedazos su clausura y devolviéndolo finalmente a la comunidad (208-209).

Para ello habrá Dios de revelarse, pues sólo él, esto es, únicamente el propio Dios, puede revelar su personalidad y dirigirse al hombre, siendo su presencia la que ha de trascender a la soledad de éste para acabar con ella y devolverle a la comunidad (124-125). La «Palabra de Dios», que penetra en el encierro del hombre, explica el joven autor, es una llamada a los que le han dado la espalda a regresar a la comunidad, una llamada que significa haber sido elegido para formar parte de ella y que finalmente implica ser reintegrado a la misma (244). Pues es el restablecimiento de la comunidad, en última instancia, la constitución de la «comunidad celestial», la razón de la elección, y, por tanto, el propósito al que la palabra de Dios se dirige (245-247). La palabra pretende restablecer la comunidad reuniendo y reconciliando al hombre con Dios y con los demás hombres. Y por eso es un «mensaje» que avanza universalmente, pues es una nueva que ha de extenderse a todos, siendo como es una llamada a regresar a la comunidad cuyos destinatarios son todos los hombres (248). Pero esa restitución de la persona a la comunidad, además de ser consecuencia de la «elección de Dios», y considerarse también un «regalo de su amor», sobre todo supone, con ella la identifica expresamente RAWLS, su conversión (125), pues, para RAWLS, esa «profunda experiencia» de verse expuesto a la palabra de Dios, a la que los teólogos han denominado conversión, algo del todo extraordinario que a veces le ocurre al pecador, y en la que se percibe el contraste entre todo lo que Dios representa y aquello a lo que el pecado condena al hombre, es la que devuelve a la comunidad a la persona que la sufre y la atraviesa (*vid.* 232-239).

Sin embargo, y contrariamente a lo que de entrada pudiera pensarse, según RAWLS, recibir la palabra de Dios, que deja al descubierto los pecados del hombre, hasta tal punto que, ante su infinita bondad, amor y misericordia, será él quien acabe condenándose a sí mismo (239), no es, por tanto, una recompensa, sino, precisamente por eso, una condena, porque Dios se dirige al hombre para destruir sus pecados y no para recompensar sus méritos, de modo que la suya no es una llamada para elogiarle, sino, en realidad, para permitir que se arrepienta (241-242). Pero la palabra de Dios, explica el joven RAWLS, expresa también su perdón. De modo que, recibida aquélla, el «perdón de Dios» le devuelve de nuevo a la comunidad. Ahora la persona que sabe de Dios camina con fe y gratitud, su ser otra vez abierto a Dios y a los demás. Destruído el anterior ser pecaminoso, comienza entonces una «nueva vida» para un espíritu recuperado. Porque la palabra de Dios, subraya RAWLS, no sólo significa aniquilación, del pecado y de cuanto éste implica, sino sobre todo restitución, la del espíritu que ha recibido la llamada de Dios y conocido su perdón, y que, aunque antes caído, regresa, ahora ya erigido, a la comunidad lleno de fe (242-243).

Es la conversión, pues, la que permite restablecer y reconstruir la comunidad. Tras esta experiencia, resuelve RAWLS, la persona que ha sido devuelta al regazo divino se relaciona correctamente con los demás. Ahora ese dar propio de Dios se ha transmitido a su comportamiento hacia otros y su conducta, tratando de actuar conforme a la «gracia» de Dios, sigue su ejemplo de amor y misericordia, que es el que le guía en su «vida comunal». Haber sido expuesto a la palabra de Dios, haberla conocido, posibilita la reconstrucción de la comunidad con otros, a cuyo fin trata el hombre de obrar según el modelo divino. Y así, del mismo modo en que Dios le llamó a él, llama él a otros a la comunidad (248-249). La «actitud fundamental» de los que integran la comunidad es, por consiguiente, ese abrirse a los demás que RAWLS identifica con la fe, una fe que en el seno de la comunidad se traduce en caridad, en bondad, en sacrificio o en amor, todos ellos fuertes lazos que mantienen unida la «comunidad cristiana» bajo el Reino de Dios (250-251), de los cuales, como ya se señaló, el más importante sería el amor, el «amor cristiano» (*vid.* 250-252). Porque es cierto, reconoce RAWLS, que quienes tienen fe han sido elegidos para volver a Dios, pero en esa vuelta, y con la ayuda de aquél, los elegidos, advierte asimismo, han de recoger por el camino a cuantos permanecen rezagados, deben, por tanto, ayudar a llevar a Dios a todos los hombres (252).

### 2.3. Al contrario que Pablo de Tarso

Todo ese fervor religioso del joven RAWLS, y con él la aceptación de las doctrinas religiosas propias del cristianismo, no tardará demasiado en desaparecer, si bien, como a menudo ocurre, no será producto de la casualidad. En efecto, RAWLS se había incorporado al ejército norteamericano inmediatamente después de su graduación. Su periplo militar le llevará a permanecer destinado en el Pacífico dos años, durante los cuales combatirá en el frente, será herido y también condecorado, formando parte de las fuerzas de ocupación en el Japón. Allí conocería de primera mano el horror de Hiroshima, hecho que sin duda no resulta ajeno al artículo que escribiría medio siglo después: «Fifty Years after Hiroshima» (1995). En él, además de cuestionar el lanzamiento de bombas incendiarias sobre las ciudades japonesas desde la primavera

de 1945 y el posterior de la bomba atómica el 6 de agosto de ese mismo año, hace lo propio con los bombardeos aliados sobre las ciudades alemanas con la guerra ya en su tramo final.

Pero con el fin de la guerra también llegará a su término la ortodoxia religiosa del joven RAWLS, cuyas creencias cambiarían durante una contienda a la que llegó siendo un ferviente y ortodoxo cristiano episcopaliano y de la que se irá habiendo abandonado por completo tal condición, y con ella toda idea de estudiar teología para convertirse en pastor. De todo ello sólo parece haberse salvado un cierto fideísmo. Las experiencias de la guerra, tanto las vividas en primera persona como aquellas otras más generales y que afectaron a millones de personas en todo el mundo, así como la reflexiones que sobre tales acontecimientos realiza el joven soldado, le llevan, en efecto, en lugar de a reafirmarse, como les ocurriría a otros, en la doctrina cristiana, a cuestionar, también como tantos otros, sus creencias religiosas, renunciando a ellas y abandonando el cristianismo.

Aun a nivel un tanto especulativo, y ajeno a todo afán de cualquier explicación exhaustiva, lo cierto es que en «On My Religion», RAWLS cifra en tres sucesos concretos los posibles orígenes de semejante cambio (2009: 262 y ss.) De los dos primeros formó parte él mismo. El primero de ellos tiene que ver con la instrumentalización política de la doctrina cristiana a manos de un capellán militar. Este pastor, como el propio RAWLS conjetura, probablemente con el propósito de consolar o alentar a la tropa, no tiene el menor empacho en utilizar el sermón de un servicio religioso al que el joven soldado acude para asegurar la intervención de Dios en favor de los soldados norteamericanos en su enfrentamiento con sus enemigos japoneses. Esta tergiversación grosera de la doctrina de la «Divina Providencia» irritó profundamente a RAWLS, tanto como para atreverse a recriminar al clérigo luterano, que era teniente, su comportamiento. El segundo suceso alude a la experiencia de cómo algo tan azaroso como el pertenecer a uno u otro grupo sanguíneo puede decidir la suerte, en este caso la vida, de una persona. Al solicitar el sargento de su compañía dos voluntarios, uno para donar sangre a un soldado gravemente herido, otro para acompañar al coronel en una misión de observación cerca de posiciones enemigas, RAWLS y su compañero y amigo DEACON deciden ofrecerse como tales. Puesto que de los dos resulta ser RAWLS el poseedor del grupo requerido para realizar la transfusión, es él quien se queda en el hospital de campaña, siendo a DEACON, por tanto, al que corresponde acompañar al jefe del regimiento en su tarea. El resultado de ese reparto de quehaceres es que, al poco de partir, DEACON perdería la vida bajo el fuego de mortero japonés, un hecho que conmocionó profundamente a RAWLS. Volvían a manifestarse así los efectos distributivos del azar con los que RAWLS ya estaba familiarizado. No en vano, de niño en dos ocasiones había sobrevivido a enfermedades que habían acabado con la vida de sus hermanos, enfermedades que él mismo les había transmitido, difteria y neumonía, y también bien pronto había comprobado las condiciones paupérrimas en las que muchos de sus vecinos de raza negra vivían, muy diferentes a las de su privilegiada situación como hijo de una familia acomodada. El tercero en realidad es más que un suceso, y alude al paulatino conocimiento que entre los soldados va extendiéndose, a partir, en un primer momento, de las noticias difundidas por los propios servicios de información aliados, sobre la existencia de los campos de exterminio nazis, en definitiva sobre lo que viene ocurriendo con millones de personas en la Europa sometida al Tercer Reich.

Esos dos incidentes y, muy especialmente, el cada vez mayor conocimiento de lo acontecido en los campos de concentración europeos, amén del gran error que a su juicio fue el para entonces injustificado bombardeo de las ciudades alemanas y japonesas, paradigmáticamente la barbarie atómica, tuvieron, pese a su dispar naturaleza, un enorme impacto sobre él, provocando en el joven RAWLS idéntico resultado: cuestionarse el sentido de la oración y el de la moralidad que la voluntad de Dios parece expresar (*ibid.*, 263). ¿Qué sentido tiene rezar y rogar, se pregunta RAWLS, cuando Dios no atiende las oraciones y plegarias de millones de seres humanos a los que abandona a su suerte? ¿Cómo entender que lo que sucede en el mundo se ajusta a los designios de Dios cuando éste no actúa conforme a las ideas de justicia más elementales que conocemos y en las que tenemos depositada mayor confianza? RAWLS construye así su particular teodicea, pues la existencia del mal, más que proporcionarle argumentos contra la existencia de Dios, le plantea dudas sobre la existencia de una planificación divina de la historia. A juicio de otros eso podría exonerar a Dios de toda responsabilidad a través del recurso a la consabida doctrina del libre albedrío. Pero RAWLS, al haber estado ligado su pensamiento cristiano a la doctrina protestante de la predestinación, no puede recurrir a ella. Por tanto, no es que dude de la existencia de Dios, sino que, en último término, no pudiendo salvar este obstáculo de la manera referida, duda más bien de su necesidad moral. Dios no es moralmente necesario en cuestiones de justicia porque no parece tener que ver mucho con ella si lo que pasa en el mundo se entiende que es cosa suya, y porque, en todo caso, tampoco parece que puedan existir normas de justicia muy distintas a aquellas que consideramos más básicas y seguras.

Su rechazo de la mayoría de las doctrinas cristianas no había hecho más que empezar, pues a lo largo de los meses y años que siguieron a su licencia del ejército, allá por enero de 1946, su distanciamiento del cristianismo fue cada vez mayor, siempre motivado por objeciones de tipo moral, pues a menudo las ideas sobre la justicia que muchas de aquellas doctrinas expresaban le parecían erróneas, llegándolas a ver a veces como despreciables e incluso aterradoras. Era el caso de doctrinas como las del pecado original, la existencia del cielo y el infierno, la aceptación de la autoridad eclesiástica y su interpretación «verdadera» de la fe como camino hacia la salvación o la doctrina de la predestinación, las cuales, como muchos otros, no podía aceptar: básicamente porque, además de su incongruencia con aquellas ideas básicas de justicia, la imagen que proyectaban de Dios era la de un ser monstruoso ávido de gloria cuyo única ambición era la de afirmar su poder omnímodo, lo que, según él, dificultaba de por sí cualquier intento de tomarlas en serio (*vid. ibid.*, 263-264).

### 2.3.1. *Sobre ciertas autoimputaciones*

Antes de pasar a ocuparme de otras cuestiones, me gustaría apuntar una que juzgo interesante, y que, en cierto modo, hace justicia al joven RAWLS. Es la siguiente. Resulta curioso que algunas de las doctrinas, ideas o interpretaciones rechazadas por RAWLS tras la *secularización* de sus creencias, que, como acaba de señalarse, no sólo

no son ajenas a su distanciamiento del cristianismo, sino que en buena medida son el desencadenante del mismo, y de las que da cuenta en «On My Religion», ya lo habían sido explícita o implícitamente por él mismo cuando todavía era un creyente cristiano ortodoxo (cfr. ADAMS, 2009: 99-101). Me refiero por ejemplo a su desprecio del fariseísmo propio de una religión legalista que pretende retribuir el cumplimiento de los preceptos establecidos por la autoridad religiosa con la salvación (vid. 227 y 229-230) o a su impugnación de una imagen de Dios que lo representa como un ser enfadado e iracundo que no persigue sino castigar a un hombre al que sólo infunde temor (vid. 225-227).

Más sorprendente aún es que algunas de las objeciones que pone al cristianismo pueden considerarse como improcedentes según la versión del mismo por él entonces defendida y que parecería poder evitarlas, por ejemplo, esa última imagen de Dios (RAWLS, 2009: 264) a la que él contraponía la de un Dios próximo y misericordioso, un ser de rostro humano e infinita generosidad cuyo único propósito es conducir a todos los hombres, a los que ama incondicionalmente, a su Reino. De hecho, en *A Brief Inquiry* RAWLS afirma que en la conversión el hombre se da cuenta de la verdadera naturaleza de Dios, esto es, de cuán enormes son su amor y misericordia, comprendiendo entonces su auténtica bondad (vid. 112, 124 y ss., 232 y ss., 242 y ss.).

Algo parecido puede decirse de aquella otra de que el cristianismo describe un proceso de salvación estrictamente individual, cuyas consecuencias sólo pueden ser nocivas (vid. RAWLS, 2009: 265), interpretación cuyo explícito rechazo constituye uno de los ejes de su trabajo de grado, en el que descarta abiertamente cualquier interpretación escapista o individualista de la misma y a la que contrapone una lectura de la salvación completamente comunal o colectiva, tanto en su proceder como en su propósito. Según ésta, el problema de la salvación es el problema de la comunidad. La interpretación que allí hace del pecado y de la fe no sólo culmina precisamente en su definición de la salvación como la completa restitución de la persona a la comunidad, en el seno de la cual se integraría perfectamente, sino que, al mismo tiempo, supone que se trata de un «proceso comunal», que requiere, por eso mismo, del otro. Cuando el hombre ha sido presa del pecado, explica RAWLS, no puede regresar a la comunidad por sí mismo. Al continuar encerrado dentro de sí, aquél contamina todos sus esfuerzos, condenándolos al fracaso. El hombre no puede, pues, salvarse solo. La salvación supone la existencia de la comunidad y, tras haber sido destruida por el pecado, sólo Dios puede restablecerla revelando su palabra, una palabra, vimos, que sí penetra primero en algunos, pero que, sin embargo, a través de la acción de éstos avanza hacia el resto, para regresarlos también a ellos a la comunidad (vid. 126, 214-219, 231-232 y 245-247).

De modo que puede decirse que, en cierto sentido y en relación a determinadas cuestiones, *el RAWLS secular* imputa al cristianismo déficits que en algunos casos *el RAWLS religioso* ya había tratado en cierto modo de paliar. Me permito, en todo caso, invitar al lector a contrastar por sí mismo algunos de estos extremos. Esto le posibilitará poner en perspectiva, cuando no obligará a hacerlo en cuarentena, algunas de estas tesis posteriores a 1945 recogidas en «On My Religion» al compararlas con las contenidas en su trabajo de 1942 sobre el significado del pecado y de la fe.

### 3. RELEVANCIA Y (DIS)CONTINUIDAD FILOSÓFICA

Como ya se apuntó *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith* es un trabajo de un marcado, pero no exclusivo, carácter teológico. Dadas sus implicaciones éticas y políticas, su interés es doble: 1) desde el punto de vista teológico, en la medida en que ofrece una versión de la teología protestante entonces dominante en los seminarios y facultades de teología norteamericanas<sup>11</sup>, y 2) desde la perspectiva de la filosofía moral y política, por la relación que pueda establecerse entre este escrito de juventud y la obra madura del autor.

#### 3.1. Desde un punto de vista teológico

En cuanto ensayo que versa sobre cuestiones trascendentes como el pecado y la fe *A Brief Inquiry* resultará de interés para aquellos que se sientan atraídos por el estudio de tales asuntos, en especial por las interpretaciones protestantes de los mismos propias de la neortodoxia cristiana de la primera mitad del siglo XX. Para éstos serán imprescindibles los comentarios de R. MERRIHEW ADAMS que acompañan al texto de RAWLS en la edición de Harvard University Press y que, bajo el título «The Theological Ethics of the Young Rawls and Its Background», tratan de ubicarlo teológicamente a partir del análisis de sus contenidos, y también del examen del contexto en el que se gesta el escrito y por el que parece estar influido, en relación a lo cual examina la nómina de autores utilizada por RAWLS en su elaboración. Como puede colegirse ya del nombre dado a su ensayo, para ADAMS lo que más sorprende del trabajo de RAWLS, dado el carácter de su obra posterior, es la naturaleza «inequívocamente» teológica de la teoría ética que esboza (2009: 25), lo que sin restar un ápice a su carácter de ensayo teológico, sin embargo permitiría clasificarlo igualmente como un trabajo de ética teológica (*ibid.*, 31).

En él, pese a lo teológico de la teoría ética expuesta, las bases teológicas están comparativamente menos desarrolladas que las conclusiones de carácter más ético (valga como ejemplo la ausencia, a diferencia de lo que ocurre con los teólogos más significativos del movimiento neortodoxo, de una cristología bien articulada). Aunque se llega a esas conclusiones a partir de una concepción del mundo como una comunidad de personas que se relacionan entre sí (112-113), generalmente se hace a través del examen de las actitudes y motivos de aquéllas, más incluso que del de sus propias acciones, ignorando así criterios más habituales de corrección normativa como los relacionados con el comportamiento de los individuos (ADAMS, 2009: 32). Esto no sólo se compadece perfectamente con una interpretación típicamente protestante según la cual el pecado sería básicamente un estado mental aun antes que el propio comportamiento concreto que pueda seguirle (*ibid.*), sino con el modo en el que RAWLS particu-

<sup>11</sup> La tesis de RAWLS, no se olvide, estudiante de filosofía, es además un buen ejemplo de la influencia que en aquellos momentos, incluso fuera de los centros que les son propios, la teología protestante tenía en las universidades norteamericanas, particularmente en lugares como Princeton, donde la «cultura protestante» era la preponderante. De hecho, no son pocos los filósofos analíticos de la generación de RAWLS que llegarían a la filosofía a través de la teología (*cfr.* GREGORY, 2007: 179, 183-184).

larmente lo concibe, y al que señala esencialmente como una depravación espiritual de la personalidad (*cfr.* 152, 191).

Con respecto a este primer foco de interés, y con arreglo a lo expuesto por R. M. ADAMS, me gustaría señalar que la tesina de RAWLS es un trabajo confeccionado, en efecto, durante el apogeo de la llamada «neortodoxia cristiana», y que evidencia de manera clara la influencia de este movimiento teológico. Esta corriente del pensamiento religioso, cuyos principales exponentes son K. BARTH y E. BRUNNER<sup>12</sup>, agrupa a teólogos europeos y norteamericanos y fijó durante un buen tiempo la agenda del debate teológico, prácticamente desde los años posteriores a la primera gran guerra y hasta bien entrados los sesenta, cuando a consecuencia de los cambios sociales y culturales se ve relegada a un segundo plano. Como movimiento supone un distanciamiento de la teología liberal protestante en el seno de la cual emerge, y de la que, por tanto, también es deudora, frente a la que trata de oponer, reformulándola, una nueva versión de la vieja y anterior ortodoxia cristiana de siglos anteriores. Aunque reivindica la «fundamentación bíblica», al mismo tiempo, rechaza identificar sin más lo escrito en las Sagradas Escrituras con la palabra del Señor prescindiendo de la figura de la revelación, pues estos autores tratan, renunciando al mero textualismo, que no al rigor en la exégesis, de dar cabida a la interpretación bíblica precisamente como instrumento de esta última: de la revelación divina (ADAMS, 2009: 25-26).

No obstante, en un sentido algo más laxo también es posible hablar de la neortodoxia como un determinado ambiente intelectual que, a partir de ciertas premisas compartidas, va a inspirar la aproximación a la teología de la mayor parte de los teólogos protestantes a lo largo de esas más de cuatro décadas en vez de como una escuela teológica homogénea, en cuyo caso incluiría a pensadores como R. NIEBUHR, P. TILLICH o el teólogo y obispo sueco A. NYGREN. Resulta oportuno matizar esto porque aunque RAWLS escribe su tesis de grado en este contexto teológico, el de la neortodoxia, y en este sentido puede decirse que, sin duda bajo el influjo de este clima, es un escrito neortodoxo, lo que ya no está tan claro es que se trate de una obra de teología neortodoxa (*cfr.* GREGORY, 2007). Pese a la influencia recibida y evidenciada en el texto, RAWLS a menudo acepta las tesis de esta escuela, digamos, a beneficio de inventario, cuando no las interpreta libremente, permaneciendo ajeno a la mayoría de las polémicas abiertas en el seno de este movimiento. Aunque, siguiendo sus planteamientos, se sirve del pensamiento contenido en la Biblia para abordar las cuestiones a las que trata de dar respuesta, lo hace un poco a su manera, de forma, por así decir, bastante

---

<sup>12</sup> En el prefacio de su tesina, RAWLS señala que BRUNNER es el teólogo de quien más habría aprendido y al que se sentiría más próximo en su concepción de una teología erigida sobre la «naturaleza íntima y personal del universo» (108). Esto nada tiene de extraño, pues la obra de BRUNNER fue para muchos la puerta de entrada a la neortodoxia, en especial en los Estados Unidos, donde en la década de los cuarenta su trabajo era más conocido que el de BARTH, por el contrario más influyente entonces en Europa. A diferencia de lo que ocurre con BRUNNER [*Man in Revolt* (1937), *The Mediator* (1934) y *The Theology of Crisis* (1929)], RAWLS no cita a BARTH en su tesina [*The Epistle to the Romans* (1921) es considerada por muchos su obra más importante], por lo que no es posible saber si conocía sus escritos. Ambos suizos, reformados y amigos, mantuvieron, sin embargo, una intensa polémica, particularmente a propósito de la denominada «teología natural». Defendida por BRUNNER, asume una cierta ligazón entre razón y revelación, a la que, en cambio, BARTH se opone, por entender que, al conceder ese espacio a la autonomía de la persona con respecto a la acción divina, permite, al mismo tiempo, desligarse de Dios (*vid.* GREGORY, 2007: 186, *cfr.* HART, 2001; *vid.* BRUNNER y BARTH, 1946: libro que recoge los textos de ambos autores que mejor ilustran la polémica).

desenfadada desde un punto de vista metodológico, revelando su empresa la construcción de una posición religiosa y ética personal, antes que el intento de apuntalar el movimiento en alguna dirección (*vid.* ADAMS, 2009, 29-31). Al fin y al cabo hablamos de un trabajo muy temprano, y ello pese a las pretensiones que en su mismo prefacio el joven RAWLS le atribuye, en el que de manera quizás un tanto atrevida habla de «revolución» en el seno del pensamiento occidental y de «reconstrucción» de la propia teología (*vid.* 107-108).

Todavía dentro de este primer foco de interés, merece la pena subrayar también la idea de Dios que RAWLS maneja y que, como ADAMS señala (*cf.* 2009, 89 y ss.), aúna aspectos más tradicionales, verbigracia, aquellos que tienen que ver con la Creación (*vid.* v. gr. 112 y ss., y 120 y ss.) o la doctrina de la Santísima Trinidad (*vid.* 113, 121 y 193), con otros más neortodoxos referidos por ejemplo al significado comunal de la elección divina o a la revelación de Dios a través de una relación de naturaleza personal y organizada en estructuras esencialmente comunicativas (*vid.* 124-126 y 244-248). Con respecto a estos últimos, según explica RAWLS, con su elección Dios devuelve a aquellos sobre los que ésta recae, y que conocen así directamente su llamada, a su seno, pues con su palabra reconstruye la relación personal con ellos, permitiéndoles abrirse de nuevo ante él llenos de fe. Pero con su elección también son aquéllos devueltos a sus semejantes, a cuyo propio retorno habrán de contribuir igualmente. De modo que aquellos que son elegidos y devueltos a los brazos de Dios no son, por así decir, rescatados de la comunidad de los hombres para, alejados de los demás, permanecer a salvo *allá arriba*, sino que, muy al contrario, quedan entonces completa y aún más firmemente entre los hombres, pues su elección no ha de servir sino a la de otros. Los elegidos, afirma RAWLS, lo han sido para difundir, con el sostén y la fuerza de Dios, siempre presente con ellos, su palabra, para transmitirla a todos aquellos que permanecen apartados de la comunidad y para hacer partícipes a los demás de su misericordia a fin de devolverlos a la misma. Por tanto, han sido convocados por él a una tarea: la de restablecer e instaurar la comunidad de Dios, una reconstrucción que no ha hecho más que comenzar con ellos, pues Dios ha de venir él mismo, a través de su palabra, para regresarnos, ahora sí a todos, a la comunidad (125-126, 244-245 y 247).

Recomendable para aquellos que persigan comprender el trabajo de RAWLS en sus coordenadas más teológicas (*vid.* GREGORY, 2007: 183-197), pero también en relación con las discusiones más recientes que han venido produciéndose en torno a la religión y el liberalismo y a propósito también del resurgimiento de una cierta teología política (*vid.* *ibid.*, 197-203), será el trabajo de E. GREGORY, publicado incluso antes que el de RAWLS, y cuyo «descubrimiento» de *A Brief Inquiry* (*vid.* RAWLS, 2009: 2 y ss.) es en buena medida responsable de que estemos ocupándonos aquí de él.

### 3.2. Desde la perspectiva filosófica

Dado que se trata de una obra producida por uno de los filósofos más importantes de nuestro tiempo, y cuyo trabajo ha girado desde sus inicios en torno a una única y misma cuestión, la justicia política, *A Brief Inquiry* suscita interés precisamente por la relación que pueda establecerse con su obra madura. Una obra en la que, a medida que

crece, la religión, referida tanto a las convicciones de las personas como a las doctrinas religiosas, recibe cada vez mayor atención y adquiere mayor protagonismo. Esto en ningún caso, sobra decirlo, debe confundirse con la asunción de premisas religiosas en la elaboración de su propuesta filosófica, sino más bien todo lo contrario, pues en el corazón de la misma, como es conocido, están principios que respaldan la separación de religión y política y que, sin embargo, merece la pena recordar, pretenden poder ser asumidos por esos mismos individuos que profesan distintas doctrinas religiosas. Esa separación, argumenta RAWLS, resulta beneficiosa no sólo para la política, al proteger a los ciudadanos unos de otros y, al mismo tiempo, de sus propias iglesias, sino también para la propia religión al impedir que ninguna de ellas pueda monopolizar el poder político para discriminar o simplemente suprimir al resto de doctrinas, protegiendo, en consecuencia, tanto la «cultura secular» como las diferentes religiones, y fortaleciendo así tanto la democracia como la fe (*vid.* 1997: 603-604; *cfr.* 1998, 621).

Dentro de este segundo orden de cosas, señalaré una serie de puntos, tanto de contacto como de fricción, entre esta temprana obra de RAWLS y algunas concepciones posteriores del propio autor. Trato así de fijar algunos de los paralelismos y discontinuidades que cabe establecer entre la cosmovisión del joven RAWLS y su teoría de la justicia.

### 3.2.1. Paralelismos

Como COHEN y NAGEL afirman en la introducción que han elaborado para su publicación, puede decirse que algunas de las «convicciones morales» que la tesina expresa en términos religiosos encuentran continuidad en algunas de las ideas más importantes de la filosofía moral y política rawlsiana ulterior, donde nociones que allí aparecen caracterizadas como teológicas y morales a un tiempo, quedan posteriormente moral y políticamente interpretadas, esto es, secularizadas (*cfr.* 2009, 7). Sería ése el caso, por ejemplo, de: *a)* una concepción de la ética que se cimenta sobre las relaciones entre personas cada una de ellas completamente valiosa e irremplazable; *b)* el rechazo del mérito como base de la salvación; *c)* la crítica al miedo y al egoísmo como fundamentos adecuados de la sociedad, o *d)* la relación de dependencia que existe, también entre las propias nociones, de persona y comunidad.

*a)* Frente a los representantes de una «ética natural», sea ésta platónica, aristotélica, agustiniana o tomista, que ignora por completo las bases espirituales y personales que conforman, según él, la esencia más profunda del universo (120), y puesto que, a su juicio, la cuestión moral más importante a la que el hombre ha de enfrentarse tiene que ver con el modo en el que éste puede vivir consigo mismo, pero sobre todo con los demás hombres, el joven RAWLS construye una «ética comunal». Para él ninguno de esos autores entiende el «problema comunal», pues tienen una concepción de la ética centrada en relaciones entre personas y objetos que se consideran apropiados, y que aquéllas deben afanarse en alcanzar, sean éstos el bien en sus diferentes formas, la verdad o el mismo Dios, a quien, no se olvide, tanto A. DE HIPONA como T. DE AQUINO, señalan como «el objeto más deseable» (114-115). En su opinión, la ética, correctamente entendida, debería, por el contrario, centrarse en las relaciones de unas

personas con otras (113-114), cada una de ellas única, todas diferentes e irreducibles a unidad mayor alguna (111-112), pues si bien la salvación significa finalmente su integración en la comunidad (126), de la que, por cierto, ya entonces explícitamente advierte que no se trata de un «agregado» de personas (111), no conlleva su disolución dentro de ella (126).

Esta concepción temprana de una moralidad que tiene que ver con las relaciones entre personas, y que supone, en este caso, el rechazo de cualquier aproximación no sólo a la ética, sino también a la teología, desde estructuras finalistas organizadas en torno a relaciones «naturales», parecería enlazar con su crítica posterior a las concepciones morales teleológicas, en especial al utilitarismo. RAWLS imputa a este último precisamente no tomar en serio la separación y distinción entre las personas, su pluralidad, a las que, éste sí, toma en su conjunto como un mero agregado de individuos. En su teoría de la justicia RAWLS asume un deontologismo que no sólo rechaza concebir lo justo como aquello que maximiza lo bueno, sino que también impone restricciones de justicia, que justamente tienen que ver con el igual respeto que todas las personas merecen, sobre el bien de los individuos, con respecto al cual lo correcto, como expresión en la estela kantiana de un principio de igual libertad, tiene prioridad (*vid.* 1971, §§ 5, 6 y 40).

b) Si en su trabajo de grado RAWLS excluye el mérito como pasaporte a la salvación, en su teoría de la justicia lo rechaza como criterio relevante para la distribución de «bienes sociales primarios». En el primer caso el argumento es de naturaleza teológica: todo cuanto el hombre posee le ha sido dado inmerecidamente por Dios (*vid.* 238-242, *cf.* 229-230 y 170 y ss.); en el segundo su explicación subraya el papel determinante que desempeñan tanto la «lotería natural», que distribuye las capacidades naturales, como el azar social, que en buena medida gobierna las biografías y circunstancias de las personas (*vid.* 1971, 15 y 103 y ss., y § 48; *cf.* 2001, §§ 20, 21 y 22).

Sorprende, en efecto, la claridad y rotundidad con la que ya en aquel primer ensayo se expresa RAWLS al respecto. Según él, con su conversión el pecador se da cuenta de su completa dependencia de la comunidad, y, en última instancia, de su total dependencia de Dios, de que nada posee que no le haya sido dado, que la crianza y educación recibidas, la amistad de la que ha gozado, la ayuda que le han prestado, y por supuesto, el sostén que la tierra le ha proporcionado, todo ello, explica, le ha sido entregado por «algún otro» y nada, a la postre, al margen de Dios. En última instancia, todo cuanto posee, sus dotes e incluso su modo de obrar, no son más que un regalo de Dios, ante el que no puede más que mostrarse agradecido, pues si puede comportarse de determinada manera o disfrutar de determinadas circunstancias es porque antes otros, empezando por Dios, lo han hecho de cierta forma con respecto a él o han provisto de ciertas cosas para él, de ahí que nadie pueda atribuirse mérito ni siquiera por sus buenas acciones. Es así que no cabe mérito alguno ante Dios no sólo porque carezca de todo sentido ante la generosidad y la misericordia divinas, que el hombre ahora conoce, sino, sobre todo, porque en realidad ninguno es posible sin Él. El hombre entiende que no es por sus méritos, que no posee según lo anterior, que Dios le ama, porque Dios le ama y le da aun cuando no sea merecedor de ello. La misericordia no sería tal de ser esto diferente. Dios, explica RAWLS, no quiere méritos que recompensar, y que sólo a la soberbia, que es el pecado que termina con

la comunidad, sirven, sino una comunidad eterna unida por la fe y repleta de dicha y gratitud.

Y más sorprende, si cabe, la continuidad que su teoría de la justicia, bien es cierto que bajo otros presupuestos, en otro contexto y con otros propósitos, muestra sobre este punto. Expuesto de forma sumaria y extremadamente simplificada, viene a decir lo siguiente. A menudo se piensa que las personas merecen aquello a lo que su capacidad o posición les permite tener acceso, y no puede ignorarse la plausibilidad natural con que parece presentarse con frecuencia la meritocracia. Sin embargo, nadie merece las capacidades naturales con las que nace o la circunstancias sociales en las que lo hace, y en este sentido incluso la predisposición para esforzarse en conseguir algo, y ser merecedor de ello en el sentido ordinario del término, está condicionada habitualmente por la existencia de un entorno familiar o social que lo propicie. Mas, puesto que, en última instancia, el bienestar de cada persona depende de un producto social resultado de la participación de todos en un mismo esquema, no parece razonable esperar que su distribución se haga depender del lugar que ocupan en la de tales capacidades o circunstancias. Por tanto, han de proponerse términos de colaboración razonables, es decir que todos puedan aceptar con independencia del lugar que ocupan en semejante lotería, y que una vez establecidos permitan distribuir esos beneficios sociales con arreglo a las demandas legítimas que, en función de los principios que definen aquellos términos de colaboración, y no de un mérito aleatorio en sus orígenes, el sistema normativo reconoce como tales. De modo que la influencia del mérito, si se quiere seguir utilizando el término, sobre la distribución de ventajas sociales sólo es aceptable si significa retribuir expectativas generadas por un sistema de cooperación justo en su conjunto y conforme a cuyas normas se actúa y se hace uno acreedor del mismo.

Así pues, dada la dependencia que tanto el joven como el maduro RAWLS entienden que existe del otro, sea de Dios y de los demás hombres, sea sólo de éstos, ni la salvación tiene que ver con el mérito, en un caso, ni el mérito puede por sí sólo y en ausencia de otros parámetros, básicamente los que definen la justicia, «salvar» socialmente a nadie, en otro.

c) Como ya se advirtió, consecuencia de la interpretación que hace del pecado y de la fe, RAWLS rechaza cualquier teoría contractualista de la sociedad (*vid.* 126-127), lo que permitiría establecer diversos puntos de contacto, pero también de fricción, con su teoría de la justicia a propósito de esta cuestión. En cualquier caso, dentro de los primeros que son los que ahora nos ocupan, quisiera llamar la atención sobre uno que, a su vez, se apoya sobre dos ideas básicas. Por una parte, para el joven RAWLS es el miedo a las pretensiones de sometimiento de unos hombres sobre otros, pecado que envenena la mayoría de las sociedades humanas (127), el que a su entender subyace al contractualismo, paradigmáticamente en la teoría política de HOBBS. En la *sociedad contractualista* los hombres, en efecto, viven temerosos y desconfiados unos de otros, tanto que es justamente sobre ese «miedo mutuo» sobre el que se hace descansar la construcción de la propia sociedad. Ahora bien, siendo el miedo la más egocéntrica de cuantas sensaciones existen, lo cierto, advierte RAWLS, es que ninguna comunidad resulta posible, empero. Pues, de hecho, probablemente nada perturbe más una sociedad que el miedo que pueden tenerse quienes la componen, puesto que cuando los hombres no pueden confiar los unos en los otros, la comunidad está abocada a

derrumbarse más pronto que tarde. Por tanto, tratar de cimentar la comunidad sobre el miedo, concluye, es algo contraproducente en sí mismo (227-229).

Por otro lado, con arreglo a su explicación, ninguna comunidad puede fundarse sobre egoísmo alguno, según él, una de las formas básicas del pecado (*vid.* 123, 183 y ss., 193-195). En consecuencia, tampoco cabe que pueda hacerlo sobre la idea de beneficio mutuo, que, en su exégesis de la misma, no es más que una suerte de «egoísmo mutuo». En este sentido, cualquier sociedad que pretenda justificarse tomando como base el «egoísmo mutuo» está, de uno u otro modo, condenada a desaparecer. Y a su juicio, es éste un «defecto básico» del que adolecen todas las teorías contractualistas de la sociedad (188-189). A decir verdad, para RAWLS la *sociedad contractualista* no puede constituir comunidad alguna, pues no supone más que una especie de estructura orientada a perseguir el beneficio mutuo de quienes pertenecen a ella, un instrumento al servicio de intereses estrictamente individuales. Los hombres sólo recurren a ella con el propósito de obtener beneficios para sí, estando de este modo, se entiende, aunque RAWLS no lo afirme explícitamente aquí, condicionada su continuidad a su conveniencia (227-229).

Pues bien, esta crítica al miedo y al egoísmo como bases inapropiadas de la sociedad encuentra, a mi juicio, una cierta continuidad en su posterior rechazo, dentro ya de su obra madura, de que la unidad social pueda descansar sobre un acuerdo que sea un mero *modus vivendi*, una idea de reconocida raigambre hobbesiana, a la que imputa precisamente no poder proporcionar una base de justificación adecuada para las instituciones políticas y sociales dada su inestabilidad intrínseca. Semejante pacto, explica RAWLS, descansa básicamente sobre una convergencia coyuntural de intereses meramente individuales, como el miedo a ser perseguido en un escenario distinto o el mayor bienestar que tal situación proporciona, o bien sectarios, como la imposibilidad de imponer una determinada visión del mundo. Esto hace de él, por tanto, un contrato completamente dependiente de circunstancias contingentes, como la distribución del poder entre quienes sustentan el acuerdo, el temor que pueda existir entre unos y otros o los beneficios que se desprendan de dicha forma de coexistencia más o menos pacífica. De modo que la unidad social es solo aparente y la estabilidad completamente frágil y a menudo efímera. Como es bien sabido, RAWLS se sirve de esta idea del *modus vivendi* para señalar, en buena medida por oposición, los caracteres muy distintos de un «consenso por solapamiento», que se espera pueda, al contrario que aquél, proporcionar una base duradera y estable sobre la que pueda descansar la unidad social en una sociedad democrática (*vid.* 1985: 410 y ss.; 1987; 1989).

d) En la cosmovisión de RAWLS es su pertenencia a esa comunidad de personas relacionadas con Dios que es el universo, más aún, el haber sido creado para la misma, lo que hace del hombre persona, distinguiéndolo del resto de criaturas de la creación e insertándolo en esa relación con Dios y los demás hombres que resulta inquebrantable y determina el carácter de su personalidad, necesariamente relacionada con aquélla. De acuerdo con esto, es la capacidad para formar parte de la comunidad y participar de ella lo que define estricta e intrínsecamente la propia naturaleza del hombre y en el desarrollo de la cual se convierte propiamente en persona. Sin personalidad, obviamente, no habría comunidad alguna, pues la existencia

de ésta presupone la de aquélla, pero, no es menos cierto, explica RAWLS, que sin la comunidad la personalidad no sería posible, puesto que los individuos no se hacen personas más que en el seno de la comunidad. De modo que, a su juicio, los conceptos de persona y comunidad, si se quiere individuo y sociedad<sup>13</sup>, en último término, se encuentran en una relación de interdependencia mutua según la cual ninguno de los dos tiene sentido sin el otro (*cf.* 112-113, 121, 126-128, 215). Éste es uno de los presupuestos fundamentales sobre los que se apoya el pensamiento de RAWLS en su trabajo de grado. En él aún aspectos estrictamente teológicos, como los que se refieren al carácter espiritual de la comunidad o al origen divino del hombre, con otros de carácter más bien sociológico, como los que insisten en la idea de que la personalidad se forma en el seno de la sociedad, que es la que le presta el sostén necesario y permite su desarrollo, o aquellos otros que describen cómo sólo tras un largo periodo en el que dependen casi por completo de otras, cabe considerar que las personas puedan contribuir de algún modo a la comunidad y participar del *relato comunal*.

Aun en un plano estrictamente normativo y dentro de un marco completamente distinto ya en su teoría de la justicia, RAWLS posteriormente retoma esta idea de la dependencia recíproca entre los conceptos de persona (individuo) y comunidad (sociedad)<sup>14</sup>, con arreglo a la cual, sin embargo, la idea más básica sigue siendo la segunda<sup>15</sup>, y también esa otra visión relacionada con el modo en el que los individuos se hacen personas dentro de aquélla. Para un RAWLS ya más maduro el rasgo que define básicamente a las personas, moralmente, es su sentido de la justicia<sup>16</sup> y éste sólo se adquiere plenamente a lo largo de un recorrido que atraviesa varias etapas, que transcurre en el seno de la sociedad en interacción con otros individuos

<sup>13</sup> *Vid. infra* nota siguiente, en la que se explica la relación entre ambos pares de conceptos.

<sup>14</sup> Es bien sabido que en su madurez, a partir de un determinado momento, RAWLS tiene un especial empeño en subrayar que una sociedad democrática, ni siquiera cuando está «bien ordenada», es una comunidad. Como él mismo explica, asumido el pluralismo, la idea de «comunidad política», si por tal se entiende una sociedad política reunida en torno a una doctrina comprensiva, debe desecharse (1987: 431; *vid.* 1993: I, § 7). Sin embargo, para poder establecer la comparación que nos ocupa entre ambos extremos de su pensamiento, es necesario por un momento, y en el sentido señalado en el texto, recurrir a una analogía entre los conceptos comunidad y sociedad, conceptos que, por cierto, en su tesis de grado, al igual que ocurre con los de individuo y persona, como ya se habrá advertido, resultan en general intercambiables. En ese escrito, no obstante, RAWLS hace hincapié en la necesidad de considerar a los individuos personas y a la sociedad una comunidad, pues esto sería, según él, lo que permitiría interpretar adecuadamente la relación entre individuo y sociedad (127 y ss.).

<sup>15</sup> Tal como RAWLS la entiende, la de sociedad emerge como la «idea central», que en conjunción con la de los «ciudadanos como personas libres e iguales» y la de «sociedad bien ordenada», proporciona la base más adecuada para elaborar, al ser desarrollada junto con aquéllas, la concepción política de la justicia de un régimen democrático. De modo que, aunque RAWLS establece esas tres ideas como básicas, señala la de «sociedad como sistema de cooperación social justo a través del tiempo» como la «más fundamental» entre aquéllas (*cf.* 1993: 14 y ss.; 2001: 5). Esto, en ningún caso, debe ocultar el individualismo metodológico sobre el que RAWLS construye su teoría de la justicia, y por tanto, ese carácter básico mencionado que, como enseguida se indica, tiene que ver con una función de organizar y conectar las demás ideas básicas dentro de la teoría de la justicia que se propone, no debe confundirse con la asunción de una visión que conceda prioridad a la sociedad frente al individuo o algún tipo de independencia o personalidad propia de la primera con respecto al segundo.

<sup>16</sup> Aunque en este párrafo pongo el énfasis en el sentido de la justicia, que es el que aquí me interesa, y por eso mi primera referencia es «The Sense of Justice», RAWLS suma a esa capacidad la de «tener, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien», que junto a la anterior caracteriza, según él, a las «personas morales» (*vid. v. gr.* 1980: 312, escrito donde se explica con detalle ese concepto de persona).

(padres, socios, etc.), y que culmina con la transformación de aquéllas en partícipes plenos de la misma. Esto es, el sentido de la justicia se adquiere socialmente. Y, por tanto, puede decirse que siendo éste el rasgo más importante de la persona es, al mismo tiempo, un atributo que es posibilitado por la propia sociedad (*cfr.* 1963, 1971, cap. VIII).

Ése sería un primer punto de contacto en torno a esta cuestión. El segundo al que quiero referirme aquí es el siguiente. Abundando en una línea anterior, pero que explícita en su constructivismo de comienzos de los ochenta, RAWLS hace pivotar los principios de justicia básicamente sobre dos concepciones, la de persona moral, en adelante una concepción política de la misma, y la de sociedad como sistema de cooperación social, posteriormente la «idea fundamental» dentro de la cual se organizan y conectan las demás ideas básicas. Y también aquí establece una relación inequívoca y explícita entre ambas concepciones. Hasta tal punto que los atributos de las personas y los elementos de la cooperación social comparten título, «razonable» (sentido de la justicia, términos de cooperación justos) y «racional» (concepción del bien, ventajas para cada individuo). De modo que RAWLS les atribuye a los individuos las capacidades morales que se corresponden con los elementos de la cooperación social y considera ambas concepciones, las de persona y sociedad, como las básicas dentro de la concepción política de la justicia, si bien primero se centra en la de persona, y posteriormente atribuye a la de sociedad como sistema de cooperación ese carácter central ya referido, y que por otro lado, quizás sin advertirlo tan claramente, le venía confiriendo desde el principio (*vid.* 1982, § 3; *cfr.* 1980; 1993, I, §§ 2:3, 3 y 5).

### 3.2.2. *Discontinuidades*

En el apartado anterior acabo de señalar una serie de puntos de contacto entre el escrito de juventud y su obra posterior que permiten hablar de la existencia de determinados paralelismos entre la cosmovisión del joven RAWLS y su teoría de la justicia ulterior. Pero, obviamente, y siguiendo con este segundo negociado referido a la relación de *A Brief Inquiry* con la obra madura de RAWLS, como ya indiqué, también existen puntos de fricción, tantos como los que implica: *a)* pasar de una doctrina religiosa que confiere a la política un papel secundario e instrumental a una concepción de la justicia específica e inmediatamente política y que adjudica a esta virtud un carácter completamente prioritario en relación a la estructura institucional básica; *b)* apartarse de una idea radicalmente negativa y confesional sobre los orígenes del conflicto social al asumir la normalidad del mismo y la legitimidad de sus causas; *c)* abandonar una cosmovisión concreta para buscar el consenso político entre quienes mantienen concepciones del mundo diferentes, y *d)* pasar de afirmar una «ética cristiana» a asumir la separación entre ética y religión. En pocas palabras, RAWLS pasa de concebir como problema más importante uno de carácter metafísico a dar por supuesto que la «cuestión fundamental» es de naturaleza política, y así de una concepción teológica de la comunidad a una concepción política de la sociedad. A continuación me detengo con más detalle en estas discontinuidades, tratando de tejer un argumento que pretende, a través de los puntos sobre los que se enlaza, realzar el contraste entre las ideas expuestas, y, por tanto, entre el ideario cristiano del joven RAWLS y su pensamiento filosófico posterior.

a) La doctrina religiosa que expone en su trabajo de grado atribuye a la política, y casi de rondón, como misión más importante la de coadyuvar a combatir el pecado a fin de hacer posible la «comunidad espiritual» (203). Para el joven RAWLS la posibilidad de reconciliar persona y comunidad no ofrece dudas (*vid.* 112-113, 121 y 127), y, por tanto, el verdadero problema, como también señala en relación a la cuestión ética, es el de cómo son posibles ambas, personalidad y comunidad, ante un pecado tan generalizado como el que existe en el mundo. De suerte que la cuestión más importante a la que debe hacer frente la política es la de concebir o alumbrar «algún esquema de organización social» que pueda «enjaezar» el pecado, permitiendo así la realización de la comunidad y la personalidad en los términos de la relación entre ellas expuesta, esto es, de «correlato natural» entre ambas (*vid.* 127-128).

Pero con la conformación de su teoría madura, RAWLS pasa de una doctrina como ésa, que presupone una relación de supeditación de la política a la teología, a una concepción política de la justicia concebida específicamente para ser aplicada a un objeto muy concreto, el «sistema de cooperación social» que conforman las instituciones políticas, sociales y económicas de una democracia constitucional moderna (1985, 389; 1987, 423). A partir, pues, de una idea de sociedad como empresa compartida, trata de determinar los principios conforme a los cuales esa estructura normativa e institucional básica debe asignar «bienes sociales primarios». RAWLS asume de este modo que es la justicia con la que se realiza semejante distribución, y no la eficacia en la erradicación del pecado, el valor más importante al que debe responder la configuración de las instituciones sociales (*vid.* 1971, §§ 1 y 2, 62 y ss., y § 15; *cfr.* 1978).

b) Con arreglo a su «reconstrucción de la teología» los conflictos que surgen en la sociedad vienen provocados por los distintos pecados, cuyo común propósito, empero, es la destrucción de la propia comunidad (128). Naturalmente esto no es obstáculo para entender que la que él concibe como «comunidad en sentido pleno» se sitúa más allá de la justicia. En la «comunidad celestial» (219), a la que se refiere de ese modo, y en la que finalmente habrá de integrarse, según RAWLS, la humana (214), no existen las disputas que explican la necesidad de esta virtud<sup>17</sup>. Aunque esto último no es exclusivo de las doctrinas religiosas, véase por ejemplo el marxismo, cuya descripción de la sociedad comunista excluye la existencia misma de las circunstancias que obligan a recurrir a la justicia.

Posteriormente RAWLS abandona esa idea radicalmente negativa y confesional sobre los orígenes del conflicto al asumir que los que afloran en la sociedad forman parte de una situación natural dentro de una vida en común, dando por sentado que son producto de las demandas que las personas realizan sobre los beneficios o ventajas sociales: de suyo; todas desean la mayor cantidad posible y los disponibles en condiciones normales nunca son suficientes. Estas demandas enfrentadas traen su causa de los planes o concepciones de la vida que cada una de ellas tiene y que les llevan a tener sus propios fines y propósitos, y, al mismo tiempo, ponen de manifiesto la existencia de

---

<sup>17</sup> Como el propio RAWLS ha explicado, en una comunidad de santos, si es que ésta pudiera existir, difícilmente podrían suscitarse las disputas relacionadas con la justicia. La justicia es una virtud que presupone la existencia de intereses enfrentados y de demandas en conflicto, tiene que ver con la existencia de sujetos que insisten en hacer valer sus pretensiones unos frente a otros y que se consideran a sí mismos representantes de intereses que han de ser tenidos en cuenta (*cfr.* 1958: 56 y ss.).

una diversidad de creencias religiosas y morales, así como de un buen número de doctrinas políticas y sociales. Ese trasfondo social, al que RAWLS se refiere como las «circunstancias de la justicia», explica la necesidad de principios que definan la distribución correcta de tales beneficios, además del de los deberes sociales. Esto no sólo implica el reconocimiento de la normalidad del conflicto, con el del pluralismo característico de las sociedades democráticas, sino, más concretamente, también el de la legitimidad de sus causas, idea esta última que encuentra perfecto desarrollo en eso que posteriormente denominará las «cargas del juicio», que explican cómo el desacuerdo es posible incluso entre personas razonables (*vid.* 1971: 4 y ss., y § 22; y 1989: 475-458).

c) El joven RAWLS posee una visión sobre la naturaleza del universo, el sentido de la existencia humana y el camino hacia la vida eterna (*vid. v. gr.* 112 y ss., 123-126 y 214 y ss.), una concepción integral de la persona y una interpretación de su realización en la vida en comunidad. La suya es toda una cosmovisión que incorpora como parte de la misma un determinado modo de ser, de sentir y de comportarse del hombre como forma de salvación, que, en último término, evidencia la ausencia de una concepción ética de lo político independiente de doctrinas metafísicas y de todo cuanto aquélla comporta.

Andado el tiempo, y abandonada mucho antes esa doctrina concreta, desde una reinterpretación progresiva del papel de la filosofía política en una sociedad democrática que reafirma la naturaleza práctica de su empresa (*vid.* 1980: 306, 330 y 358; 1985: 391, 394; 1987: 421 y 447 y ss.; 1989: 486 y ss.), y, en este sentido, a través de una paulatina «autocomprensión» de los presupuestos y de la función de su propia teoría (*cf.* RODILLA, 2006: 82 y ss.), RAWLS tratará de concebir cómo deben y pueden establecerse e interpretarse las bases de un consenso político democrático. Pero no de uno cualquiera, sino de un consenso destinado a servir como fundamento de un régimen constitucional que resulte aceptable para ciudadanos que justamente no comparten las mismas doctrinas religiosas, ni tampoco filosóficas o morales, pasando así del monismo que nace de la religión al pluralismo que requiere de la política.

d) Como ferviente creyente RAWLS afirma que la ética, correctamente entendida, debería centrarse, en efecto, en las relaciones de unas personas con otras, pero también en la de éstas, en último término, con Dios, conformando de este modo una «ética cristiana». No cabe separación alguna entre la religión y la ética ya que las cuestiones de las que ambas han de ocuparse, explica él, en realidad tienen que ver con «el mismo nexo de relaciones, [...] aquellas [...] que implican a todas las personas que existen en el universo, sea en el cielo [...] o en la tierra» (113-114, *vid.* 116 y 205-206). Y por tanto, así como porque el hombre es un ser «personal y comunal por naturaleza», debe la ética centrarse en la comunidad y en la personalidad, del mismo modo, porque la comunidad a la que el hombre, en última instancia, pertenece es la «comunidad celestial», no puede aquélla separarse de la teología (128).

Por el contrario, en sus escritos posteriores, RAWLS asume todo lo explícitamente posible la separación entre ética (política) y religión (metafísica) como presupuesto básico de su filosofía política, al interpretar su teoría como un modo de «liberalismo político» (*cf.* 1985: 408; 1987: 446; *vid.* 1993: xxxi) y su concepción de la justicia como una concepción «política y no metafísica» (*cf.* 1985: 389). De esta manera trata de construir una concepción capaz sobre todo de mantenerse independiente de doctrinas

filosóficas, religiosas y morales «comprehensivas», es decir, de aquellas doctrinas que, como la del joven RAWLS, incluyen concepciones sobre qué es lo humanamente valioso o ideales de virtud y carácter que pretenden gobernar y moldear la existencia humana en su conjunto (*vid.* 1985: 408; 1987: 424; 1988: 450; y 1989: 480-481).

En suma, en su trabajo de grado RAWLS asevera que la cuestión que debería tratar de resolver la ética, e incluso, afirma, también la política, es la de cómo es posible la comunidad, sí, pero la de cómo ante el pecado que, inevitablemente quizás, existe en el mundo y que es en sí mismo el verdadero responsable de su destrucción (128). En consecuencia, concibe como cuestión más importante de la filosofía moral y política una cuestión metafísica, con lo que esto implica para aquéllas al reducir las a meros instrumentos de la teología. En cambio, en su madurez RAWLS se propone abordar una cuestión ética, en este caso pública, recurriendo, en todo caso, sólo a las herramientas propias de una filosofía política, dando por supuesto que la «cuestión fundamental», con respecto a la justicia política, y en esta comparación con respecto a la ética que aquélla representa, en un régimen democrático no es aquella del pecado, sino la posibilidad misma de una sociedad justa, estable y, por tanto, perdurable, cuyos miembros, ciudadanos libres e iguales, permanecen, sin embargo, profundamente divididos por doctrinas religiosas, filosóficas o morales (*vid.* 1993: 3-4); si se quiere, para realzar el contraste, la de si es posible una comunidad, utilizado este término aquí con todas las prevenciones que el «lector rawlsiano» conoce<sup>18</sup>, con esos valores de justicia y estabilidad, en vista de la diversidad de doctrinas que existe, y no de eso que algunos llaman pecado.

Sea como fuere, aunque el análisis sistemático y pormenorizado de los diversos paralelismos y discontinuidades que pueden establecerse entre la tesina de RAWLS y su obra posterior, sólo de algunos de los cuales quise ocuparme a modo de ejemplo y sin mayores pretensiones, requeriría de un trabajo más amplio, estoy seguro de que el lector familiarizado con los escritos del filósofo norteamericano no tendrá dificultad para localizar el resto.

#### 4. ADVERTENCIA PARA NAVEGANTES: CLÁUSULA DEROGATORIA FINAL

Como señalé al comienzo de estas páginas, la biografía de RAWLS no es esencial para comprender su obra, desde luego no para entender su teoría de la justicia como una forma de liberalismo político, lo que no es óbice, como también indiqué, para asumir que muchas de las experiencias vividas por RAWLS a lo largo de su vida influyeron en el desarrollo de su pensamiento, particularmente en relación a cuestiones como las que en este trabajo he tratado de abordar. Pero una cosa es explicar, como se hizo, qué despierta el interés de una persona, en este caso de un pensador como RAWLS, por un asunto como la religión y, más concretamente, por las doctrinas teológicas del cristianismo, o qué provoca el que termine abandonándolo, y otra bien diferente sería pretender que tales motivaciones puedan, trascendiendo los márgenes de la producción científica que resulta de aquel interés, equipararse en algún sentido a los propios

<sup>18</sup> *Cfr. supra* nota 12.

escritos del autor o a las piezas de su obra, o siquiera revelar algo así como un sentimiento latente a la misma.

De modo que he renunciado expresamente desde el principio a recurrir, en uno u otro sentido, a argumentos tales como: sin ser un creyente, a lo largo de su vida RAWLS «mantuvo una mirada esencialmente religiosa» (*cf.* ROGERS, 2002), la «motivación espiritual» que convirtió a RAWLS en quien es es la que su misma tesis de grado evidencia (NAGEL y COHEN, 2009: 4), o el que ha informado su vida y sus escritos, cualesquiera que hayan sido sus creencias, es un «temperamento profundamente religioso» (*ibid.*, 5), por poco sentido estrictamente confesional, por así decir, que se pretenda atribuir a tales afirmaciones. Argumentos que, en todo caso, me parecen poco relevantes si lo que se quiere es analizar con seriedad y rigor lo que *A Brief Inquiry* significa dentro de la obra de RAWLS, e incluso de forma más amplia y a propósito de ésta, lo que la religión supone en el marco de su teoría de la justicia. En mi opinión, las ideas de un filósofo deben ser juzgadas en virtud de sus escritos, que en el caso de RAWLS no albergan ambigüedad o dudas al respecto, pero en mucha menor medida a través de una imputación de motivaciones o actitudes como las señaladas que tienen más que ver con el análisis psicológico que con el propio examen analítico de las proposiciones teóricas que conforman una obra filosófica, y cuya relevancia, en todo caso, me parece completamente secundaria, por no decir del todo residual.

Del mismo modo, tampoco me ha parecido necesario subrayar determinadas posiciones de RAWLS en torno a ciertos temas de carácter especialmente controvertido y que a caballo entre la ética y política son objeto de discusión pública. Aunque recogidos en sus escritos, y por consiguiente, lícito sería ponerlos sobre la mesa, creo que en la mayoría de los casos revelan una posición personal, en algún caso incluso dubitativa, en lo que a la opinión de RAWLS hace, y en nada alteran la naturaleza de los argumentos que su liberalismo político reconoce como adecuados como forma de razonamiento público y a los que RAWLS siempre se remite. Me refiero, baste citarlo, a cuestiones como el aborto (1993: 243 y ss.; 1996, lvs.), la eutanasia (1998: 617-618, *cf.* 1997b), o el matrimonio homosexual (1997: 587 y ss., y 596), asuntos algunos de ellos especialmente sensibles, a menudo para las personas con creencias religiosas, que, por otro lado, no reciben hoy la misma consideración desde el catolicismo que desde el protestantismo, y que, por consiguiente, al menos en lo que se refiere a parte de este último, no plantean la misma controversia. Justo es reconocerlo.

En cualquier caso, confío en que algunas de las «continuidades y discontinuidades filosóficas» referidas en la sección anterior, en el contexto global de este trabajo, puedan poner al lector en la pista de algunas de las relaciones y, a partir de éstas, de las valoraciones entre las posibles de establecer y a las que, sin duda, la publicación de esta obra invita. Sin embargo, puesto que no ignoro la tentación, que para el propio RAWLS no era desconocida (*cf. v. gr.* 1998), que algunos pueden tener de hacer una relectura religiosa del conjunto de su trabajo, en este caso a propósito de la publicación de su tesis de grado, me permito afirmar que, a mi juicio, cualquier intento de descubrir algo así como una *criptoteología* agazapada en el trasfondo de su obra madura no se compadecería en absoluto con los presupuestos, propósitos o argumentos, en definitiva, con la propia naturaleza de «la justicia como equidad como forma del liberalismo político». Y es que no cabe confundir el reconocer lo importante que para las personas

pueden ser sus convicciones, religiosas o no, y, a partir de aquí, todas las cuestiones que la diversidad de doctrinas característica de una sociedad democrática plantea a la filosofía política a propósito de la posibilidad y, por consiguiente, de la naturaleza que debe tener una «base de justificación pública compartida en cuestiones de justicia», no cabe confundir esto, digo, con la asunción de premisas religiosas concretas entre los fundamentos sobre los que se construye una teoría de la justicia. Pero por si lo dicho con anterioridad no fuese suficiente, concluiré este trabajo trayendo unas pocas ideas que, al poner el foco sobre ellas, desarmarán cualquier intento de darle la vuelta a RAWLS y ponerle sotana alguna.

1. La historia de la Iglesia es también la de sus lazos con el Estado y la de su instrumentalización del poder político para garantizar su supremacía y perseguir a quienes disienten de su doctrina. No son palabras mías, sino, amén de un lugar común en el pensamiento occidental, del propio RAWLS (*cf.* 2009: 264 y ss.). Esta idea, producto del interés que a la vuelta de la guerra se despierta en el joven RAWLS por todo cuanto rodea a la figura de la Inquisición<sup>19</sup>, pronto le lleva a asumir la libertad religiosa como uno de los «puntos fijos» de su ideario moral y político, y por supuesto, de su propia concepción de la democracia, que evidencia en la consabida separación entre Iglesia y Estado. La libertad de conciencia no sólo pasa explícitamente a formar un presupuesto básico de su teoría bien pronto, sino que RAWLS también entiende que, así como ocurre con su fundamento, cualquier limitación sobre la misma sólo puede explicarse por razones de justicia que apelan a lo que todos pueden aceptar y no a premisas metafísicas (*vid.* 1963, esp. 86-95; *cf.* 1971, §§ 33 y 34).

2. Porque si algo en adelante parece tener claro RAWLS, cuyas lecturas sobre la Reforma, lo que la fragmentación de la unidad religiosa que ésta produjo supuso y sus enormes implicaciones políticas y sociales son determinantes al respecto, es que únicamente el recurso a la fuerza a través de los instrumentos que el poder político proporciona puede asegurarle a una doctrina religiosa, filosófica o moral el ser afirmada de forma general y excluyente por todos<sup>20</sup>. Aun sin el empleo de los poderes coercitivos del Estado, cuando una doctrina comprensiva es socialmente compartida de forma mayoritaria, explica RAWLS, tiende ya a tornarse ciertamente asfixiante para quienes no la profesan, y, por tanto, un «acuerdo público», si es que esto puede denominarse así, sobre una concepción de este tipo como base de justificación pública no parece posible sin la amenaza permanente de violentar los derechos más básicos de quienes no compartan esa moralidad oficial (*cf.* 1987: 425).

3. Es así como la reflexión sobre las condiciones sociales e históricas en las que se desarrollan las democracias modernas, entre cuyos orígenes las guerras de religión ocupan precisamente un lugar destacado, y particularmente la interpretación que RAWLS

---

<sup>19</sup> Mucho después RAWLS relacionará los males de la Inquisición con los del Holocausto que tanto le impresionó entonces, al entender no sólo que sin el antisemitismo que creció al abrigo del cristianismo durante siglos anteriores es más que probable que aquél no hubiese ocurrido, sino incluso que la propia visión que Hitler tenía del mundo era perversamente religiosa (*cf.* 1999b: 20 y 22).

<sup>20</sup> Como el propio RAWLS recoge en su trabajo, es precisamente a través de los poderes coercitivos del Estado como, al menos desde Constantino, el cristianismo trató de imponer su doctrina, castigando la herejía, a la que pretendió eliminar a través de la persecución y la guerra, en un «celo persecutorio» que ha sido justamente su «gran maldición» y que no es exclusivo del catolicismo, sino también característico de reformistas como Lutero o Calvino, tan «dogmáticos e intolerantes» en este sentido como entonces la Iglesia Romana (1999b: 21; 1993: xxv).

hace sobre las consecuencias que para la filosofía moral y política tienen estas circunstancias, es la que lleva a RAWLS a asumir lo que él mismo denomina el «hecho del pluralismo» (*cf.* 1982: 17 y ss.; 1982b: 360 y ss.; 1985: 412; y *vid.* 1987: 425, donde se define como tal). RAWLS toma conciencia de que el proceso de racionalización característico de la Modernidad ha generado una diversidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales que, efectivamente, plantea a la filosofía política la cuestión de cómo es posible, dado que ninguna es compartida por todos, construir un consenso fundamental entre personas que sustentan visiones del mundo no sólo diferentes, sino a menudo antagónicas. Como ya se advirtió, RAWLS intenta hacer frente a ese interrogante interpretando su teoría como un modo de «liberalismo político» (*cf.* 1985: 408; 1987, 446; *vid.* 1993, xxxi) y su concepción de la justicia como una concepción «política y no metafísica» (*cf.* 1985: 389).

4. Dentro de su teoría RAWLS interpreta este fenómeno del pluralismo no como una circunstancia desgraciada, sino, en buena medida, como la consecuencia inevitable del ejercicio de la razón práctica en el marco de instituciones libres, suponiendo no sólo que se trata de una característica permanente de la «cultura pública» democrática, sino también que se trata de un «pluralismo razonable» (*vid.* 1993: I, § 6.2, e índice analítico), es decir, integrado por «doctrinas comprensivas razonables» (*vid.* 1993: II, § 3), que aceptan el régimen democrático y su idea de legitimidad política. Pero RAWLS no sólo asume, de forma general y en el plano normativo, que algunas de estas doctrinas razonables son religiosas (1993: xx), sino que también constata que, de hecho, los católicos, de acuerdo con el Concilio Vaticano II<sup>21</sup>, afirman las instituciones políticas de un régimen constitucional, y lo mismo ocurre, según él, con la mayoría de cristianos protestantes, judíos e incluso musulmanes (1998: 621).

5. En vista de las enormes diferencias que, como mínimo a partir la Reforma protestante, semejante diversidad de doctrinas genera, del mismo modo que no parece posible ponerse de acuerdo sobre cuestiones doctrinales, religiosas o morales, tampoco parece razonable pensar que alguna de estas doctrinas pueda proporcionar una base común, y a la vez viable, para articular, como «base de justificación pública compartida en cuestiones de justicia», la concepción política de la justicia de una sociedad democrática. Esto no implica, en absoluto, negar las doctrinas religiosas, filosóficas o morales, ni tampoco rechazar las explicaciones filosóficas sobre la naturaleza de la verdad o el estatuto epistemológico de los valores, sino, simplemente, evitar discutir sobre doctrinas comprensivas y controversias filosóficas, siguiéndose así un «método de evitación» que al «aplicar el principio de tolerancia a la filosofía misma» trata únicamente de formular una concepción política de la justicia (1985: 388, 395; 1987: 434-435).

6. Por tanto, como consecuencia del propio pluralismo, y como, en efecto, ponen de manifiesto los demás «hechos generales» de la sociología política y la psicología humana, entre ellos el antes referido a propósito de la coacción (*cf.* 1987: 425; *vid.* 1989: 474-475, 478; y 1993: 36-38, 58), queda descartada la posibilidad de elaborar una concepción de la justicia capaz de servir como «foco» para un consenso polí-

<sup>21</sup> Según RAWLS, no es hasta dicho Concilio cuando, con la Declaración *Dignitatis Humanae* (1965), la Iglesia Católica se separa indubitablemente de aquel afán persecutorio ya mencionado al comprometerse con el principio de libertad religiosa tal y como se entiende en una sociedad democrática (1999b: 21 y ss.; sobre este cambio doctrinal, *cf.* GARRÁN, 2000: 440-449).

tico básico entre personas que sustentan cosmovisiones diferentes (vid. 1985, 390; vid. más esp. 1987 y 1989) tomando como base cualquiera de las doctrinas comprensivas controvertidas o en litigio.

Como muestran sus escritos, más allá de cuáles fueran sus convicciones, religiosas o no, RAWLS siempre tuvo fe: fe en que una sociedad justa es realmente posible, y por eso, en su madurez y *reinventando* a KANT, confió a la filosofía política la defensa de esa posibilidad. Sea o no un sueño, como bien dijo N. MACCORMICK, «la propuesta merece ser considerada con seriedad» (1982: 90).

## BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, R. M., 2009: «The Theological Ethics of the Young Rawls and Its Background», en *Rawls*, 24-101.
- APEL, K.-O., 1973: «El a priori de la comunidad de comunicación y los fundamentos de la ética», en su obra *La transformación de la filosofía II*, trad. cast. de CORTINA, CHAMORRO y CONIL, Madrid, Taurus, 1985, 341-413.
- BERLIN, I., 1953: *El erizo y la zorra. Tolstoi y su visión de la historia*, trad. cast. de C. AGUILAR, Barcelona, Península, 2009.
- BRUNNER, E., y BARTH, K., 1946: *Natural Theology: Comprising «Nature and Grace» by Professor Dr. Emil Brunner and the Reply «No!» by Dr. Karl Barth*, english traslation by Peter Fraenkel, Eugene (Oregon), Wipf & Stock Publishers, 2002.
- COHEN, J., y NAGEL, Th., 2009: «Introduction», en *Rawls*, 1-23.
- FREEMAN, S., 2003: «Introduction. John Rawls-An Overview», en S. FREEMAN (ed.), *The Cambridge Companion to RAWLS*, Cambridge, Cambridge University Press, 1-61.
- 2007: *Rawls*, London, Routledge.
- 2007b: «Editor's Foreword», en *Rawls*, ix-xvi.
- GARRÁN, J. M.<sup>a</sup>, 2000: «Algunas reflexiones en torno al magisterio de la Iglesia Católica sobre los derechos humanos a partir del Concilio Vaticano II», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. e., t. XVII, 439-462.
- GRAHAM, P., 2007: *Rawls*, Oxford, Oneworld.
- GREGORY, E., 2007: «Before the Original Position: The Neo-Orthodox Theology of the Young John Rawls», *Journal of Religious Ethics*, núm. 35, 179-206.
- HABERMAS, J., 1983: *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. cast. de GARCÍA COTARELO, Barcelona, Península, 1996.
- 1991: *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. cast. de J. MARDOMINGO, Madrid, Trotta, 2000.
- HART, J. W., 2001: *Karl Barth Vs. Emil Brunner: The Formation and Dissolution of a Theological Alliance, 1916-1936 (Issues in Systematic Theology, vol. 6)*, New York, Peter Lang.
- KUKATHAS, Ch., 2003: «General Introduction», en Ch. KUKATHAS (ed.), *John Rawls. Critical Assessments of Leading Political Philosophers*, vol. I, *Foundations and Method*, London, Routledge, 1-21.
- MACCORMICK, N., 1982: *Derecho legal y socialdemocracia*, trad. de GONZÁLEZ SOLER, Madrid, Tecnos, 1990.
- NOZICK, R., 1974: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, Basil Blackwell.
- POGGE, Th., 2007: *John Rawls. His Life and Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press.

- RAWLS, J., 1958: «Justice as Fairness», citado por RAWLS, 1999, 47-72.
- 1963: «The Sense of Justice», citado por RAWLS, 1999, 96-116.
- 1963b: «Constitutional Liberty and the Concept of Justice», citado por RAWLS, 1999, 77-95.
- 1971: *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- 1978: «The Basic Structure as Subject», en A. I. GOLDMAN y J. KIM (eds.), *Values and Morals*, Boston, Reidel, 47-71.
- 1980: «Kantian Constructivism in Moral Theory», citado por RAWLS, 1999, 303-358.
- 1982: «The Basic Liberties and Their Priority», en S. MACMURRIN (ed.), *Liberty, Equality and Law. Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*, Salt Lake City, Utah University Press, 1-87.
- 1982b: «Social Unity and Primary Goods», citado por RAWLS, 1999, 359-387.
- 1985: «Justice as Fairness: Political Not Metaphysical», citado por RAWLS, 1999, 388-414.
- 1987: «The Idea of an Overlapping Consensus», citado por RAWLS, 1999, 421-448.
- 1988: «The Priority of Right and Ideas of the Good», citado por RAWLS, 1999, 449-472.
- 1989: «The Domain of the Political and Overlapping Consensus», citado por RAWLS, 1999, 473-496.
- 1993: *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press.
- 1995: «Fifty Years after Hiroshima», citado por RAWLS, 1999, 565-572.
- 1996: «Introduction to the Paperback Edition», en la reed. de *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, xxxvii-lxii.
- 1997: «The Idea of Public Reason Revisited», citado por RAWLS, 1999, 573-615.
- 1997b: «Assisted Suicide: The Philosophers' Brief», cosigned by R. DWORKIN, Th. NAGEL, R. NOZICK, T. M. SCANLON y J. JARVIS THOMSON, *New York Review of Books*, vol. 44, núm. 5, 27 de marzo.
- 1998: «Commonweal Interview with John Rawls», citado por RAWLS, 1999, 616-622.
- 1999: *Collected Papers*, en S. FREEMAN (ed.), Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- 1999b: *The Law of Peoples*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- 2000: *Lectures on the History of Moral Philosophy*, en B. HERMAN (ed.), Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- 2001: *Justice as Fairness. A Restatement*, en E. KELLY (ed.), Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- 2007: *Lectures on the History of Political Philosophy*, en S. FREEMAN (ed.), Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- 2009: *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith. With «On My Religion»*, en Th. NAGEL (ed.), Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- RODILLA, M. A., 2006: *Leyendo a Rawls*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.
- ROGERS, B., 2002: «John Rawls: Obituary», *The Guardian*, 27 de noviembre.

**UNA DISCUSIÓN CON EUGENIO BULYGIN**

*A DEBATE WITH EUGENIO BULYGIN*



# SOBRE LA EQUIVALENCIA PRAGMÁTICA ENTRE PERMISO Y NO PROHIBICIÓN \*

Eugenio Bulygin<sup>1</sup>

Universidad de Buenos Aires

**RESUMEN.** En este artículo, E. BULYGIN aborda, una vez más, el problema del status lógico de los permisos y de las normas permisivas. BULYGIN defiende la pertinencia de la triple clasificación de los permisos que ofreciera, junto con C. ALCHOURRÓN, en *Normative Systems*. De acuerdo con esta obra, debe distinguirse entre un concepto prescriptivo y dos conceptos descriptivos de permisión (fuerte y débil). La pertinencia y el alcance explicativo de estas distinciones han sido puestos en cuestión en algunos trabajos recientes, y estas «nuevas herejías» —dice E. BULYGIN— «me obligan a empuñar nuevamente la pluma en defensa de la ortodoxia». Esta defensa desemboca en un conjunto de conclusiones, de las que parecen de especial importancia las siguientes: no existe la pretendida equivalencia pragmática sostenida por algunos críticos entre la no prohibición y la permisión; las normas permisivas son normativamente relevantes, pues cumplen múltiples funciones normativas; la concepción del Derecho que comprende reglas y principios subyacentes es irrelevante para el problema de la equivalencia entre regulación negativa (no prohibición) y permisión y para la caracterización de las lagunas normativas; las decisiones judiciales que hacen lugar a la demanda y las que la rechazan son simétricas.

**Palabras clave:** permisos, normas permisivas, permiso prescriptivo, permiso débil, permiso fuerte, lagunas normativas, discreción judicial.

**ABSTRACT.** In this article, E. BULYGIN once again approaches the problem of the logical status of permissions and permissive norms. BULYGIN supports the appropriateness of the triple classification of permissions which he, together with C. ALCHOURRÓN, presented in *Normative Systems*. In accordance with this work, a distinction must be drawn between a prescriptive concept and two descriptive concepts of permission (strong and weak). The appropriateness and the explanatory reach of these distinctions have been questioned in some recent works and, in the words of E. BULYGIN, these «new heresies have made me take up my pen again in defence of orthodoxy». This defence results in a number of conclusions of which the most important appear to be the following: the so called pragmatic equivalence believed by some critics to be found between non-prohibition and permission does not exist; permissive norms are normatively relevant, since they perform numerous normative functions; the conception of law which includes rules and underlying principles is irrelevant both with regard to the problem of equivalence between negative regulation (non-prohibition) and permission, and with regard to the characterization of normative gaps; judicial decisions which admit a claim and those which dismiss it are symmetrical.

**Keywords:** permissions, permissive norms, prescriptive permission, weak permission, strong permission, normative gaps, judicial discretion.

---

\* Fecha de recepción: 5 de marzo de 2011. Fecha de aceptación: 5 de abril de 2011.

<sup>1</sup> Quisiera expresar mi profundo agradecimiento a Cristina Redondo, Jorge Rodríguez y Lars Lindahl por sus críticas y sugerencias que permitieron corregir algunos de (aunque debido a mi obstinación no todos) los errores o formulaciones confusas.

«It has taken me nearly thirty years to see its full significance. And not all logicians and philosophers have seen it even now.»

G. HENRIK VON WRIGHT<sup>2</sup>

(Refiriéndose a la distinción entre normas y proposiciones normativas).

## 1.

El status lógico de los permisos y de las normas permisivas ha sido objeto de muchas dudas y controversias entre los lógicos deónticos y filósofos interesados en normas y conceptos normativos. Muchos autores importantes han sostenido que la permisión no es más que la ausencia de prohibición e incluso han negado la existencia o la relevancia de normas permisivas. Este tema está relacionado con varios problemas claves para la teoría del Derecho, tales como la posibilidad de las lagunas en el Derecho, la completitud del Derecho, el status del famoso principio «Todo lo que no está prohibido, esta permitido», las normas de clausura, la función del juez, la discreción judicial y varios otros.

En *Normative Systems* (en adelante NS)<sup>3</sup> distinguimos con C. ALCHOURRÓN tres conceptos de permiso: un concepto prescriptivo que figura en las normas permisivas y dos conceptos descriptivos que aparecen en las proposiciones normativas, es decir, proposiciones descriptivas (verdaderas o falsas) que versan sobre las normas. La falta de distinción entre normas y proposiciones normativas es la raíz de las dificultades y problemas relacionados con el tema de las normas permisivas y los permisos.

El concepto prescriptivo de permiso se usa para permitir una cierta conducta en determinadas circunstancias. Es un concepto no relativo, sino absoluto, en el sentido que CARNAP da a este término<sup>4</sup>, es decir, no se refiere a una relación, sino a una propiedad. Las normas que permiten o autorizan conductas son llamadas «normas permisivas».

Los dos conceptos descriptivos de permiso son relativos en el sentido de que establecen una relación entre una acción o un estado de cosas ( $p$ ) y un conjunto de normas o sistema normativo ( $\alpha$ ). Cabe distinguir aquí entre un *permiso negativo* o *débil* y un *permiso positivo* o *fuerte*; las respectivas definiciones son las siguientes:

Definición de *permiso negativo*:  $p$  está permitido en el sentido negativo o débil en  $\alpha$  =<sub>df.</sub>  $\alpha$  no contiene ninguna norma que prohíba  $p$ .

Definición de *permiso positivo*:  $p$  está permitido en el sentido positivo o fuerte en  $\alpha$  =<sub>df.</sub>  $\alpha$  contiene una norma que permite  $p$ .

Dicho de otro modo: la expresión «prohibido  $p$ » ( $\langle 0\sim p \rangle$ )<sup>5</sup> admite dos tipos de negación, externa e interna. La *negación externa* de «prohibido  $p$ » ( $\langle 0\sim p \rangle \notin \alpha$ ) significa

<sup>2</sup> G. H. VON WRIGHT, «Value, Norms, and Action in my Philosophical Writings», en G. Meggle (ed.), *Actions, Norms, and Values. Discussions with Georg Henrik von Wright*, Berlin-New York, de Gruyter, 1999, 11-33.

<sup>3</sup> C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, Wien-New York, Springer Verlag, 1971. Versión castellana *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975.

<sup>4</sup> R. CARNAP, *Introduction to Semantics*.

<sup>5</sup> Uso los siguientes símbolos para los operadores deónticos: P (permisión), 0 (obligación) y 0~ (prohibición).

que la norma «prohibido  $p$ » no pertenece a  $\alpha$  (= permisión negativa o débil), mientras que la *negación interna* de «prohibido  $p$ » (« $\sim 0\sim p$ »  $\in \alpha$ ) significa que la norma «no prohibido  $p$ » pertenece a  $\alpha$  (= permisión positiva o fuerte).

Estas distinciones nos permitieron mostrar la ambigüedad del principio «Lo que no está prohibido está jurídicamente permitido» (en adelante *principio de prohibición*), que algunos autores y en especial KELSEN usan para sostener que todo Derecho es necesariamente completo y, por tanto, no puede haber lagunas en el Derecho.

Si el principio es una norma positiva, entonces su existencia (como la de toda norma) es contingente y no puede pertenecer necesariamente a todos los sistemas normativos. Y si es una proposición normativa entonces o bien «permitido» es negativo, en cuyo caso el principio dice que lo que no está prohibido no está prohibido, lo cual es analíticamente verdadero, pero trivial, o bien se trata de un permiso positivo, en cuyo caso el principio es contingente, pues de la ausencia de una norma prohibitiva no cabe inferir la existencia de una norma permisiva<sup>6</sup>.

Con este análisis creímos haber resuelto el problema en forma definitiva, pero esto resultó ser una ilusión. Como ya lo sabía Tomás de Torquemada, el exterminio de las herejías no es tarea fácil.

En consecuencia, algunos años después publicamos con C. ALCHOURRÓN un artículo<sup>7</sup> crítico de las diversas objeciones a la idea de las normas permisivas y de la distinción entre permisos positivos (fuertes) y negativos (débiles), en el que analizamos varios trabajos y en especial las críticas de OPALEK y WOLENSKI<sup>8</sup>, RAZ<sup>9</sup>, A. ROSS<sup>10</sup> y ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG<sup>11</sup>.

Lamentablemente, nuestras respuestas a esas críticas no lograron acallar todas las voces disidentes. Últimamente han surgido nuevas herejías que me obligan a empuñar nuevamente la pluma en defensa de la ortodoxia. En los últimos tiempos varios amigos me han reprochado no haber cambiado mis ideas en los casi cuarenta años que transcurrieron desde la publicación de *NS*, lo cual es cierto... respecto de este tema. Siento mucho parecer testarudo y anquilosado (lo cual no sería tan extraño, dada mi edad), pero sigo pensando que la verdad es atemporal y que el viejo adagio «*amicus Plato, sed magis amica veritas*» conserva su validez.

<sup>6</sup> Esto es lo que BAYÓN llama el trilema de BULYGIN.

<sup>7</sup> C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Permissions and Permissive Norms», en W. Krawietz *et al.* (eds.), *Theorie der Normen*, Berlin, Duncker Humblot, 1984; traducción castellana «Permisos y normas permisivas» en ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 215-238.

<sup>8</sup> K. OPALEK y J. WOLENSKI, «On weak and strong permissions», *Rechtstheorie*, núm. 4 (1973), 169-182.

<sup>9</sup> J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, London, Hutchinson, 1975.

<sup>10</sup> A. ROSS, *Directives and Norms*, London, Routledge and Kegan Paul, 1968.

<sup>11</sup> D. T. ECHAVE, M. E. URQUIJO y R. A. GUIBOURG, *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires, Astrea, 1980, en adelante EUG.

## 2.

La nueva herejía se origina en el conocido libro de M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO *Las piezas del Derecho*<sup>12</sup>, se propaga en un excelente<sup>13</sup> artículo de RUIZ MANERO<sup>14</sup> y alcanza su apogeo en un trabajo de J. C. BAYÓN<sup>15</sup>.

En *Las piezas del Derecho* figura todo un capítulo dedicado a los enunciados permisivos y los permisos. Allí los autores analizan en primer lugar una serie de concepciones de permisos en la teoría jurídica contemporánea: ECHAVE-URQUIJO-GUIBOURG (1980), A. ROSS (1971), VON WRIGHT (1963) y ALCHOURRÓN-BULYGIN (1971), para luego proponer su propia teoría.

Cabe destacar tres tesis en la teoría de ATIENZA y RUIZ MANERO (en adelante ARM), que me parecen harto dudosas y que por tanto merecen especial comentario.

1) La tesis de la equivalencia pragmática entre la regulación permisiva y la ausencia de regulación y la consiguiente tesis de la irrelevancia de las normas permisivas.

2) La tesis del carácter no independiente de permitido respecto de la prohibición y del carácter superfluo de las normas permisivas.

3) La tesis de la equivalencia de no prohibición y la regulación jurídica, consistente en que todas las conductas no prohibidas son consideradas como reguladas por el Derecho.

Ad 1) Dicen ARM:

«Es un lugar común entender que la función más primaria de cualquier sistema normativo es la de guiar la conducta humana. En el caso de las normas de mandato, esta función de guía de la conducta se lleva a cabo estipulando, bien la obligación de realizar una determinada acción  $p$  en un determinado caso  $q$  (o, lo que es lo mismo, la prohibición de omitir realizar  $p$  en  $q$ ), bien la prohibición de realizar  $p$  en  $q$  (o, lo que es lo mismo, la obligación de omitir  $p$  en  $q$ ). Esto es, las normas de mandato, que pueden expresarse bajo la forma de obligaciones o de prohibiciones, ordenan, bien realizar una determinada acción, bien omitirla y, así deslindan la esfera de lo lícito de la de lo ilícito. Por el contrario, las normas permisivas —entendiendo por tales las que permiten en un determinado caso  $q$ , tanto la realización como la omisión de una determinada acción  $p$ — no ordenan nada. Pues bien, cuando nos encontramos frente a una norma de este tipo, frente a una norma que permite la realización y también la omisión de  $p$  en el caso  $q$ , ¿la situación es pragmáticamente equivalente a la que se daría en el supuesto de que no hubiera ni una norma que prohibiera ni una norma que obligara a realizar  $p$  en  $q$ ? ¿Introduce la supuesta norma permisiva algo que no se dé en la mera ausencia de norma o más bien aquélla es pragmáticamente irrelevante?» (91-92).

Estas preguntas son manifiestamente retóricas, pues los autores no dudan de que merecen una respuesta afirmativa.

<sup>12</sup> M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

<sup>13</sup> Como se sabe, la excelencia de un trabajo filosófico no excluye en absoluto que contenga errores.

<sup>14</sup> J. RUIZ MANERO, «Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas», en F. ATRIA *et al.*, *Lagunas en el Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, 105-126.

<sup>15</sup> J. C. BAYÓN, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», en E. BULYGIN, M. ATIENZA y J. C. BAYÓN, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 27-73.

Nosotros ya tuvimos la ocasión de señalar —al contestar la crítica de EUG— que la impresión de que da lo mismo que una conducta esté permitida por una norma (sentido positivo de permiso) o simplemente no prohibida (sentido negativo de «permitido») proviene de considerar las normas aisladas. Cuando se trata en cambio de un conjunto de normas estructuradas jerárquicamente —como ocurre habitualmente en el campo del Derecho— el dictado de una norma permisiva por una autoridad superior suele limitar la competencia de las autoridades inferiores y en este sentido cumple importantes funciones normativas. Pero éste no es el único caso en que las normas permisivas resultan relevantes.

El siguiente experimento mental demuestra claramente que las normas permisivas son normativamente relevantes y de ninguna manera pueden ser consideradas superfluas. Tomemos dos conjuntos de normas  $\alpha$  y  $\beta$ ; ambos conjuntos son consistentes y sólo difieren entre sí en que  $\alpha$  no contiene ninguna norma referente a la acción  $p$ , mientras que  $\beta$  contiene una norma permisiva «Permitido  $p$ ». De acuerdo a la tesis de la equivalencia pragmática, los dos conjuntos son normativamente equivalentes, pues tienen las mismas consecuencias normativas. Ahora bien, si agregamos una misma norma a cada uno de esos conjuntos, los conjuntos resultantes:  $\alpha'$  y  $\beta'$  tendrían que ser normativamente equivalentes. Sin embargo, si la norma que agregamos es «Prohibido  $p$ »,  $\alpha'$  y  $\beta'$  ya no son equivalentes. El agregado de «Prohibido  $p$ » al conjunto  $\alpha$  no genera inconsistencia alguna: la única diferencia es que  $p$  no estaba prohibida en  $\alpha$  y ahora está prohibida en  $\alpha'$ , pero tanto  $\alpha$ , como  $\alpha'$  siguen siendo consistentes. En cambio, el agregado de la misma norma «Prohibido  $p$ » al conjunto  $\beta$  produce una inconsistencia en el conjunto  $\beta'$  pues las normas «Permitido  $p$ » y «Prohibido  $p$ » son incompatibles. Esto demuestra, a mi modo de ver en forma concluyente, que las normas permisivas producen efectos normativos y por tanto la *ausencia de regulación no es pragmáticamente equivalente a la regulación permisiva*.

Ad 2) Tengo la impresión de que toda la argumentación de ARM respecto del carácter no independiente de la permisión, basada en que el papel de las normas permisivas puede ser exitosamente cumplido por normas de obligación o de prohibición, se origina en un malentendido. Aparentemente ARM piensan que las normas permisivas sólo pueden ser expresadas en términos de «permitido» y si son formuladas en términos de «prohibido» o de «obligatorio» dejan de ser normas permisivas. Pero esto es un error. Ya LEIBNIZ había observado que los términos «prohibido», «obligatorio» y «permitido» son interdefinibles con la ayuda de la negación y desde VON WRIGHT (1951)<sup>16</sup> se sabe que las normas pueden expresarse usando cualquiera de esos términos como primitivo y definir los demás a partir él. La interdefinibilidad de los operadores deónticos sólo significa que tanto las normas imperativas, que establecen prohibiciones y obligaciones, como las normas permisivas, que autorizan la realización o la omisión de una acción, pueden ser formuladas en términos de prohibición, obligación o permisión, indistintamente. Pero esto no significa que las normas permisivas sean reemplazables por las normas de prohibición o de obligación o reducibles a ellas. La diferencia entre los dos grandes grupos de normas: *normas imperativas* (o mandatos en la terminología de ARM) y *normas permisivas* no depende de los términos que se usen para formularlas y una norma como «Permitido  $p$ » (« $Pp$ ») sigue siendo permisiva y no

<sup>16</sup> G. H. VON WRIGHT, «Deontic Logic», *Mind*, núm. 60, 1-15.

pierde ese carácter, aunque se la formule en términos de prohibición como «No prohibido  $p$ » o de obligación «No obligatorio no  $p$ », de la misma manera como la norma «No permitido  $p$ » es imperativa y no permisiva, aunque en ella no figure el término «prohibido».

Por ejemplo, las expresiones «Permito que se cierre la ventana si llueve» o «No prohíbo que se cierre la ventana si llueve» o «No obligo (no ordeno) no cerrar (omitir cerrar) la ventana si llueve»<sup>17</sup> son formulaciones distintas de la misma norma permisiva. Ninguna de esas formulaciones expresa un imperativo (o mandato): son claramente normas permisivas, aun cuando en ellas no figura el término «permitido». En general, todo sistema de lógica deóntica que admite la negación delante del operador deóntico  $O$  reconoce la existencia de normas permisivas<sup>18</sup>. De modo que la traducción de las normas permisivas en normas en las que no figura el término «permitido» no prueba en absoluto que el carácter permitido no sea independiente respecto de la prohibición u obligación, ni que las normas permisivas sean teóricamente superfluas.

El error de considerar que las normas formuladas en términos de prohibición (u obligación, que es lo mismo) no pueden ser permisivas se pone de manifiesto en el siguiente párrafo (referido a ALCHOURRÓN y BULYGIN):

«Que una determinada conducta pueda estar simultáneamente permitida en el sentido fuerte y prohibida por parte de dos normas distintas del mismo sistema equivale a decir que los sistemas normativos pueden contener antinomias, lo cual es, a nuestro juicio, indiscutible. Pero esto, por sí solo, no es argumento suficiente para considerar lo que ellos llaman permiso prescriptivo como un carácter independiente de las normas, pues esa situación también se podría describir —sin necesidad de hacer referencia a permisos— como una antinomia entre dos normas, una de las cuales prohíbe una determinada conducta en un determinado caso, *mientras que la otra niega esta prohibición (esto es, tendría la formulación "no prohibido  $p$  en el caso  $q$ ")*» (101-102). El subrayado es mío.

Y unas líneas más abajo ARM niegan que la introducción de una norma permisiva sea algo distinto de la negación o cancelación de prohibiciones. A esta altura de las cosas ya debería estar claro que una norma que no prohíbe  $p$  en el caso  $q$  no es un mandato, ni una prohibición. Una norma que niega o cancela una prohibición es precisamente una norma permisiva (cualesquiera que sean los términos en que se la formule).

En términos generales, las fórmulas expresivas de normas (y no de meras proposiciones normativas) de la forma « $\sim Op$ » y « $\sim O\sim p$ » son normas permisivas equivalentes a « $P\sim p$ » y « $Pp$ », así como la negación delante del operador  $P$  convierte a la norma permisiva en una prohibición.

Ad 3) La tesis de que todas las conductas no prohibidas por el Derecho son *ipso facto* reguladas por el Derecho como permitidas (ARM, 106) es más que dudosa. De «To-

<sup>17</sup> Uso en estos ejemplos el imperativo en primera persona para subrayar que se trata de normas y no de proposiciones normativas. Como se sabe, las expresiones «es obligatorio», «está prohibido» o «está permitido» son ambiguas y tienen un significado diferente según si figuran en normas o en proposiciones normativas. Por supuesto en algunos casos la formulación usada en estos ejemplos resulta un tanto alambicada, pero el uso del imperativo en primera persona elimina esa ambigüedad.

<sup>18</sup> Si no recuerdo mal, esto se lo señalé a ATIENZA y a RUIZ MANERO en una discusión verbal en su famoso seminario de Alicante en 2002.

das las conductas están prohibidas o no prohibidas» no cabe inferir que todas las conductas están reguladas por el Derecho. En esta frase «no prohibido» puede referirse a las conductas *reguladas* como no prohibidas o a *todas* las conductas que no estén prohibidas. En el primer caso puede tratarse de conductas obligatorias o permitidas; en el segundo caso, puede tratarse de conductas no reguladas en absoluto. En ninguno de los casos se puede inferir que *todas* las conductas no prohibidas están reguladas como permitidas.

El siguiente ejemplo puede servir para aclarar la situación: De la verdad de «Todas las cosas son azules o no son azules», no cabe inferir que todas las cosas tienen color. Decir que todas las cosas que no son azules tienen color nos llevaría a afirmar que los pensamientos, las leyes y las fórmulas matemáticas tienen color, ya que ciertamente no son azules. El término «no-azul» puede referirse aquí a las cosas que tienen color, pero no son azules. Esto es lo que los escolásticos llamaban términos privativos y los distinguían de los términos indefinidos. Pero si nos referimos irrestrictamente a todas las cosas, el término «no-azul» es indefinido (se refiere a todas las cosas que no son azules) y con este significado «no-azul» no se refiere a una propiedad cromática, y por consiguiente «no-azul» no es un color.

Lo mismo sucede con «no prohibido»: si nos referimos a las conductas reguladas, «no prohibido» es una propiedad, la propiedad de estar regulado y no prohibido (es decir, permitido en el sentido positivo o fuerte), pero aplicado a todas las conductas (aun a las que no están reguladas) el término es indefinido. Así como «no-azul» no es un color, «no-prohibido» no es una regulación normativa.

Se trata aquí de un problema de larga data: el problema de los términos negativos. Los escolásticos distinguían entre dos tipos de términos negativos: los privativos y los indefinidos. Los términos indefinidos eran considerados como meras ficciones, ya que en ellos no hay una genuina atribución de una propiedad a un sujeto y para ellos no vale la ley de Tercero Excluido. El mismo ARISTÓTELES dice (en *De Interpretatione*, II, 16<sup>a</sup>, 30) que la expresión «no-hombre» no es un nombre y agrega que se la podría llamar nombre indefinido.

Como señala ALCHOURRÓN<sup>19</sup>, el mismo problema se ha planteado en la moderna teoría de los conjuntos con la clase de todos los objetos que no pertenecen a una clase dada, clase cuya existencia es rechazada por la mayoría de las teorías de conjuntos, debido a las conocidas paradojas que fueron descubiertas al principio del siglo pasado.

Si el término «no-prohibido» se refiere a la clase de todas las conductas que no están prohibidas (estén o no reguladas) obtenemos una clase a la que pertenece todo lo que no pertenece a una clase dada, cuya existencia difícilmente sea aceptable.

Si aceptamos —como es razonable— que el universo de conductas posibles puede dividirse en dos grandes grupos: conductas reguladas por el Derecho y conductas no reguladas, entonces la dicotomía «prohibido-no prohibido» (todas las conductas están prohibidas o no prohibidas) vale para las conductas reguladas, pero no para todas las conductas irrestrictamente, y de la mera ausencia de prohibición no cabe inferir que la conducta esté regulada como permitida.

<sup>19</sup> C. E. ALCHOURRÓN, «Negación y tercero excluido», *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. VII, núm. 1, marzo de 1981, reproducido en ALCHOURRÓN-BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 561-565.

## 3.

La misma idea de la equivalencia pragmática entre la ausencia de regulación y la regulación permisiva aparece en forma aún más acentuada en RUIZ MANERO (2005)<sup>20</sup>:

«Las acciones no reguladas son precisamente eso, acciones no reguladas y, por ello, carentes de *status* normativo. Ahora bien, ¿qué implica decir de una acción que carece de *status* normativo en relación con un cierto sistema de normas? Quiere decir que esa acción no se ve afectada por ninguna norma de ese sistema. O, dicho de otra forma, que —al igual que ocurre con la permisión expresa— ninguna norma de ese sistema es violada por el sujeto tanto si realiza la acción como si se abstiene de realizarla. En este sentido, la disponibilidad de la acción para el sujeto, en relación con ese sistema de normas, es la misma tanto si la acción no esta regulada por el sistema como si la acción está permitida por el sistema. El sistema no impone restricción alguna sobre la conducta en ninguno de ambos casos» (118).

Los argumentos expuestos anteriormente (Ad1) deberían ser suficientes para refutar esta tesis, pero el mismo RUIZ MANERO —y esto es lo curioso del caso— se encarga en suministrar varios ejemplos de normas permisivas que sí son relevantes, pues producen importantes efectos normativos. Dice RUIZ MANERO que una norma permisiva puede cancelar una prohibición, exceptuar una prohibición, aclarar que un cierto caso no está comprendido en el alcance de una prohibición o introducir indirectamente una prohibición (19). Esto es claramente incompatible con la afirmación de que las normas permisivas son irrelevantes.

Su conclusión es:

«... la relevancia de las reglas permisivas parece poder explicarse enteramente en términos de reglas prohibitivas, de derogación o de excepción de las mismas y de definiciones. Así pues, por este lado, no parece haber dificultad para la tesis de que la ausencia de regulación (de prohibición) y la permisión son situaciones equivalentes para el sujeto» (19).

A esto cabe observar, primero, que —como ya se ha argumentado— tales normas son permisivas aun cuando estén formuladas en términos de prohibición, cancelación o derogación y segundo, una cosa es que en ciertas situaciones la ausencia de regulación y la permisión sean equivalentes para el sujeto y otra muy distinta que haya una equivalencia pragmática en todas las situaciones y que las normas permisivas sean normativamente irrelevantes o superfluas en el sentido de que son reducibles a normas imperativas.

RUIZ MANERO, además de radicalizar las tesis expuestas en *Las piezas del Derecho*, insiste en sostener que las normas imperativas son capaces de realizar todas las funciones de las normas permisivas, por lo cual la sustitución de las normas permisivas por normas imperativas (normas que establecen prohibiciones u obligaciones) puede llevarse a cabo en todos los contextos sin pérdida de significado.

Dejando de lado la cuestión de que todas las normas mediante las cuales RUIZ MANERO pretende sustituir las normas permisivas no son —pese a las apariencias—

<sup>20</sup> J. RUIZ MANERO, «Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas», en el libro citado en la nota 14, 103-126.

imperativas, sino permisivas con ropaje imperativo, es bastante fácil probar que hay funciones que sólo pueden ser desempeñadas por normas permisivas. En *NS* hay un claro contraejemplo de esa tesis: las normas de clausura tienen que ser permisivas, si se quiere preservar la consistencia del sistema. Pues si la norma de clausura prescribiera que todas las conductas no normadas deben ser consideradas prohibidas u obligatorias, surgirían contradicciones en los casos en que la omisión o la comisión de una conducta no estén normadas. Agradezco a P. NAVARRO, quien en un artículo reciente (todavía inédito) ha llamado mi atención sobre este caso, que prueba en forma concluyente que el papel que cumplen las normas permisivas en ciertos contextos no puede ser cumplido por normas imperativas.

Hay otra línea de pensamiento en RUIZ MANERO que creo no hace al problema de la equivalencia pragmática. Ésta es la idea proveniente de SCHAUER<sup>21</sup> (y en la que —como veremos luego— insiste mucho BAYÓN) de que el Derecho está constituido por dos niveles normativos: reglas y sus principios subyacentes. Analizaré la incidencia de esta idea en el próximo párrafo.

#### 4.

El trabajo de BAYÓN de 2009 se centra en dos temas: la naturaleza del principio «todo lo que no está prohibido, está permitido» y la discrecionalidad judicial. Ambos temas están íntimamente relacionados, y la idea de BAYÓN es que esta relación consiste en que los dos están basados en la tesis de la equivalencia pragmática entre la ausencia de regulación y la regulación permisiva.

Respecto del primer tema BAYÓN rechaza el dilema entre trivialidad y contingencia del principio de prohibición y sostiene que hay una tercera posibilidad, a saber, que el principio sea verdadero y no trivial. Su verdad no sería analítica: «permitido» no quiere decir simplemente no prohibido, pues en tal caso el principio sería trivial; tampoco sería una verdad empírica, en cuyo caso sería contingente. Pero BAYÓN es muy categórico en afirmar que «el principio de prohibición podría ser interpretado en un sentido que expresaría una verdad no contingente y no trivial»<sup>22</sup>. Es decir, se trataría de una verdad necesaria (no contingente), pero no analítica (no trivial). Esto sugiere la idea de juicios sintéticos a priori kantianos. La posibilidad de juicios sintéticos y necesarios es discutible, pero como BAYÓN, a diferencia de KANT, no dice nada para justificarlos, prefiero no insistir en este punto.

En su trabajo, BAYÓN se declara ferviente partidario de la tesis de la equivalencia pragmática que es la base para rechazar tanto el «trilema de BULYGIN» (35), como la discrecionalidad judicial. BAYÓN me atribuye dos equívocos que impedirían ver que el principio de prohibición es una verdad necesaria y no trivial: la falta de distinción entre calificaciones normativas explícitas y calificaciones normativas finales o concluyentes por un lado y la no distinción entre «permisos protegidos» y «permisos no protegidos», por el otro (35).

<sup>21</sup> F. SCHAUER, *Playing by the Rules, A Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

<sup>22</sup> BAYÓN, 2009: 35.

## 5.

Respecto del primer punto referente al doble carácter del Derecho, constituido por reglas o normas explícitamente formuladas y los principios que constituyen las justificaciones subyacentes a las formulaciones normativas explícitas, cabe hacer varias observaciones.

En primer lugar, se trata de un problema que concierne a la identificación de las normas jurídicas a partir de ciertas formulaciones normativas, es decir, de la interpretación de textos jurídicos. Esto no tiene nada que ver con la tesis de la equivalencia pragmática entre la no prohibición y la permisón, ni con el principio de prohibición.

BAYÓN reconoce que se trata de la identificación de las normas jurídicas, entendidas como significados de ciertas expresiones lingüísticas. Coincido con él cuando dice que «la identificación del Derecho puede ser vista como un proceso de explicitación —no de creación o pura invención— de normas» y que los principios subyacentes pueden «suponer *en algunos casos* la ampliación o la restricción» del tenor literal de las normas expresas, y que «pueden aclarar y zanjar problemas de indeterminación de los que adoleciese su formulación». (Los subrayados son míos.) Pero no creo que puedan «incluso regular casos no contemplados expresamente por ninguna de dichas prescripciones»<sup>23</sup>. Esto último supone ya no una mera explicitación, sino la creación de nuevas normas.

Ahora bien, tal como fueron definidos en *NS* los conceptos de sistema normativo, laguna normativa, completitud, contradicción normativa, etc. son *conceptos relativos*, esto es, se trata de relaciones entre un conjunto de situaciones fácticas (casos), un conjunto de calificaciones deónticas de ciertas conductas (soluciones) y un conjunto de *normas*, es decir, de *formulaciones normativas interpretadas*. Lo cual implica que el proceso de la determinación o identificación de esas normas ya se ha cumplido; antes de haber identificado esas normas no tiene sentido hablar de lagunas o contradicciones normativas. Por consiguiente, el tema del doble carácter del Derecho y de los principios subyacentes está fuera del ámbito de nuestro tema, salvo que uno crea que el balance entre los principios conduce necesariamente a un conjunto de normas que solucionen todos los casos posibles, es decir, a sistemas cerrados. Es cierto que algunos autores parecen pensar esto; así por ejemplo J. AGUILÓ afirma:

«En el nuevo paradigma [postpositivista] no hay casos relevantes no regulados, pues en los sistemas jurídicos no sólo hay reglas, sino también principios»<sup>24</sup>.

Pero esto no es más que una ilusión. En realidad nada garantiza —como lo subraya el mismo BAYÓN— que el balance de reglas y principios conduzca necesariamente a un resultado unívoco, es decir, a la completitud de todos los sistemas posibles.

Con esto no pretendo negar la existencia de los principios o razones justificativas subyacentes a las formulaciones normativas del legislador (aunque tengo la impresión de que su importancia ha sido fuertemente exagerada por autores como DWORKIN

<sup>23</sup> BAYÓN, 2009: 49-50.

<sup>24</sup> J. AGUILÓ, «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras», *Doxa*, núm. 30, 2007: 665-675, 673.

o ALEXY), pero considero que su existencia no incide en absoluto en el tema de la equivalencia pragmática. Lo único que hace la introducción de principios es ampliar la cantidad de normas: partiendo de un conjunto (normas formuladas expresamente) llegamos a otro conjunto más amplio formado por las calificaciones definitivas resultantes del famoso balance, pero nada permite pensar que el nuevo conjunto será necesariamente completo.

En este contexto conviene recordar lo que SCHAUER dice acerca del papel de los principios subyacentes y su incidencia en la toma de decisiones basada en reglas<sup>25</sup>. Para SCHAUER, una regla no puede emplearse como fundamento de una decisión si no se la trata como relativamente «opaca» respecto de su justificación subyacente, esto es, si no se la considera «atrincerada» o consolidada respecto de las razones que pudieran justificar su formulación. La formulación verbal de cualquier regla general tendrá casos de subinclusión y también de sobreinclusión respecto de su justificación subyacente, frente a los cuales, si se opta siempre por la solución que resulta de las razones que justifican la regla y no por la que resulta directamente de ella, no se estará fundando la decisión en la regla, sino en tales razones. De esto cabe concluir que, tratándose de normas generales creadas deliberadamente y formuladas en un lenguaje, si no se quiere desconocer el papel que las reglas desempeñan en la toma de decisiones, la autoridad debe ser asignada al texto y no a su autor, a la ley y no al legislador.

En segundo lugar, tenemos que considerar el caso de una laguna normativa que es especialmente interesante en este contexto.

El concepto de laguna normativa, tal como está definido en *NS*, supone un caso genérico no correlacionado por un determinado conjunto de normas (sistema normativo) con una solución maximal, es decir, no hay ninguna norma (ni formulada, ni derivada) en ese sistema normativo que solucione (en forma completa) este caso. Digo que este caso es especialmente interesante porque es aquí donde el tema del principio de prohibición se vincula con el de la discrecionalidad judicial y con el tema de la simetría o asimetría entre una sentencia que acoge la demanda y la que la rechaza. He sostenido en el seminario de Madrid<sup>26</sup> la tesis que ya se encuentra en *NS*: en un proceso civil (en sentido amplio, que sólo excluye los procesos penales)<sup>27</sup> el juez debe fallar a favor del actor cuando hay una norma jurídica que establece que el demandado debe realizar la conducta exigida por el demandante y debe rechazar la demanda cuando hay una norma que permite al demandado no hacer lo que el actor pretende que haga. Pero en ausencia de toda norma referida a la conducta del demandado (que es el caso de una laguna normativa) el juez no tiene ninguna obligación específica; sólo tiene la obligación de juzgar, es decir, de resolver el pleito, pero lo puede hacer de cualquiera de las dos formas en que se resuelven los procesos normativos: haciendo lugar a la demanda o rechazándola. Se trata, pues, de una situación en la

<sup>25</sup> *Cfr.* F. SCHAUER, 1991.

<sup>26</sup> *Cfr.* E. BULYGIN, «Creación judicial del Derecho», en el volumen citado en la nota 15.

<sup>27</sup> Siempre que se trate del Derecho penal liberal que contiene una regla de clausura que reputa penalmente lícitas aquellas conductas que no han sido objeto de reproche penal previo. Tal regla es obviamente contingente, pues es el producto de una ideología política, y aunque está bastante difundida en la legislación penal actual, no sólo en el pasado, sino aún hoy, lamentablemente dista mucho de gozar de reconocimiento universal.

que el juez puede decidir discrecionalmente. Esta tesis implica la simetría entre una sentencia condenatoria y una sentencia denegatoria; en ambos casos la decisión del juez (norma individual) para estar justificada debe estar basada en una norma general que soluciona el caso genérico. Y si no hay tal norma, si estamos en presencia de una laguna normativa, el juez debe invocar alguna otra norma general (que por hipótesis no forma parte del Derecho preexistente) para justificar su decisión, haciendo uso de sus poderes discrecionales.

Frente a esto Bayón sostiene que:

«... aunque el ordenamiento no establezca nada respecto al caso, no se sigue de ello que el juez tenga discreción para decidir en la forma que estime conveniente, sino que tiene el deber de fallar en un sentido perfectamente determinado: en el de desestimar cualquier demanda que pretenda que la realización de la conducta es obligada o está prohibida. La conclusión a la que llega BULYGIN me parece sumamente contraintuitiva. Sostener que cuando alguien pretende hacer valer un derecho que (por hipótesis) no tiene el ordenamiento deja al juez en la posición de decidir discrecionalmente si acoge o no semejante pretensión tiene que ser, en mi opinión, el producto de algún serio malentendido» (39).

Si mi amigo BAYÓN me acusa de incurrir en un serio malentendido, yo podría acusarlo de ignorar cómo los jueces resuelven tales casos. Con bastante frecuencia los jueces civiles prohíben conductas no prohibidas por el Derecho y también ordenan a realizar acciones que no son obligatorias.

Consideremos el siguiente caso real: en el Derecho argentino no existe una norma legislada que prohíba a un abogado a intervenir como letrado patrocinante en un juicio de divorcio entre sus padres. En un caso en que el hijo de la pareja quiso patrocinar a su madre, en un fallo plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Civil los jueces lo prohibieron invocando la norma que prohíbe que el hijo sea testigo en un juicio penal contra sus padres. La norma era claramente inaplicable: no se trataba de un juicio penal y el letrado patrocinante no es testigo. La razón subyacente a la prohibición es que los testigos juran decir la verdad (cosa que no ocurre con los abogados) y entonces en el caso de que el padre haya cometido un delito, no se quiere colocar al hijo en el dilema de contribuir a la condena de su padre (si dice la verdad) o a cometer el delito de falso testimonio si miente. Pero ninguna de esas circunstancias concurre en el caso del abogado patrocinante. La norma aplicada «por analogía» claramente no era análoga. No creo que se pueda sostener que los principios subyacentes obligaban a los jueces a dictar la sentencia prohibitiva. Y tampoco se puede afirmar que se trataba de una conducta que el Derecho no regula ni pretende regular. Yo describiría lo que hicieron los jueces como un típico caso de decisión discrecional.

Para reforzar lo dicho, podemos recurrir al muy novedoso ejemplo del poseedor de buena fe que obtuvo un inmueble por título oneroso. Supongamos, además, que el sistema que manejamos no contiene ninguna norma referente al caso (por ejemplo, podría tratarse de los arts. 2777 y 2778 del Código Civil argentino). Si el propietario demanda la devolución del inmueble, basándose en que como legítimo propietario tiene derecho a reivindicar el bien y el demandado alega que puede no devolverlo por ser poseedor de buena fe por título oneroso, no veo por qué el juez tenga que rechazar necesariamente la demanda. F. ATRIA (un precursor y cercano aliado de RUIZ MANERO y de BAYÓN) dice que el demandado no violó ninguna norma y, por tanto, no corres-

ponde modificar la posición jurídica. Pero ¿cuál es la posición jurídica que el juez tiene que preservar, la del poseedor o la del propietario? Si el juez hace lugar a la demanda, obliga al poseedor a devolver el inmueble sin que haya ninguna norma que lo respalde, y si la rechaza limita el derecho a la propiedad y otorga al poseedor un derecho (el derecho a retener el bien) que antes no tenía. En ambos casos su decisión culmina en una norma. Y en ninguno de los dos casos hay una norma preexistente que resuelva el problema. No se ve ninguna razón ni implícita ni subyacente que obligue al juez a tomar una de las dos decisiones disponibles. En consecuencia, su decisión es discrecional en el sentido de que ninguna de las dos está fundada en el derecho preexistente.

## 6.

Aquí llegamos al segundo equívoco que me atribuye BAYÓN. Éste consistiría en negar que la ausencia de regulación (entendida incluso como concluyente) equivalga a la regulación permisiva (67) y esto resultaría, según BAYÓN, de la falta de distinción entre permisos protegidos y no protegidos. Ahora bien, él admite que si se tratara de un permiso protegido, entonces la objeción sería «certera» (68), pero insiste que no lo es porque se trata de un permiso no protegido. Un permiso protegido se diferencia del permiso no protegido en que el primero consiste en que está prohibido a los demás interferir con la conducta permitida, mientras que tal prohibición no se da en el caso del segundo. BAYÓN admite (69) que no existe la alegada equivalencia pragmática entre la ausencia de prohibición y el permiso protegido, pero cree que hay equivalencia entre la no prohibición y el permiso no protegido. Pero al mismo tiempo afirma que el permiso no protegido «no es sin embargo un permiso vacío o carente de consecuencias: porque tiene al menos la de negar que en una situación semejante el juez tenga discreción para decidir» (72).

Si esto es así tiene que haber alguna norma que obligue al juez a rechazar la demanda dirigida a una conducta no prohibida que constituye un permiso no protegido. Pero una norma de esas características no puede surgir misteriosamente de la simple ausencia de regulación. La existencia de tal norma —como de toda norma— es contingente, y si no la hay, el permiso no protegido no es algo distinto de la mera ausencia de una prohibición y, por tanto, contrariamente a lo sostenido por BAYÓN, vacío y carente de consecuencias normativas.

Más aún, la tesis de BAYÓN conduce a consecuencias altamente paradójicas. En efecto, si hay equivalencia pragmática entre la no prohibición y el permiso no protegido y este último es regulado (pues excluye la discreción del juez), entonces resulta que todo caso que por hipótesis no está regulado (mera no prohibición), está regulado. Y si se toma en serio la afirmación de que el permiso no protegido implica ciertas consecuencias normativas resulta que todo caso para el cual por hipótesis no hay consecuencias normativas en el sistema (caso no prohibido), en realidad tiene consecuencias normativas en el sistema (por ser un caso de permiso no protegido).<sup>28</sup> Creo que estas consecuencias son inaceptables.

<sup>28</sup> Agradezco a Cristina Redondo el haberme sugerido esta última observación crítica.

## 7.

Las conclusiones que cabe sacar de este trabajo son:

1. No existe la pretendida equivalencia pragmática entre la no prohibición y la permisión.

2. Las normas permisivas son normativamente relevantes, pues cumplen múltiples funciones normativas.

3. La tesis de que las normas permisivas son teóricamente superfluas en el sentido de que pueden ser reemplazadas por normas imperativas sin pérdida de sentido es insostenible.

4. En vista de la interdefinibilidad de los operadores deónticos (O y P) con ayuda de la negación, las normas permisivas pueden ser expresadas en términos de negación de prohibición o de obligación, sin convertirse en normas imperativas, así como las normas imperativas (prohibiciones y mandatos) pueden expresarse en términos de (la negación de la) permisión.

5. La concepción del Derecho que comprende reglas y principios subyacentes es irrelevante para el problema de la equivalencia entre regulación negativa (no prohibición) y permisión y para la caracterización de las lagunas normativas.

6. La interpretación de la conducta no prohibida en términos de permisos no protegidos es incompatible con la tesis de la equivalencia pragmática y no precluye la posibilidad de la discrecionalidad judicial.

7. Los jueces civiles pueden, en uso de sus poderes discrecionales, prohibir conductas no prohibidas por el Derecho y ordenar la realización de conductas no obligatorias y lo hacen con relativa frecuencia.

8. Las decisiones judiciales que hacen lugar a la demanda y las que la rechazan son simétricas en el sentido de que ambas contienen normas individuales y toda norma individual requiere para su justificación normas generales.

9. No se advierte de qué manera se puede eludir el dilema entre la analiticidad (trivialidad) y la contingencia del principio de prohibición, que en ningún caso puede ser necesario (no contingente) y no analítico.

# SEGUIMOS DISCUTIENDO SOBRE PERMISOS Y CONCEPCIONES DEL DERECHO \*

Juan Ruiz Manero

*Universidad de Alicante*

**RESUMEN.** En este trabajo, el autor replica al artículo de E. BULYGIN «Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición», que se publica en este mismo número de *Doxa*. Las críticas del autor a E. BULYGIN se pueden reconducir a estas dos: primero, la actitud de BULYGIN respecto a las creencias compartidas por los juristas implica ignorar que el Derecho pertenece a la categoría de los hechos institucionales; segundo, permiso positivo y no prohibición son pragmáticamente equivalentes en relación con la conducta objeto de la permisión expresa o de la no prohibición; para poder dar cuenta de las diferencias pragmáticas entre diversos tipos de permisos hay que introducir las distinciones entre permisos *prima facie* y permisos concluyentes y entre permisos no protegidos y permisos protegidos.

**Palabras clave:** E. BULYGIN, permisos fuertes, permisos débiles, permisos *prima facie*, permisos concluyentes, permisos protegidos, permisos no protegidos, lagunas en el Derecho.

**ABSTRACT.** In this paper, the author replies to the article by E. BULYGIN «On the Pragmatic Equivalence between Permission and Non-prohibition», published in this issue of *Doxa*. The criticism the author directs at E. BULYGIN can be summarized in these two points: firstly, BULYGIN's attitude with regard to beliefs shared by the legal community means ignoring that law belongs to the category of institutional facts, and secondly, positive permission and non-prohibition are pragmatically equivalent in relation to the behaviour which is the object of explicit permission or of non-prohibition; to be able to account for the pragmatic differences between various types of permissions we need to use the distinctions between *prima facie* permissions and conclusive permissions, and between unprotected permissions and protected permissions.

**Keywords:** E. BULYGIN, strong permissions, weak permissions, *prima facie* permissions, conclusive permissions, non-protected permissions, protected permissions, legal gaps.

---

\* Fecha de recepción: 15 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2011.

## 1.

Pocas cosas he hecho en mi vida profesional más estimulantes, en las que haya aprendido tanto y de las que haya disfrutado más que discutir con E. BULYGIN. En una conversación con M. ATIENZA que nuestros compañeros de Alicante juzgaron en general algo impúdica y que publicamos hace algo más de un año<sup>1</sup>, tuve ocasión de señalar que llevaba veinte años discutiendo con Eugenio y que no excluía la posibilidad de nuevos *rounds*. Y hete aquí que el trabajo de Eugenio que se publica en este mismo número de *Doxa* —«Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición»— viene a iniciar y a exigir este nuevo *round*. Y, por lo que acabo de decir, se comprenderá que ello me sitúa en la poco lamentable posición de aquel que actuaría mal, y daría pie a críticas justificadas, si no hiciera aquello que le gusta hacer, aquello que le estimula, de lo que aprende y que le hace disfrutar. O sea, replicar, una vez más, a Eugenio.

Pues bien: a lo largo de mis discusiones con Eugenio he tenido ocasión de aludir a dos rasgos generales de su teoría del Derecho que, a mi juicio, muestran la inadecuación de la orientación, asimismo general, de la misma. El primero de estos rasgos es la incapacidad de la teoría del Derecho de Eugenio para dar cuenta de las controversias entre los juristas, relativas a cuál sea la solución jurídicamente correcta de unos u otros casos, genéricos o individuales. Pues, a juicio de Eugenio, no hay, a este respecto, controversias jurídicas genuinas: el Derecho, en aquellos supuestos en que no determina incontrovertiblemente la solución para el caso, concede discreción para optar entre soluciones que vienen a ser todas ellas equivalentes en cuanto a su justificación jurídica; las discrepancias en torno a ellas no serían sino expresiones de distintas preferencias personales ajenas al Derecho. Discutir lo que el Derecho exige en relación con un cierto caso sería, de este modo, una empresa intelectual sencillamente equivocada de raíz. Pues, o no hay nada que discutir porque el Derecho contiene una solución incontrovertible para el caso o no hay nada que discutir porque es incontrovertible que el Derecho no contiene una solución para el caso, sino varias y que, para elegir entre ellas, el mismo Derecho no proporciona guía alguna. Lo primero —que el Derecho contenga una solución incontrovertible para el caso— ocurre si el Derecho contiene una regla en la que subsumir el caso; lo segundo —que sea incontrovertible que el Derecho no contiene una solución para el caso y que el operador tiene discreción para elegir, en forma no guiada por el Derecho, entre varias soluciones con el mismo grado de justificación jurídica— ocurre en los supuestos de laguna normativa, de antinomia y de laguna de reconocimiento<sup>2</sup>. Una parte bien sustancial del discurso de los juristas obedecería, así, a un puro malentendido y debería arrojarse, como tal, al basurero de los sinsentidos. Y otro tanto cabría decir de los metadiscursos que, como la teoría de la argumentación jurídica, tratan de ofrecer pautas que guíen ese discurso de los juristas.

<sup>1</sup> «A modo de epílogo: Una conversación sobre teoría del Derecho y otras varias cosas», en M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2009.

<sup>2</sup> Un exposición y crítica de las diferentes modalidades de relación entre casos y normas en la teoría de BULYGIN (y ALCHOURRÓN) puede verse en J. RUIZ MANERO, «Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas», en F. ATRIA, E. BULYGIN, J. J. MORESO, P. NAVARRO, J. RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005.

El segundo de los rasgos generales de la teoría del Derecho de Eugenio al que hacía referencia viene a consistir en aquello que justifica al primero de estos dos rasgos: pues la creencia de los juristas en que hay discrepancias jurídicas genuinas, en que, cuando ellos mismos discuten cuál es la solución correcta de un caso, están discutiendo acerca de lo que el Derecho exige para ese caso y no meramente exhibiendo sus preferencias personales, no es la única creencia de los juristas que no debemos tomar en serio. Las creencias compartidas por los juristas no determinan de ningún modo, de acuerdo con Eugenio, cómo sea el Derecho y pueden estar por ello completamente equivocadas: tan equivocadas como las de los químicos (o los alquimistas) acerca de la composición de un trozo de materia o las de los biólogos (o los teólogos) acerca de la evolución de las especies. En este sentido Eugenio ha señalado enfáticamente, replicando a C. REDONDO, que le tiene «sin cuidado» alejarse «de la autocomprensión que los participantes tienen del Derecho», pues éstos «no son infalibles y sus creencias son, a veces, profundamente equivocadas»<sup>3</sup> y ha indicado también, refiriéndose a mí, que «mi amigo Juan está levemente equivocado en algunos puntos centrales de la teoría jurídica» y que le parece «especialmente pernicioso» mi supuesto «apego a las creencias de los juristas, que suelen ser muy equivocadas»<sup>4</sup>.

Este desprecio de Eugenio por las creencias compartidas por los juristas involucra, a mi modo de ver, una incomprensión grave del tipo de realidad que el Derecho es, o si se prefiere, de la región ontológica en la que se sitúa el Derecho, que no es la de los hechos brutos, por completo independientes de las creencias de los observadores, sino la de los hechos institucionales, cuya existencia depende de creencias y actitudes compartidas. Y es que el Derecho es algo que depende, enteramente, de la aceptación colectiva; primariamente, de la aceptación por parte de los jueces y tribunales en su conjunto de las normas que exhiban ciertas características como normas que deben constituir el fundamento de sus resoluciones; secundaria o derivadamente, de esa misma aceptación —que puede ser en algunos casos mera simulación de aceptación— por parte del conjunto de la comunidad jurídica: esto es, por parte de quienes —como los abogados— operan ante jueces y tribunales dirigiéndoles demandas u oponiéndose a ellas en relación con casos individuales y también por parte de quienes —como los juristas teóricos, los cultivadores de la dogmática jurídica— operan como intermediarios entre las emisiones normativas en bruto de las autoridades a las que los tribunales se consideran vinculados y los tribunales mismos, transformando esas emisiones normativas en el sentido de dotarlas de mayor potencia resolutoria de casos (solucionando las antinomias e integrando las lagunas normativas que esas emisiones normativas puedan presentar) y de mayor coherencia de valores y de propósitos (solucionando los desajustes y lagunas axiológicas que puedan contener y, en general, mediante las tareas de interpretación y de sistematización).

De esta forma, las creencias centrales del conjunto de la comunidad jurídica —creencias centrales de las que forman parte, por ejemplo, el núcleo central de los criterios últimos de validez jurídica o el núcleo central de los criterios últimos de interpretación— no pueden estar equivocadas. Y la razón de que no puedan estar equivocadas

<sup>3</sup> E. BULYGIN, «María Cristina Redondo sobre distintos tipos de positivismo», en J. J. MORESO y M.ª C. REDONDO, *Un diálogo con la teoría del Derecho de Eugenio Bulygin*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, 203.

<sup>4</sup> E. BULYGIN, «Un balance de mi relación intelectual con Juan Ruiz Manero», en *id.*, 187.

no es, naturalmente, que la comunidad jurídica sea, a este respecto, infalible. La razón de que tales creencias no puedan estar equivocadas es la misma que hace que tales creencias tampoco puedan ser verdaderas, esto es, que tales creencias no describen una realidad ajena a ellas mismas, con la que puedan ajustar o no, sino que esas creencias, y las correspondientes actitudes asimismo compartidas son constitutivas de esa realidad institucional a la que llamamos Derecho.

## 2.

No encuentro en el texto de Eugenio, «Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición», nada que me haga apartarme de la consideración de que, en materia de permisos, hay un par de distinciones de bastante mayor relevancia de la que media entre permisos positivos (o *fuertes*) y no-prohibiciones (o permisos negativos, o *débiles*). Estas dos distinciones, a mi juicio más importantes, son, por un lado, la que media entre permisos *prima facie* (sean positivos o negativos) y permisos *concluyentes* o *definitivos* y, por otro, la que media entre permisos *no-protegidos* y permisos *protegidos*.

En cuanto a la distinción entre permisos positivos (o *fuertes*) y negativos (o *débiles*) es obvio, me parece, que la situación de quien se dispone a realizar una determinada acción es, de entrada, la misma si esa acción está cubierta por una regla permisiva, referida tanto a su realización como a su omisión, que si esa acción meramente no está cubierta por una regla prohibitiva: en ambos casos la acción se encuentra normativamente disponible para él; pues el Derecho sólo arrebata la disponibilidad de una acción para su sujeto si califica la acción como obligatoria (con lo que prohíbe su omisión) o como prohibida. Y esto, por hipótesis, no ocurre tanto si el Derecho permite positivamente la realización y la omisión de la acción como si se limita a no prohibirlas (a permitir las negativamente). Esta equivalencia pragmática *para el sujeto de la acción* entre el permiso positivo y la no prohibición es lo que hace que, en la mayor parte de los contextos<sup>5</sup>, el dictado de disposiciones permisivas carezca de sentido. Por poner un ejemplo trivial y muchas veces repetido: si la acción de ingerir zumo de naranja en el desayuno está disponible para mí, porque no hay ninguna regla que lo prohíba, ni que prohíba la omisión correspondiente, no se ve en qué cambiarían para mí las cosas si una autoridad normativa —digamos, el legislador— emitiera una disposición del tenor de «se permite tanto la ingesta como la no ingesta de zumo de naranja en el desayuno».

Por lo demás, tanto los permisos positivos contenidos en reglas como los permisos negativos derivados de la ausencia de reglas se asemejan entre sí en que ambos pueden verse desplazados por una regla prohibitiva en un juicio final que tenga en cuenta todas las circunstancias. O, dicho de otra manera, ambos se asemejan en que se trata de permisos *prima facie*. En el caso de los permisos negativos este desplazamiento por una regla prohibitiva tiene lugar en virtud de la analogía: de la *analogía legis* si la emergencia en el juicio final de la regla prohibitiva se debe a que el caso no cubierto

<sup>5</sup> Un examen de los contextos en los que tiene sentido el dictado de disposiciones permisivas se encuentra tanto en M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 4.ª ed., 2007, 128 y ss., como en J. RUIZ MANERO, «Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas», cit., 119.

por la regla prohibitiva comparte características tales con un caso cubierto por una regla prohibitiva que hacen que las razones para la prohibición que se aplican a este último caso se apliquen también, en un grado semejante (razonamiento *a simili*) o superior (razonamiento *a fortiori*), al caso no cubierto por regla alguna. En el caso de los permisos positivos este desplazamiento tiene lugar mediante las figuras del abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, que constituyen otros tantos mecanismos predispuestos para la derrotabilidad de reglas permisivas, cuando éstas se extienden hasta casos cuya permisión constituiría, de acuerdo con los propios principios del sistema, una anomalía valorativamente intolerable.

Es por estas razones por las que la distinción entre permisos *prima facie* y permisos concluyentes o definitivos me parece más importante que la distinción entre permisos fuertes y permisos débiles. Pues todos los permisos *prima facie*, tanto si se trata de permisos fuertes como de permisos débiles operan en el razonamiento jurídico aplicativo como meros ingredientes de un proceso deliberativo<sup>6</sup> que desemboca en la construcción de la premisa normativa<sup>7</sup> en la que subsumir el caso individual, en tanto que los permisos concluyentes operan como tal premisa normativa que fundamenta la resolución del caso individual.

Naturalmente, el carácter *prima facie* de los permisos contenidos en reglas y de los permisos derivados de la ausencia de reglas sólo es tal en algunos sectores del Derecho: en general, en todo el ámbito del Derecho privado. En otros sectores del Derecho —el Derecho penal, el Derecho administrativo sancionador— no hay distinción entre permisos *prima facie* y permisos concluyentes. Todo lo que en estos sectores del Derecho está permitido en el nivel de las reglas predispuestas —tanto si la permisión es fuerte como si es débil— resulta estar concluyentemente permitido. En estos sectores del Derecho, la distinción entre *prima facie* y concluyente opera únicamente en el sentido de excepcionar en el nivel concluyente prohibiciones contenidas en las reglas predispuestas, que resultan ser, así, prohibiciones sólo *prima facie*, pero no en el sentido de excepcionar en el nivel concluyente las permisiones, tanto fuertes como débiles, contenidas en las reglas predispuestas. Tales permisiones son, en estos sectores del Derecho, concluyentes o definitivas. Y, a este respecto, una vez más, tanto da que se trate de permisiones fuertes como de permisiones débiles.

### 3.

La equivalencia pragmática entre el permiso fuerte (o positivo) y el permiso débil (o no prohibición) aparece predicada exclusivamente, en el artículo mío al que hace referencia Eugenio<sup>8</sup>, de la acción que aparece, bien modalizada deónticamente

<sup>6</sup> Al hablar de «proceso deliberativo» tengo presente lo que podríamos llamar una reconstrucción conceptual del razonamiento judicial; este «proceso deliberativo» no tiene por qué darse —y probablemente no se da—, como proceso psicológico, en los llamados casos fáciles.

<sup>7</sup> Tal premisa normativa puede, eventualmente, expresarse mediante la misma formulación normativa que expresa una regla predispuesta que ha operado como ingrediente del proceso deliberativo; con la importante diferencia de que esa misma formulación normativa expresa en el primer caso una norma inderrotable y en el segundo —con la salvedad que se indica a continuación— una norma derrotable.

<sup>8</sup> «Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas», cit.

como permitida, bien no modalizada deónticamente como prohibida. Y, en relación con dicha acción, tal equivalencia pragmática resulta indiscutible y no es, de hecho, discutida por Eugenio. Cuestión distinta es la de si la distinción entre permisos fuertes y débiles es o no pragmáticamente relevante en relación con acciones distintas, pero relacionadas con la acción permitida positiva o negativamente: esto es, en relación con acciones de interferencia (de impedimento o de prohibición, señaladamente) con aquella acción. Pues bien: a mi juicio, la distinción ahora relevante no es tanto la que media entre permisos fuertes y débiles como la que media entre *permisos protegidos* y *permisos no-protegidos*. Entiendo por *permiso protegido* aquel en el que la permisón va acompañada de una norma prohibitiva de acciones de interferencia y por *permiso no protegido* aquel en el que la permisón no se ve acompañada de una norma prohibitiva semejante<sup>9</sup>. A mi modo de ver, el que un permiso sea fuerte es condición necesaria, pero no suficiente, de que se trate de un permiso protegido; tan sólo es condición suficiente, en un contexto de autoridades jerarquizadas, en relación con dictados por las autoridades superiores y en relación con ciertas acciones de interferencia por parte de las autoridades subordinadas, pero no en relación con otras posibles acciones de interferencia realizadas por otros sujetos; en otros contextos, y para otras acciones, el paso del permiso no-protegido al permiso protegido exige el concurso de la presencia como tal de la norma prohibitiva de la acción de interferencia.

Comprendo que todo esto, enunciado así, pueda parecer más bien misterioso, pero confío en que resulte claro mediante un ejemplo. Yo, que soy profesor de la Universidad de Alicante, disfruto del permiso de sentarme en los bancos que están distribuidos a lo largo del campus. Se trata de un permiso débil —no hay ninguna norma que se refiera a la acción de sentarse en los bancos— y no-protegido (sólo puedo usar mi permiso de sentarme en un banco si hay un hueco libre en el mismo; nadie que se haya sentado previamente tiene el deber de levantarse para que yo pueda sentarme). Supongamos que el permiso débil se transformara en permiso fuerte porque el Consejo de Gobierno de la Universidad dictara una disposición que dijera algo así como «todos los que se encuentren en el campus de la Universidad de Alicante tienen permiso para sentarse en los bancos que hay en él» (y, para que no surjan dificultades colaterales, supondremos que no hay, en esta materia, autoridades normativas subordinadas al Consejo de Gobierno de la Universidad). ¿Cambiaría algo las cosas el dictado de alguna disposición de este tipo? Me parece obvio que no. No las cambiaría en relación con la acción de sentarse —seguiría siendo una acción disponible que uno realiza si quiere y si hay huecos libres en el banco— ni tampoco en relación con la acción de levantarse para ceder el asiento a otro —seguiría siendo asimismo una acción disponible que uno, si está previamente sentado, realiza si quiere—. Y precisamente porque no cambiaría las cosas ni en relación con la acción de sentarse ni en relación con la acción de levantarse para ceder el asiento, quizás el dictado de una disposición de este género sí cambiaría las cosas en relación con algo que aquí queda fuera de consideración: probablemente cambiaría la opinión colectiva sobre la salud mental de los miembros

<sup>9</sup> Cfr. J. C. BAYÓN, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», en E. BULYGIN, M. ATIENZA y J. C. BAYÓN, *Problemas lógicos en la teoría y la práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 68 y ss.; cfr. asimismo L. HIERRO, «Conceptos jurídicos fundamentales: (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de Derecho y deber», en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 2000, 156 y ss.

de nuestro Consejo de Gobierno, asunto en el que pasaríamos de una prudente actitud de suspensión del juicio a pensar que no podía negarse que estábamos gobernados por un conjunto de perturbados. Imaginemos, ahora, que la permisión de sentarse en los bancos del campus es dictada, no por el Consejo de Gobierno de la Universidad de Alicante, sino por el legislador, en una eventual reforma de la legislación universitaria. Siendo las leyes jerárquicamente superiores a las normas dictadas por los Consejos de Gobierno de las universidades, parece que ahora sí han cambiado las cosas, en el siguiente sentido: dado que está prohibido a los órganos de producción normativa inferior dictar normas incompatibles con las dictadas por autoridades superiores, a nuestro Consejo de Gobierno le está prohibido dictar una norma que prohíba sentarse en los bancos del campus, así como establecer o aplicar sanciones como consecuencia de esa conducta (pues el establecimiento o la aplicación de sanciones implicaría considerar la conducta en cuestión como prohibida). El dictado, pues, de una norma permisiva por parte de una autoridad superior, *ha protegido* el permiso correspondiente frente a *algunas* acciones de interferencia con la acción permitida llevadas a cabo por algunos sujetos: las acciones, por parte de las autoridades inferiores, consistentes en prohibir la acción de sentarse en los bancos o en establecer o aplicar sanciones como consecuencia de ella.

Pero nótese que nuestro permiso no está protegido frente a todas las posibles acciones de interferencia: quiero decir que no lo está frente a aquella acción que no afecta a su status normativo, sino a su posibilidad de realización efectiva, esto es, frente a la acción consistente en impedir el uso del permiso por parte de otro permaneciendo uno sentado en el banco. Para proteger el permiso frente a esta acción de impedimento es preciso introducir una norma que estipule un deber —el de levantarse para ceder el asiento— frente al titular del permiso. Imaginemos una norma de este tipo, del tenor, por ejemplo de «si un profesor de la Universidad manifiesta su deseo de sentarse en un banco, todo no profesor sentado en él debe levantarse para cederle el asiento». La presencia de esta norma implica que la acción de sentarse en los bancos por parte de los profesores ya no constituye simplemente —en terminología hohfeldiana— un *privilege* o *libertad* frente a cualquiera, sino, además, un *claim* o *Derecho subjetivo en sentido estricto* frente a los no profesores —en esa misma terminología—.

#### 4.

Examinemos ahora la posición de E. BULYGIN en relación con los deberes del juez frente a una demanda que carece de fundamento normativo, porque se refiere a un caso en relación con el cual el Derecho no dispone nada. Aunque Eugenio no opera con la distinción entre lo que el Derecho dispone *prima facie* y lo que el Derecho dispone concluyentemente —para él, todo y sólo lo dispuesto *prima facie* está asimismo dispuesto concluyentemente— entenderé «el Derecho no dispone nada» en el sentido de «el Derecho no dispone nada concluyentemente». Pues bien: en un caso de este género, en un caso en el que el juez se enfrenta a una demanda que formula una pretensión respecto de la cual el Derecho, en un juicio concluyente, no dispone nada; tratándose, pues, de una pretensión a la que el Derecho no proporciona respaldo alguno, la respuesta de Eugenio es que el juez tiene sólo el deber genérico de fallar —y de construir

para fundamentar el fallo una regla general en la que subsumir el caso individual— pero no tiene ningún deber específico, ni el de acoger la pretensión ni, como parecería natural, el de rechazarla. De acuerdo con Eugenio, cumple con su deber tanto si condena al demandado como si rechaza la pretensión contenida en la demanda. El Derecho le impone sólo la obligación genérica de fallar y no le proporciona guía alguna para optar por alguno de los sentidos posibles del fallo: opción que es, así, enteramente discrecional para el juez. Esto, resulta, desde luego, verdaderamente sorprendente. Como dice muy gráficamente J. C. BAYÓN, «sostener que cuando alguien pretende hacer valer un Derecho que (por hipótesis) no tiene el ordenamiento deja al juez en posición de decidir discrecionalmente si acoge o no semejante pretensión tiene que ser, en mi opinión, el producto de algún serio malentendido»<sup>10</sup>. Yo estoy enteramente de acuerdo con BAYÓN, pero me gustaría tratar de identificar, hasta donde sea posible, dónde se encuentran las raíces de un malentendido tan llamativo. Y me parece que las raíces del malentendido vienen a encontrarse en lo siguiente: Eugenio sostiene que tanto la sentencia de aceptación de la pretensión contenida en la demanda como la de rechazo de la misma expresan normas individuales. Pero esto no es, a mi juicio, así: la parte dispositiva de la sentencia de aceptación consta, desde luego, de una norma individual que ordena al demandado que realice la pretensión del demandante (o, eventualmente, que le indemnice por no haberla realizado); pero no puede decirse otro tanto de la sentencia de rechazo: aquí el juez no dicta ninguna norma individual, sino que más bien expresa su rechazo al dictado de norma individual alguna, sobre la base de que en el Derecho no se contiene ninguna base para tal dictado, ninguna base para la alteración de la situación normativa del demandado. Pues bien: de la idea de que tanto la sentencia de aceptación como la de rechazo contienen normas individuales, BULYGIN infiere la necesidad, en ambos casos, de una norma general en que fundarlas. Pero en la sentencia de rechazo no se contiene, como acabamos de ver, norma individual alguna.

Alguien podría, sin duda, dar una ulterior vuelta de tuerca y, tras conceder que la sentencia de rechazo no contiene ninguna norma individual, argumentar, sin embargo, que el acto de dictar la sentencia de rechazo, el acto mediante el cual el juez expresa su negativa a dictar norma alguna, requiere también, como todos los actos de los jueces, ser fundamentado en una norma general. Quien así argumentara tendría, indudablemente, razón. Pero, a partir de ahí, podría razonarse que, dado que —por hipótesis— no hay norma en la que subsumir el caso que se somete al juez, el juez ha de construir (discrecionalmente) esta norma para poder fundamentar una solución para el caso. Volveríamos, así, a la posición de BULYGIN. El razonamiento precedente contiene, sin embargo, una falacia muy obvia. Y es que da por supuesto aquello que habría de demostrar: es decir, que la sentencia de rechazo contiene una solución al caso que se somete al juez. Pero —como he venido señalando— esto no es así. La sentencia de rechazo expresa más bien la negativa del juez a dictar una norma individual relativa al caso que se le somete: por la mera razón de que el ordenamiento no le proporciona base para el dictado de tal norma.

Por lo demás, el que no haya norma general en la que subsumir el caso que se somete al juez, no debe hacernos olvidar que el juez sí puede justificar su decisión,

---

<sup>10</sup> BAYÓN, cit., 39.

porque sí hay norma general en la que subsumir el caso del juez al que se somete un caso respecto del cual no hay norma general en la que subsumirlo: en un caso así —en el que se somete al juez una pretensión sin ningún respaldo en el ordenamiento— el juez debe rechazar la demanda, porque está prohibido para el juez acoger demandas sin respaldo en el ordenamiento. La existencia de esta norma prohibitiva es, desde luego, como probablemente le gustaría recordar a Eugenio, una cuestión contingente. Pero tal carácter contingente no suministra el menor apoyo a su posición. Porque, aunque contingente y no necesaria, una norma así existe en todos los sistemas jurídicos de nuestro horizonte cultural. Y existe en todos ellos porque, dictada o no, en todos ellos existe como norma aceptada, esto es, aceptada como un patrón común y público de decisiones judiciales correctas, cuya inobservancia da lugar a críticas que se consideran, sin más, justificadas. El que E. BULYGIN no tenga esto en cuenta vuelve a hacernos ver los efectos deletéreos que, sobre su teoría del Derecho, produce su insistencia en no tomar en consideración las creencias y actitudes compartidas en la comunidad jurídica.

## 5.

En trabajos dedicados a examinar las posiciones de E. BULYGIN en torno a estas cuestiones, J. C. BAYÓN y M. ATIENZA<sup>11</sup> manifiestan encontrarse mucho más próximos a mis tesis que a las de Eugenio. Así, ATIENZA escribe que «mi opinión es coincidente con, o muy parecida a, la de J. RUIZ MANERO»<sup>12</sup>, y BAYÓN indica que «mis opiniones, como se podrá apreciar con facilidad, son en gran medida deudoras de las que en aquella ocasión expusieron [...] ATRIA y RUIZ MANERO»<sup>13</sup>. Ello no obstante, tanto ATIENZA como BAYÓN me formulan críticas que, aunque orientadas en sentido opuesto, tienen como elemento común el que yo no llegue a decir con claridad que las cosas son, exactamente, como cada uno de ellos piensa que son. Así, ATIENZA me reprocha que mis definiciones de laguna axiológica y de laguna normativa «dan a entender que las lagunas sólo existirían en relación con las reglas» y que me ha faltado «sostener con rotundidad que no existen lagunas (o, en todo caso, de existir, sería un fenómeno absolutamente excepcional) en el Derecho adecuadamente entendido»<sup>14</sup>, esto es, entendido como suma de reglas y principios. La crítica de BAYÓN, por su parte, va en el sentido justamente inverso: lo que me ha faltado es decir con claridad si «en el nivel de las calificaciones normativas concluyentes o definitivas [esto es, a las que resultan tras haber atendido al balance, en relación con el caso, entre los principios relevantes del sistema] podría o no haber lagunas»; a juicio de BAYÓN, no se ve por qué no podría haberlas, pues «no creo —escribe— que pueda descartarse la posibilidad de que nuestras convenciones resulten *insuficientes* para determinar unívocamente en un caso qué es lo que resulta del balance entre los principios relevantes del sistema»<sup>15</sup>. Pues bien: mi posición, a este respecto, se encuentra en un punto que, si interpretamos las posiciones

<sup>11</sup> J. C. BAYÓN, *op. cit.*; M. ATIENZA, «Sobre “Creación judicial del Derecho” de Eugenio Bulygin», en E. BULYGIN, M. ATIENZA y J. C. BAYÓN, *Problemas lógicos en la teoría y la práctica del Derecho*, cit.

<sup>12</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 109.

<sup>13</sup> BAYÓN, *op. cit.*, 41. BAYÓN hace referencia a los textos contenidos en *Lagunas en el Derecho*, cit.

<sup>14</sup> ATIENZA, *op. cit.*, 116.

<sup>15</sup> BAYÓN, *op. cit.*, 44-45 y 59.

de ATIENZA y BAYÓN en el sentido de que uno niega lo que afirma el otro, no parece poder existir: en un punto intermedio entre ambos. Pero me parece que si interpretamos que ATIENZA y BAYÓN no niegan cada uno de ellos lo que afirma el otro, sino que uno y otro expresan su posición de una forma incompleta, bien pudiera ser que ambos concordaran en este punto aparentemente intermedio. De ser esto así, las diferencias que ellos mantienen entre sí, y cada uno de ellos conmigo, no serían de sustancia, sino simplemente de presentación y de énfasis. Pues bien, yendo ya al punto: a mi juicio, está presente en el razonamiento jurídico, como idea regulativa, que en el nivel de las calificaciones definitivas o concluyentes no hay lagunas, es decir, que es siempre posible determinar qué es lo que, todos los factores considerados, exige el Derecho; pero, naturalmente, nada garantiza la realizabilidad, en todos los casos, de tal idea regulativa. Pero tampoco hay nada que nos posibilite determinar a priori dónde está el límite de esa misma realizabilidad.

# PERMISOS, LAGUNAS Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL: RESPUESTA A BULYGIN \*

Juan Carlos Bayón

*Universidad Autónoma de Madrid*

**RESUMEN.** En respuesta a la crítica de E. BULYGIN, se analiza en este trabajo si se puede sostener o no que la mera afirmación de que el demandado no tiene la obligación que el demandante le atribuye constituye un fundamento suficiente del deber del juez de desestimar la demanda.

**Palabras clave:** permisos, lagunas, discrecionalidad judicial.

**ABSTRACT.** Replying to E. BULYGIN's criticism, this paper analyses whether or not it can be said that the mere statement that the defendant does not have the obligation attributed to him by the plaintiff is sufficient to justify the conclusion that the judge has the duty to reject the claim.

**Keywords:** permissions, legal gaps, judicial discretion.

---

\* Fecha de recepción: 15 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 9 de mayo de 2011.

**D**ecía VOLTAIRE que una discusión prolongada es señal de que ambas partes se equivocan. Al menos, diría yo, puede ser señal de que cada parte tiene razón en algo y ninguna de las dos, por tanto, toda la razón de su lado. El texto de E. BULYGIN y las respuestas al mismo que se incluyen en este número de *Doxa* son —¿por ahora?— la última vuelta de tuerca a una discusión en la que han intervenido bastantes personas y que, a estas alturas, bien puede calificarse ya como considerablemente prolongada<sup>1</sup>. Y mi impresión actual, tras tomar en consideración la más reciente réplica de BULYGIN, es que tal vez quepa aplicarle a esta larga discusión el aforismo volteriano (aunque no estoy muy seguro de que invocar precisamente a VOLTAIRE sea el mejor modo de aplacar a quien, como hace mi buen amigo E. BULYGIN con su característico e inimitable humor, se impone como misión extirpar la herejía...). Adelanto desde el principio, por consiguiente, mi reconocimiento de que en el trabajo que critica BULYGIN<sup>2</sup> —aquel en el que la herejía, afirma, «alcanza su apogeo»— incurrí en alguna expresión desafortunada y no supe ser lo bastante claro respecto a un punto que BULYGIN, con su perspicacia habitual, sitúa de inmediato en el centro de su réplica. Pero me temo que los herejes solemos ser tercos, de manera que, admitido lo anterior, no puedo dejar de añadir que aun así hay algo en la posición global de BULYGIN que sigue sin convencerme.

Con todo —y aunque no se trata en modo alguno de buscar un irenismo facilón—, me atrevería a decir que nuestro desacuerdo puede estar cada vez más cerca de solventarse a medida que críticas, réplicas y dúplicas van consiguiendo establecer cada vez con mayor precisión qué es exactamente lo que cada cual acepta o rechaza de la posición del otro. El último escrito de BULYGIN muestra con lucidez que hay un punto que ciertamente no sería sensato que negáramos ninguno de los que hemos discutido con él sobre este tema, aunque a veces hayamos dado a entender que lo hacíamos. Y confío en que él acabe por aceptar que hay asimismo una idea en la que con mayor o menor acierto hemos intentado insistir sus críticos y de la que sería igualmente poco sensato discrepar,

<sup>1</sup> Aunque las etiquetas se asentarían mucho más tarde, las tesis de la «asimetría» y de la «equivalencia pragmática» ya eran expresamente criticadas hace cuarenta años por ALCHOURRÓN y BULYGIN en el cap. VIII de *Normative Systems*, donde se afirmaba que se trataba de una doctrina «muy difundida entre los juristas en general y entre los filósofos del Derecho en particular» (cfr. C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems* [1971], trad. cast. de los autores —por donde se cita—, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975, 201) y se acababa concretando el blanco de su crítica en la posición de KELSEN. Con posterioridad, los hitos de la polémica son conocidos. Pueden situarse, en primer lugar, en la reivindicación de KELSEN frente a la crítica de ALCHOURRÓN y BULYGIN llevada a cabo por J. RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 41-45, así como en el debate subsiguiente entre BULYGIN y RUIZ MANERO en los textos de uno y otro contenidos en L. GIANFORMAGGIO y S. L. PAULSON, *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, Giappichelli, 1995. A continuación —y en su presentación más acabada— en los distintos trabajos incluidos en F. ATRIA, E. BULYGIN, J. J. MORESO, P. NAVARRO, J. RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005. Aquella discusión tuvo su prolongación o secuela en E. BULYGIN, M. ATIENZA y J. C. BAYÓN, *Problemas lógicos en la teoría y la práctica del Derecho*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. Y los trabajos que se incluyen en este número de *Doxa* —a los que habría que añadir algún otro, como el aún inédito de P. NAVARRO, «Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos», Universitat de Girona, *Legal Theory and Philosophy Working Papers Series*, núm. 22, en <http://www.udg.edu/FilosofiaDelDret/Workingpapers/tabid/12181/language/ca-ES/Default.aspx>—, constituyen, por el momento, la última ronda de la polémica.

<sup>2</sup> Esto es, en J. C. BAYÓN, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», en E. BULYGIN, M. ATIENZA y J. C. BAYÓN, *Problemas lógicos en la teoría y la práctica del Derecho*, cit. (en nota 1), 27-73.

por más que, según creo, él la haya negado. Aun así, qué duda cabe, nuestras respectivas concepciones del Derecho van a seguir estando alejadas en una serie de puntos de no poca importancia. Pero al menos respecto a la cuestión específica de la tan traída y llevada «tesis de la equivalencia pragmática entre la ausencia de regulación y la regulación permisiva», tal vez pueda empezar a vislumbrarse el final de las hostilidades.

## 1.

BULYGIN reúne bajo el rótulo «equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición» varios debates diferentes, tanto por su contenido como por sus protagonistas. En particular, polemizando con ATIENZA y RUIZ MANERO, discute en las secciones II y III de su artículo si cabe o no sostener que las normas permisivas son superfluas o normativamente irrelevantes y si sus funciones pueden o no ser cumplidas con éxito en todos los casos por medio de normas de obligación o prohibición. Nada diré sobre estas cuestiones, de las que no me ocupé tampoco en el artículo que BULYGIN critica. Los propios ATIENZA y RUIZ MANERO tienen mejor título que yo para responder, si consideran necesario hacerlo. Y de más está decir que, en tal caso, no les haría ninguna falta que yo asumiese el papel de coadyuvante.

Hay otro sentido diferente en el que cabe hablar de una «equivalencia pragmática entre regulación permisiva y ausencia de regulación», que es aquel al que aludí en mi trabajo de 2009, el que ahora critica BULYGIN en las secciones IV a VI de su artículo y el único del que voy a ocuparme en esta nota. Conviene entonces empezar por precisar qué es lo que traté de sostener en ese trabajo. Mi idea era que, a condición de que se tuviesen en cuenta una serie de precisiones decisivas, cabe decir respecto de las conductas que el Derecho no regula que su realización es permisible en un sentido determinado. Y las precisiones eran esencialmente tres. La primera, que la afirmación iba referida a los supuestos que el Derecho «no regula ni pretende regular», una noción distinguible a mi juicio de la de genuina laguna normativa en un sentido que allí intenté aclarar<sup>3</sup>. La segunda, que tanto para distinguir estas dos últimas nociones como para poder mantener la idea misma de que la realización de las conductas que el Derecho no regula es permisible resultaba crucial distinguir entre calificaciones normativas explícitas o *prima facie* y calificaciones normativas finales o concluyentes, dado que la afirmación en cuestión había de entenderse referida a las conductas que el Derecho no pretende regular y no regula *de manera final o concluyente*, no meramente a las que *prima facie* no regula en tanto en cuanto no las regula explícitamente. Y la tercera, por fin, que el sentido en el que se afirmaba que su realización era permisible no era el de un «permiso protegido», lo que implicaría la obligación de los demás de abstenerse de impedir la realización de la conducta en cuestión, sino el de un «permiso no protegido» —un privilegio hohfeldiano— que, no obstante, no sería «vacío o carente de consecuencias» puesto que implicaría al menos que no teniendo nadie el deber de realizarla ni el de abstenerse de realizarla —y, correlativamente, no teniendo nadie el derecho de exigir a otro que la

<sup>3</sup> Y por cierto, respecto de los casos de laguna normativa en sentido estricto sostenía allí de manera muy clara —y sigo pensando— que sitúan al juez en la posición de tener que decidir discrecionalmente: *vid.* J. C. BAYÓN, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», *cit.* (en nota 2), 60 y 64.

realice ni el de exigirle que no la realice— un juez debería desestimar cualquier demanda cuyo *petitum* se basara en que el demandado está jurídicamente obligado a realizarla o en que está obligado a no realizarla, es decir, cuya pretensión fuese hacer valer derechos que no se tienen. En ese sentido preciso, decía yo, cabría hablar de «equivalencia pragmática» entre regulación permisiva y ausencia de regulación; y dicha equivalencia pragmática vendría de la mano de la «asimetría» entre sentencias estimatorias y desestimatorias, por cuanto en el caso de las segundas, a diferencia de lo que ocurriría con las primeras, el deber del juez de fallar en un sentido determinado no requeriría que haya en el Derecho una norma que regule en un sentido u otro la conducta del demandado.

Explicar con detalle cada uno de esos puntos requeriría reproducir aquí la mayor parte del contenido de mi trabajo de 2009 y no tiene sentido hacerlo. El hipotético lector interesado en los pormenores puede encontrarlos en aquel texto y me permito reenviarle al mismo. Lo que me propongo destacar ahora es que la tesis que mantuve entonces puede entenderse en realidad de dos maneras, una más fuerte y otra más débil: y que la más fuerte —que no voy a negar que puede encontrarse afirmada explícitamente en algunos pasajes de aquel trabajo— es en realidad insostenible. En efecto, si lo que se está diciendo es que de la mera ausencia de prohibición de la conducta del demandado *no se sigue sin más* que el juez se encuentre en una posición de discrecionalidad a la hora de decidir si acoge o rechaza la demanda, sigo pensando que la idea es correcta. Pero si lo que se está diciendo es en cambio que de la mera ausencia de prohibición de la conducta del demandado *se sigue sin más que no* está el juez en esa posición de discrecionalidad, entonces hay que reconocer que eso es insostenible: para que en ausencia de prohibición el juez tenga el deber específico de desestimar la demanda hace falta *algo más*, que no tiene por qué darse necesariamente; y puesto que sería concebible que no se diese, la verdad de la afirmación en cuestión resultará contingente.

Mi propósito fundamental en esta nota consiste, por una parte, en explicar con detalle por qué la posición que yo sostuve, entendida en el segundo y más fuerte de los sentidos apuntados, debe ser revisada. Pero habida cuenta de que si es entendida en el primero y más débil de esos dos sentidos me sigue pareciendo correcta, me propongo asimismo explicar, por otra parte, por qué la posición mantenida por BULYGIN necesita también algún tipo de corrección. Antes de abordar con detalle esas cuestiones, no obstante, introduciré un par de digresiones en las que intento mostrar que dos de las críticas que me formula BULYGIN son inapropiadas.

## 2.

Como recordaba hace un momento, en toda esta discusión me parece crucial distinguir con claridad entre la calificación normativa expresa o *prima facie* de una conducta, que es la que deriva simplemente del sentido literal de las prescripciones explícitas que emite el legislador, y su calificación normativa final o concluyente, que es la que resulta de tomar en cuenta además los principios o razones subyacentes a esas prescripciones. La calificación normativa concluyente puede coincidir o no con la calificación normativa *prima facie*. Y cuando no coincide, puede ser porque de tomar en cuenta las razones subyacentes resulte la ampliación o restricción del tenor literal

claro de las prescripciones expresas, la aclaración de problemas de indeterminación de los que pudiese adolecer su formulación, o una regulación determinada de supuestos no contemplados expresamente por ninguna de aquellas prescripciones.

Esa diferencia entre calificaciones normativas *prima facie* y calificaciones normativas concluyentes me parecía y me sigue pareciendo central para nuestra comprensión del Derecho y no sólo, por cierto, para una intelección adecuada del problema de las lagunas. Que la distinción me parezca esencial deriva de mi convencimiento de que nuestras prácticas jurídicas, el conjunto de prácticas argumentativas o interpretativas que de hecho aceptamos en relación con la justificación jurídica final de decisiones, hacen del recurso a los principios o razones subyacentes a las prescripciones expresas un factor fundamental para la identificación de lo que con carácter final o concluyente cabe considerar como contenido del Derecho. A quien sostenga que eso no es así, que nuestras prácticas, por el contrario, conciben más bien el Derecho como lo que SCHAUER llamaría un «modelo de reglas radicalmente atrincherado» (en el que las formulaciones normativas se tratan siempre como opacas respecto a sus razones subyacentes)<sup>4</sup>, lo único que sabría —y seguramente podría— responderle es que la realidad desmiente su afirmación.

Pero BULYGIN<sup>5</sup> sostiene en su crítica que la distinción entre estos dos niveles es irrelevante para la discusión, porque, para decirlo sintéticamente, el modelo de *Normative Systems* sería neutral entre distintas concepciones acerca de cómo se identifica el Derecho, dado que se refiere en todo caso a sistemas de *normas* (que habrán sido identificadas a resultas de haber interpretado del modo que sea las formulaciones normativas emitidas por el legislador) y por tanto siempre a calificaciones normativas finales o concluyentes.

Ahora bien, que el modelo de *Normative Systems* sea o no completamente neutral entre distintas concepciones acerca de cómo se identifica el Derecho es una cosa, y que el propio BULYGIN tenga o no una concepción determinada al respecto (y que sea o no coincidente con la que a mí me parece acertada), otra bien distinta. Por cierto, creo que la concepción de BULYGIN acerca del modo en que se identifica el Derecho registró en algún momento cambios significativos<sup>6</sup>, pero eso aquí no interesa demasiado. Interesa más, me parece, constatar que al día de hoy nuestras concepciones sobre la identificación del Derecho siguen sin coincidir del todo. Creo que ello resulta patente cuando, en su crítica, BULYGIN afirma que de la consideración de los principios o razones subyacentes no puede resultar en ningún caso —en contra de lo que yo sostuve— una regulación determinada de casos no contemplados expresamente por las prescripciones emitidas por el legislador, porque ello supondría «ya no una mera explicitación, sino la creación de nuevas normas». Esta última afirmación me parece una petición de principio: sólo se puede mantener si se parte precisamente de dar por supuesto que no se identifica verdaderamente derecho preexistente cuando se derivan calificaciones normativas de la consideración de las razones subyacentes y de las rela-

<sup>4</sup> Vid. F. SCHAUER, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el Derecho y en la vida cotidiana*, trad. cast. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, 110-112.

<sup>5</sup> Y con él P. NAVARRO, *op. cit.* (en nota 1), 26-29.

<sup>6</sup> Traté de documentarlo en J. C. BAYÓN, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», *cit.* (en nota 2), 62.

ciones de prioridad entre las mismas para clases de casos, pero eso es precisamente lo que estamos discutiendo.

En cualquier caso, lo que aquí más importa es que, a mi modo de ver, su afirmación decidida de que la distinción entre los dos niveles aludidos sería irrelevante para la discusión vendría a desmentirla el propio BULYGIN con uno de los argumentos de los que se sirve en su crítica: porque mi respuesta al mismo es que el argumento fracasa, entre otras cosas, precisamente por no tomar en cuenta adecuadamente la distinción entre calificaciones normativas *prima facie* y calificaciones normativas finales o concluyentes. El argumento en cuestión<sup>7</sup> es el que viene a decir que, como ocurrió en cierto caso parece ser que relativamente célebre en Argentina, «[c]on bastante frecuencia los jueces civiles prohíben conductas no prohibidas por el Derecho y también ordenan realizar acciones que no son obligatorias», lo que mostraría que cabe acusarme «de ignorar cómo los jueces resuelven tales casos». El argumento merece dos tipos de comentarios. El primero, que yo no dije nada en absoluto acerca de lo que los jueces *hacen*, sino que sostuve cierta tesis acerca de lo que *deben hacer*. La tesis según la cual en ausencia de regulación el juez debe desestimar la demanda puede ser correcta o no, pero si no lo es no será ciertamente porque en un caso o en una cierta cantidad de ellos tengamos noticia de jueces que hicieron lo contrario. Y el segundo comentario es que la tesis en cuestión se refiere en todo caso, recuérdese, a calificaciones normativas finales o concluyentes. Es posible entonces que los jueces concluyan con frecuencia que conductas no prohibidas *prima facie* están a pesar de todo finalmente prohibidas (o que conductas no obligatorias *prima facie* sean sin embargo finalmente obligatorias), con lo cual, aun en ausencia de regulación explícita o *prima facie*, acaben condenando al demandado y haciéndolo realmente con arreglo a Derecho (al Derecho final o concluyente). Nada de esto desmiente, por sí solo, la idea de que en ausencia de regulación *final o concluyente* el juez debe desestimar la demanda. Y que BULYGIN haya podido sugerir lo contrario vendría a mostrarnos que, después de todo, insistir en la importancia de la distinción entre los dos niveles aludidos no era tan irrelevante para la discusión.

### 3.

En mi trabajo de 2009 afirmé que si cabía decir respecto de la conducta que el Derecho no regula que su realización era permisible —en el sentido específico de que el juez tendría el deber de desestimar cualquier demanda que pretendiese que la conducta en cuestión era obligatoria o estaba prohibida—, ello era tanto como decir que después de todo había al menos un sentido en el que el principio de prohibición («lo no prohibido está permitido») expresaba «una verdad no contingente y no trivial». Admito sin ambages que fue un error escribir eso, pero me parece que no fue exactamente la clase de error que no muy caritativamente me imputa BULYGIN.

Fue un error porque, como ya he adelantado y trataré de explicar con detalle enseguida, comprendo ahora que no es posible mantener sin más que aquella afirmación sea «una verdad no contingente». Pero creo que no un error de la magnitud del que se

<sup>7</sup> Que, sirviéndose además del mismo ejemplo, utiliza también P. NAVARRO, *op. cit.* (en nota 1), 23-24; y al que, no siendo en modo alguno novedoso, ya traté de dar respuesta en J. C. BAYÓN, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», *cit.* (en nota 2), 65-66.

me atribuye, porque, para llegar a pensar que al hablar de «verdad no contingente y no trivial» quedaba atrapado en un dilema del que no podría salir a menos que estuviese pretendiendo nada menos que reivindicar la idea kantiana de juicios sintéticos a priori —y «a diferencia de KANT», remacha BULYGIN con ironía, sin decir «nada para justificarlos»—, es BULYGIN el que tiene que dar un paso que se me antoja demasiado rápido y que tampoco está precisamente exento de problemas.

En efecto, a su modo de ver, una verdad «no contingente y no trivial» tendría que ser por fuerza una verdad «necesaria pero no analítica»: y no habría tal cosa, salvo que uno sea tan osado como para tener en mente, sin ser precisamente KANT, juicios sintéticos a priori. Pero, naturalmente, el paso que da BULYGIN sólo se puede dar si se asume que un enunciado no trivial tiene que ser un enunciado no analítico, porque se asume a su vez que todas las verdades analíticas serían triviales. Y ocurre, como es bien sabido, que dar por sentado tal cosa nos lleva de cabeza a ese viejo y espinoso problema rastreable ya en el *Menón* platónico y al que, desde la crítica de LANGFORD a MOORE<sup>8</sup>, solemos referirnos hoy como «paradoja del análisis»: aclarar cómo un análisis conceptual puede ser a la vez correcto y verdaderamente informativo o esclarecedor, esto es, no trivial<sup>9</sup>. Ciertamente no es éste el momento ni el lugar para revisar las distintas vías propuestas para sortear la paradoja del análisis (ni menos aún, claro está, para internarse en las complejidades de la propia distinción analítico-sintético o para, a partir de ahí, discutir a la manera de QUINE la noción misma de análisis conceptual), pero parece que las más prometedoras pasan precisamente por debilitar la férrea equiparación entre lo analítico y lo trivial (en el sentido de radicalmente no informativo)<sup>10</sup>. Y si «no trivial» no tiene por qué significar «no analítico» (en contra de lo que BULYGIN está presuponiendo), haber calificado algo como «verdad no contingente y no trivial» pudo ser un error —y repito que no me duelen prendas en admitir que lo fue, en el sentido de que no era acertado calificarla sin más como «no contingente»—, pero no creo que me arroje inexorablemente por el despeñadero del desatino teórico al que BULYGIN piensa que me vi abocado.

#### 4.

Pero en cualquier caso lo que importa aquí no es eso. Volviendo entonces al hilo central de la discusión, creo que la clave para desenredar todo este problema de la

<sup>8</sup> Vid. C. H. LANGFORD, «The Notion of Analysis in Moore's Philosophy», en P. A. Schilpp (ed.), *The Philosophy of G. E. Moore*, Evanston-Chicago, Northwestern University Press, 1942, 321-342, así como la respuesta de G. E. MOORE, *ibid.*, 660-667. También el comentario pionero de M. BLACK a la discusión entre LANGFORD y MOORE: M. BLACK, «The Paradox of Analysis», *Mind*, núm. 53, 1944, 263-267.

<sup>9</sup> Simplificadamente, la paradoja reside en que dado un análisis del tipo «*A* es *B*», donde *A* es el *analysandum* y *B* el *analysans*, o bien «*A*» y «*B*» tienen el mismo significado, en cuyo caso parece que el análisis nos presentaría una identidad trivial, o bien no lo tienen, en cuyo caso el análisis sería incorrecto; y, en consecuencia, no habría análisis conceptual a la vez correcto y verdaderamente informativo o no trivial.

<sup>10</sup> Lo que requeriría descomponer de algún modo la idea de que el *analysandum* y el *analysans* «significan lo mismo». Haciendo un uso más o menos libre de la distinción de FREGE, un análisis sería entonces correcto si «*A*» y «*B*» tienen la misma *referencia* e informativo (y por ende no trivial) si «*A*» y «*B*» tienen un *sentido* distinto y el de «*B*» puede considerarse de alguna manera «más o mejor articulado». De ese modo, por ejemplo, «un triángulo isósceles es un triángulo isósceles» y «un triángulo isósceles es un polígono con tres lados, dos de los cuales tienen la misma longitud, y tres ángulos, dos de los cuales son iguales» son ambos enunciados analíticos; pero el primero es claramente no informativo y trivial de un modo que no parece sensato predicar por igual del segundo.

«asimetría» y la «equivalencia pragmática» se encuentra en el cap. VIII de *Normative Systems* y radica en la distinción que allí se presentaba entre «sistema primario» o «del ciudadano»<sup>11</sup> y «sistema secundario» o «del juez». A condición, eso sí, de que se entienda adecuadamente la forma precisa en que se articula la relación entre uno y otro. Me parece que ni en mi trabajo de 2009 ni en la posición mantenida invariablemente por BULYGIN desde *Normative Systems* se alcanza a hacerlo de manera plenamente satisfactoria. Los dos necesitamos corregir algo, aunque naturalmente la corrección requerida es distinta en cada caso. Y si cada uno de nosotros introdujese la corrección pertinente, a mi modo de ver nuestras posturas acerca de este punto se acabarían aproximando hasta hacerse prácticamente indistinguibles.

ALCHOURRÓN y BULYGIN llaman sistema primario o del ciudadano al «sistema de normas que regula la conducta de los sujetos del Derecho» y sistema secundario o del juez al «sistema de normas que regula la conducta de los jueces y demás órganos jurisdiccionales» (*IMCJS*, 205)<sup>12</sup>, precisando además que las normas del sistema del juez son de dos tipos: «las que establecen en qué condiciones los jueces pueden juzgar y qué cuestiones pueden resolver (normas de competencia)» y «las que establecen obligaciones y prohibiciones a los jueces» (*IMCJS*, 208). Y mantienen que el sistema del ciudadano y el sistema del juez «están relacionados entre sí a través de la fundamentación de la sentencia» (*IMCJS*, 202), siendo en efecto la obligación de los jueces de fundar sus decisiones en Derecho la que «constituye el puente entre los dos sistemas» (*IMCJS*, 211).

Conviene entonces examinar con cuidado cómo entienden ALCHOURRÓN y BULYGIN ese «puente». La respuesta —que vale la pena retener, porque es aquí donde está el núcleo del problema— es que para ellos el juez juzga conforme a Derecho si y sólo si funda sus decisiones en lo prescrito por el sistema del ciudadano:

«La obligación de fundar en Derecho una sentencia normativa es la exigencia de usar —para la fundamentación de ella— el sistema del [ciudadano] o sistema primario» (*IMCJS*, 213).

Está claro que, si se acepta esta idea básica, de ella se siguen de manera incuestionable tres consecuencias. La primera, que cuando el sistema del ciudadano califica como obligatoria para el demandado la conducta que el demandante le reclama, «el juez tiene *obligación de condenar* al demandado». La segunda, que cuando el sistema del ciudadano establece que al demandado le está permitido abstenerse de hacer lo que el demandante pretende que haga, «el juez tiene la *obligación de rechazar la demanda*». Y la tercera —y crucial para lo que aquí interesa—, que si del sistema del ciudadano «no se infiere que el demandado tenga la obligación de realizar el acto en cuestión, pero tampoco se infiere que le está permitido abstenerse de realizarlo», esto es, si el sistema del ciudadano no dice nada acerca de la conducta del demandado, entonces «*el juez no tiene ninguna obligación específica*, ni la de condenar ni la de rechazar la demanda» (*IMCJS*, 215).

<sup>11</sup> ALCHOURRÓN y BULYGIN hablaban allí de «sistema primario» o «del súbdito» [*cf.* *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit. (en nota 1), 205; en la versión original en inglés se empleaba la expresión «*subject system*»: *cf.* *Normative Systems*, Wien-New York, Springer Verlag, 1971, 148]. Pero me parece preferible hablar de sistema «del ciudadano» y me consta que BULYGIN concuerda conmigo en esto.

<sup>12</sup> Desde este momento las referencias a la versión castellana de *Normative Systems* —*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit. (en nota 1)— aparecen entre paréntesis en el texto con la abreviatura *IMCJS* seguida del correspondiente número de página.

Obsérvese que todo esto —y señaladamente lo último— no son sino implicaciones indiscutibles del postulado del que parten ALCHOURRÓN y BULYGIN: a saber, que el juez juzga conforme a Derecho si y sólo si funda sus decisiones en lo prescrito por el sistema del ciudadano. Si esto se acepta, me parece que efectivamente no habría modo de negar que cuando el sistema del ciudadano no prescriba nada acerca de la conducta del demandado, ninguna decisión que el juez dicte —tanto si es la de acoger la demanda como la de rechazarla— podría considerarse «conforme a Derecho» o «fundada en Derecho». Y claro está, decir que ninguna decisión de las posibles podría considerarse fundada en Derecho es tanto como decir que el Derecho deja al juez en una posición de discrecionalidad a la hora de resolver: que, por supuesto, es justamente lo que de manera constante ha venido manteniendo BULYGIN desde *Normative Systems* hasta el artículo que se incluye en este volumen de *Doxa*.

Pero lo que ocurre, en mi opinión, es que lo discutible es precisamente aquel postulado del que parte. Pensar —como piensan ALCHOURRÓN y BULYGIN— que el juez juzga conforme a Derecho si y sólo si funda sus decisiones en lo prescrito por el sistema del ciudadano es tanto como decir que el ordenamiento sólo puede imponer al juez un deber de decidir en un sentido determinado si el sistema del ciudadano prescribe algo acerca de la conducta del demandado (ya sea que está obligado a realizarlo, ya que le está permitido abstenerse de realizarlo). Y no creo que esto sea cierto. Por supuesto, ALCHOURRÓN y BULYGIN tienen razón cuando afirman que «[e]s evidente que si el sistema primario nada dice acerca del *status* deóntico de la conducta del demandado, el juez no puede cumplir con la obligación de fundar su decisión [cualquiera que sea] en *ese* sistema» (*IMCJS*, 217; la cursiva es mía). Pero lo que no parecen advertir —y sin embargo resulta aquí decisivo— es que el hecho de que no puedan fundarla en *ese* sistema, en el sistema primario, no supone necesariamente que no puedan fundarla en Derecho<sup>13</sup>: porque, sencillamente, cabe que puedan fundarla en una norma del sistema secundario o del juez. Recuérdese que el sistema del juez consta de normas de competencia y de normas que «establecen obligaciones y prohibiciones a los jueces». Y si resultase que forma parte del sistema secundario o del juez una norma que le obliga a desestimar toda demanda en la que la pretensión de la parte actora sea que el demandado realice una acción acerca de cuyo *status* deóntico nada dice —no meramente *prima facie*, sino concluyentemente— el sistema del ciudadano (y que, por consiguiente, con arreglo a dicho sistema primario el demandado no tiene la obligación de realizar), entonces sería indiscutible que el Derecho no dejaría en tal caso al juez en una posición de discrecionalidad, sino que, por el contrario, le estaría imponiendo el deber de fallar en un sentido perfectamente determinado: el de rechazar la demanda. Y en ese supuesto su decisión de desestimar la pretensión del actor estaría indubitadamente fundada en Derecho, a pesar, nótese bien, de que por hipótesis el sistema del ciudadano no diría nada acerca de la conducta del demandado.

Realmente no acierto a ver de qué modo podría ponerse en tela de juicio esta conclusión. Pero lo que ahora me interesa resaltar es que ni fue exactamente esto lo que sostuve en mi trabajo de 2009, ni tampoco es exactamente lo que desde *Normative Systems* hasta la actualidad ha venido sosteniendo expresamente BULYGIN. Por eso he ido

<sup>13</sup> Una posibilidad, repito, que parece que ALCHOURRÓN y BULYGIN no contemplan: insisten de hecho en que si la decisión del juez «no está fundada en el sistema primario», entonces «viola el deber de juzgar conforme al Derecho» (*IMCJS*, 218).

anticipando que a mi juicio cada uno de nosotros tenía que introducir alguna corrección en su posición de partida y que ello, además, las haría converger de manera significativa. Empezaré subrayando de qué modo lo que se acaba de decir corrige lo que sostuve en el trabajo que BULYGIN critica. Por supuesto, es *contingente* que exista o no una norma en el sistema del juez que le obligue a rechazar la demanda cuando el sistema del ciudadano no diga nada acerca del *status* deóntico de la conducta del demandado. Como yo mismo apuntaba —si bien es cierto que hablando de otra cosa: de la diferencia entre permiso protegido y permiso no protegido—, si existe una obligación ha de ser porque existe una norma que la impone<sup>14</sup>; y esto vale tanto para las obligaciones que puedan tener los ciudadanos como para las que puedan tener los jueces. De lo que se sigue, es cierto, que *si no existiese* en el Derecho una norma que obligase a los jueces a desestimar toda demanda en la que se pretenda que el demandado haga algo que según el sistema primario no tiene la obligación de hacer (y es incuestionable que *podría* no existir), entonces no sería correcto afirmar —como, sin las debidas precisiones y matizaciones yo afirmaba— que cuando el Derecho no establece nada respecto al caso el juez tiene la obligación de fallar en el sentido, perfectamente determinado, de rechazar la demanda.

En suma, en sentido estricto ALCHOURRÓN y BULYGIN tenían razón cuando calificaban como errónea la tesis según la cual «la *mera* afirmación de que el demandado no tiene la obligación que el actor le atribuye es un fundamento suficiente para la sentencia denegatoria» (*IMCJS*, 220; la cursiva es mía). Tenían razón porque lo que fundamentaría de manera suficiente la sentencia desestimatoria sería la ausencia de la obligación del demandado *junto con* la obligación del juez, cuando una norma del sistema secundario la establezca y *sólo* si la establece, de desestimar en tal caso la demanda. Ahora bien, lo que ocurre es que una norma semejante, por más que como toda norma sea sin duda contingente, existe de hecho en todos nuestros sistemas jurídicos<sup>15</sup>. Ésta es, no cabe duda, una pura cuestión empírica: pero no tengo noticia de un solo sistema jurídico real en el que el juez no tenga el deber de desestimar una demanda con la que el actor pretenda que se obligue al demandado a hacer algo que según el sistema primario no tiene el deber (concluyente) de realizar. La insistencia en que las cosas *podrían* ser de otro modo es, desde el punto de vista teórico, impecable. Pero un rasgo *contingente* puede ser sin embargo *importante* a la hora de caracterizar los sistemas jurídicos reales. Y no sé si un tipo de teoría del Derecho pronta a desdeñar lo que es verdadero en relación con los sistemas jurídicos reales porque no lo es necesariamente en relación con todos los sistemas jurídicos posibles<sup>16</sup> es realmente el más interesante.

<sup>14</sup> Vid. J. C. BAYÓN, «Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas», cit. (en nota 2), 67.

<sup>15</sup> P. NAVARRO —*op. cit.* (en nota 1), 25-26— ha sostenido que «es dudoso» que realmente sea así y que, de todos modos, lo único que se habría mostrado «en el mejor de los casos» es que «*en algunos sistemas* [la cursiva es suya]» el juez debe rechazar la demanda si el demandante no tiene derecho a que el demandado haga lo que el actor pretende. Sus dudas respecto a la existencia en nuestros sistemas de una norma que impone ese deber al juez derivan, como ya apunté, de un argumento que no distingue adecuadamente entre calificaciones normativas *prima facie* y calificaciones normativas concluyentes. En cuanto a su apreciación de que como mucho ésa será la situación «en algunos sistemas», si fuese acaso la aserción positiva de que se da sólo en *unos pocos* de los sistemas jurídicos reales, y no meramente una forma de repetir que no tiene por qué darse en *todo* sistema jurídico concebible, me parece que sencillamente no se correspondería con la realidad.

<sup>16</sup> Y tampoco hay que ser *naïf* en relación con este punto: asoma aquí el problema teórico, cualquier cosa menos sencillo, de determinar qué rasgos «necesarios» o «definitorios» habría de tener algo para contar como «un sistema jurídico» posible.

Pero, aun con tales reservas, cabría preguntarse si admitiendo lo que aquí he admitido no he acabado, lisa y llanamente, dando por buena sin más la posición que siempre ha sostenido BULYGIN. Creo que no. Y explicar por qué nos lleva finalmente a la cuestión de qué es lo que entiendo que, por su parte, habría de conceder BULYGIN. Si mi error fue sugerir que *basta* con que el sistema del ciudadano no establezca nada acerca de la conducta del demandado para que el juez *deba* rechazar la demanda, el error de BULYGIN radica en sostener que *basta* con que el sistema del ciudadano no establezca nada acerca de la conducta del demandado para que el juez *no tenga ningún deber* determinado<sup>17</sup>. Y ninguna de las dos cosas es cierta. No lo es la primera, porque la ausencia de regulación en el sistema primario no es *suficiente* para que el juez tenga el deber específico de desestimar (hará falta, además, una norma del sistema secundario que en dicho supuesto le imponga ese deber). Ni tampoco es cierta la segunda, porque de la ausencia de regulación en el sistema primario no se sigue *necesariamente* que no tenga ningún deber específico (en concreto, no se seguirá si, como sucede de hecho en nuestros sistemas jurídicos, existe en el sistema del juez una norma que le impone en tal caso la obligación de desestimar)<sup>18</sup>.

Una vez aceptado por mi parte que la ausencia de regulación en el sistema primario no es fundamento *suficiente* del deber del juez de desestimar, ¿no acabaría disolviéndose nuestro desacuerdo respecto de esta cuestión específica sí, por su parte, aceptara BULYGIN que la regulación en el sistema primario no es *necesaria* para que el juez pueda tener dicho deber? A mí me parece que sí.

---

<sup>17</sup> Y no creo que pueda discutirse que eso es exactamente lo que sostiene BULYGIN. Se sostenía ya en *Normative Systems*, donde se decía que «si el sistema del [ciudadano] nada dice acerca de la conducta del demandado, *el juez no tiene ninguna obligación específica*» (IMCJS, 215; la cursiva es del original) y, de modo aún más claro y terminante, que «la solución de un caso individual *sólo* está justificada si se halla fundada en el sistema primario, es decir, si es la misma solución que ese sistema correlaciona con el caso genérico correspondiente» (IMCJS, 220-221; la cursiva es mía). Y BULYGIN mantiene esa posición en el trabajo incluido en este volumen, donde reitera que «en ausencia de toda norma *referida a la conducta del demandado* [...] el juez no tiene ninguna obligación específica» (la cursiva es mía).

<sup>18</sup> Creo que concebir del modo descrito la relación entre sistema primario o del ciudadano y sistema secundario o del juez sirve también para disolver las paradojas a las que BULYGIN me enfrenta. En su opinión, mi punto de vista me aboca a dos conclusiones absurdas: «que todo caso que por hipótesis no está regulado (mera no prohibición) está regulado» y que «todo caso para el cual por hipótesis no hay consecuencias normativas en el sistema (caso no prohibido), en realidad tiene consecuencias normativas en el sistema». Pero creo que las paradojas se disipan si, introduciendo aquí la diferencia esencial entre sistema primario y sistema secundario, se dice que un caso puede no estar regulado (mera no prohibición) *en el sistema primario* estando en cambio regulado *en el sistema secundario* qué es lo que el juez debe fallar al respecto, de manera que aun no habiendo «consecuencias normativas en el sistema» (*del ciudadano*), hay en realidad «consecuencias normativas en el sistema» (*del juez*).



**UN DEBATE SOBRE LAS TEORÍAS  
DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA**

*A DEBATE ON THE THEORIES  
OF LEGAL ARGUMENTATION*



# RAZONES PARA NO CREER EN LA ACTUAL TEORÍA (ILUSIONISTA) DE LA ARGUMENTACIÓN

## Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional

(Observaciones sobre la falaciocidad de ellas como descripción  
del pensamiento judicial y también acerca de su inocuidad  
como propuesta práctica para este mismo) \*

Enrique P. Haba

*Universidad de Costa Rica*

**RESUMEN.** Las teorías dominantes («estándar») sobre la argumentación jurídica pecan no tanto por buena parte de cuanto dicen..., ¡sino sobre todo por lo que *no* dicen! Son teorizaciones *pseudo*-descriptivas —basadas en unas «*intellectualist assumptions*»— con respecto a los razonamientos jurídicos. Así ellas conducen a apartar la vista de los decisivos ingredientes de *anti*-racionalidad, señaladamente las falacias típicas del «Síndrome normativista», con base en los cuales se arman muchos de esos discursos *en la práctica*. Por lo demás, dichas concepciones fijan la atención simplemente en ciertos aspectos *semánticos* de la discursividad jurídica, haciendo abstracción de sus dimensiones *pragmáticas*. La Teoría «estándar» de la Argumentación resulta especialmente apta para ser asumida como ideología profesional («*storytelling*») de los operadores del Derecho positivo, es la más reciente: sus embellecimientos teoréticos (una «cirugía estética» frente a los razonamientos judiciales normales) y sus cómodos silencios (ante el Síndrome normativista y las consecuencias prácticas) legitiman los *modus operandi* tradicionales de esos operadores. Lo que aquí está en discusión no es *si* los juristas argumentan, sino *cómo* estas argumentaciones son *de veras*.

**Palabras clave:** pensamiento jurídico, Teoría («estándar») de la Argumentación, «síndrome normativista», ideología profesional.

**ABSTRACT.** Theory of Legal Argumentation —in its «standard» version— sins mainly, not by everything that their authors say, but essentially by what they *do not say!* Anyway, these theorizations are but pseudo-descriptions of legal reasoning —based on some «*intellectualist assumptions*»— for they look away from a net of current typical fallacies (the «*normativist Syndrome*») on which much of legal discourses are built upon in practice. The «standard» view about legal argumentation disguises such antirational ingredients. Moreover, it habitually concentrates only on certain *semantic* issues of legal discourses, but it doesn't pay attention to their *pragmatics* —*i. e.*, the very practical consequences of any argument in different social and individual contexts—. Indeed,

---

\* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

those theories offer a professional ideology (storytelling) for lawyers, since their theoretical embellishments (something like a «plastic surgery» with regard to actual judicial reasoning) and, in addition, their convenient silences provide a comfortable legitimization for the traditional *modus operandi* of legal thought. Here is not under discussion whether or not jurists argue, but the question is *how* do they *really* make that.

**Keywords:** legal thought, «standard» Theory of Argumentation, the «normativist syndrome», professional ideology.

«La facultad de pensar idealmente constituye la ventaja peculiar del jurista teórico, y ella consiste en la facultad de *desligarse*, en el pensar jurídico, de todos aquellos presupuestos que atañen a la realización *práctica* de los problemas».

JHERING

«When one realises the non-rational character of most social behaviour, they (people) are apt to regard one as very wicked, as if one wishes it to be so. Not at all: one only wishes human beings were more rational, or at least more reasonable. They could well afford to be. But it is silly, and apt to be dangerous to the best causes in the world, to take your illusions for things as they are. *That is all*».

A. L. ROWSE

«La “reconstrucción” parece más bien una cirugía estética».

C. COURTIS

En la actualidad se viene imponiendo como visión bastante popular en el seno de la profesión jurídica la idea de que los razonamientos de esa disciplina ponen en ejercicio una *racionalidad* —o «razonabilidad»— bien *específica*, esencialmente *argumentativa*. Pues bien, si no se me toma demasiado a mal atreverme a caricaturizar un poco —sólo para anticipar lo más gráficamente posible por dónde corre el fondo mismo del asunto— en qué consiste básicamente tal perspectiva teórica, me atrevería a decir que ella viene a ser algo así como destilar unos programas dirigidos a que los gatos ladren bien o que los perros maúllen afinadamente. A lo largo del examen que presentaré aquí, habrá oportunidad de poner sobre el tapete las *razones* (propriamente) por las cuales tal símil es, si no me equivoco, apenas levemente exagerado.

Esta nueva ideología de legitimación para las formas con que el gremio de los juristas desempeña sus discursos propios, señaladamente en los tribunales, ha venido tomando el lugar que antes se le adjudicaba a la forma silogística para garantizar —sustentadamente— el rigor del razonamiento en las sentencias. Si bien en la Teoría General del Derecho había sido abundantemente demostrado, al menos desde finales del siglo XIX, que la «seguridad» de tales silogismos es una ficción, dada la contingencia en las maneras de obtener el contenido de sus premisas, empero tal ideología no podía ser dejada simplemente de lado sin afectar la credibilidad de las resoluciones judiciales. Había que seguir aferrándose a ella, *nolens volens*, mientras no se tuviera a mano en reemplazo otra teorización capaz de cumplir funciones de legitimación similares, esto es, justificar la credulidad en que esas resoluciones son el producto de unas inferencias *objetivamente* «racionales».

En años recientes se encontró por fin un sustituto ideológico viable, vale decir, lo bastante creíble a primera vista como para alcanzar suficiente difusión en satisfacer esas funciones ideológicas: la «racionalidad» de los razonamientos jurídico-profesionales en general, se presenta ahora como asegurada en virtud de su carácter *argumentativo*. Sin perjuicio, eso sí, de mantener las formas tradicionales de esos razonamientos, esto es, simplemente re-conociéndolas como plenamente legítimas tal como han sido y siguen siendo. Cambia así la forma teórica de *ver* —intercambio de argumentos (discurso «dialógico»), en vez de silogismo (discurso «monológico») <sup>1</sup>— cómo se constituyen las fundamentaciones judiciales, pero sin necesidad de cambiar las vías de pensamiento *en sí mismas* usadas tradicionalmente para desempeñar tales discursos. Más aún: estos mismos, *¡tal como son!*, hasta llegan a encomiarse al punto tal de promocionarlas a título del mejor modelo para los razonamientos de la «Razón práctica» en general (ética, política, etc.).

Desde luego, las visiones «argumentativistas» sobre el razonamiento jurídico son una caracterización señaladamente menos simplista que la del «silogismo judicial». Así es cómo, al fin de cuentas, las ideas más difundidas de la nueva orientación —su teoría «estándar» (*infra*, § 2)— vienen a ser todavía mucho más engañosas que aquello del silogismo judicial. Cuanto ellas disimulan resulta menos patente a primera vista, por venir «mechado» con observaciones en donde se ponen de manifiesto unos aspectos que efectivamente pueden darse en las argumentaciones jurídicas. Como toda ideología, ella se hace creíble justamente por contener también referencias a unos aspectos empíricos perceptibles a primera vista. Solo que, mediante el relato ideológico (*storytelling*) <sup>2</sup>, esos aspectos se exhiben descontextualizados —los estudios «argumentativistas» hacen abstracción del *Síndrome* normativista (*infra*, § 3) y de la *pragmática* discursiva— y por cierto muy hipostasiados —esa «racionalidad» o «razonabilidad» general atribuida a los operadores jurídicos—. Por lo demás, algunas de esas teorizaciones llegan hasta a ser singularmente sofisticadas: así unos disfraces logicistas como los pergeñados por R. ALEXY para presentar los procedimientos de «ponderación» de principios constitucionales; este autor se vale de ciertos artificios formulistas que dejan escondido —bajo esa maraña de esquematizaciones lógico-matemáticas, supuestamente «objetivas»— el carácter básicamente ideológico-voluntarista que tienen las derivaciones conceptuales efectuadas mediante tales razonamientos <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. E. PIACENZA, *Teoría de la argumentación. Lógica y no-monotonía*, Memorias del ciclo de conferencias «XXX Aniversario del Centro de Estudios Filosóficos “Adolfo García Díaz”», Maracaibo, 1998.

<sup>2</sup> Cfr. C. SALMON, *Storytelling. La máquina de fabricar historias y formatear las mentes* (trad. I. Bértolo), Barcelona y *vid. infra*, § 9, 2008.

<sup>3</sup> Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en GARCÍA AMADO, *El Derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, 2010, 207-245. Pero cabe reconocer que aun esas logicificaciones 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 [cfr., de este autor, *Principia iuris. Teoría del diritto e della democrazia*, Roma, 2007, esp. su t. III]. No sólo es imposible de hecho que los juristas *prácticos* se consagren a semejantes escolasticismos, sino que mediante estos últimos se esfuman aquellas cuestiones en debate que deciden verdaderamente cuáles son las respuestas efectivas en las disputas jurídicas reales; por lo demás, a cualquier conclusión jurídica viable se llega igualmente sin necesidad alguna de someterla a otra «cámara de torturas» (RADBRUCH) más, en este caso

Así y todo, cabe reconocer que esas teorías «estándar» no dejan de hacer referencia, como ya dije, a ciertos aspectos que efectivamente suelen formar parte de los discursos jurídicos, ya sea dejándolo ellas señalado de manera llana (el mejor ejemplo son los correspondientes estudios de PERELMAN) o aun bajo unas conceptualizaciones bastante artificiosas (p. ej., ALEXY). Mas ello no quita que, al fin de cuentas, los énfasis principales de los planteamientos efectuados en tales estudios vengan a sustentar la misma disimulación de fondo propiciada por la tradicional tesis del silogismo. Tanto en estas modernas visiones «argumentativistas» como en la clásica, en ambas se exhiben cual si fueran esencialmente «racionales», o ahora llamándolos «razonables», unos desempeños discursivos que, analizados sin cohonestarles sus eufemismos disimulantes ni «hacer la vista gorda» frente a las falacias de razonamiento muy corrientes allí, *en la práctica* son producto de ciertos hábitos de pensamiento engañosos (una variedad de «celadas» lingüísticas) y están sujetos a múltiples condicionamientos fáctico-sociales (limitaciones materiales, grupos de presión, intereses personales de los propios operadores). Los estudios que responden a las teorías dominantes sobre la argumentación jurídica, no menos que la visión silogística, suelen hacer abstracción de todo eso.

Señalado de la manera más sintética: dichas teorías pecan no tanto por todas las cosas que dicen... ¡sino sobre todo por lo que *no* dicen! Son unas teorizaciones pseudo-descriptivas con respecto a los razonamientos jurídicos. De hecho, ellas conducen a apartar la vista (*storytelling*, ideología profesional) de los decisivos factores de *no*-racionalidad con base en los cuales a menudo son configurados esos discursos en la *práctica*, por parte de sus operadores normales. Lo que aquí será sometido a discusión no es si los juristas efectúan unas argumentaciones, hecho indubitable, sino *cómo* ellas son en la práctica misma del Derecho. Para explicarme, seguiré el plan de exposición siguiente:

### 1. Visión general:

I. TEORÍA «ESTÁNDAR» VS. «SÍNDROME NORMATIVISTA»: 2. Rasgos fundamentales de la concepción ilusionista sobre las argumentaciones que efectúan los juristas: su teoría «estándar». 3. El Síndrome normativista.

II. CARÁCTER SUPRAEMPÍRICO DE LAS TEORÍAS ARGUMENTATIVO-«RAZONABILISTAS»: 4. La apología subrepticia. 5. Incertidumbre y manipulabilidad de lo que es llamado «razonable». 6. Esas teorías sobre la argumentación jurídica constituyen sobre todo una modalidad de *prédica*, no son una explicación *empírico*-científica.

III. «RACIONALIDAD» COMO EXPEDIENTE PARA TEORIZACIONES ESCAPISTAS: 7. «Racionalidad» o «razonabilidad» fantasiosas, en la actual Teoría del Derecho (y la falacia intelectualista). 8. Discusión: ¿No es cierto que dichas teorizaciones («estándar») disimulan el decisivo papel que en las argumentaciones jurídicas juegan el Síndrome normativista y los condicionamientos societales efectivos? 9. Excurso: Distintas funciones discursivas de lo «ideal» (puede servir para delinear modelos ya sea de enjuiciamientos, de comparaciones *empírico*-científicas o de disimulaciones ideológicas).

---

a una tan máxima e inútilmente pedante como lo es todo ese formulario superfluo [*vid.* también *infra*: n. (nota) 53 *in fine*].

IV. CONCLUSIONES FUNDAMENTALES: 10. «*Storytelling*» como resultado: la Teoría «estándar» de la Argumentación jurídica es una ideología profesional. 11. Epílogo: ¿Es dable tener una teoría realista de la argumentación jurídica?

## 1. VISIÓN GENERAL

Según los autores de esa corriente, Teoría de la Argumentación jurídica, ésta daría cuenta, presuntamente, de cuanto constituye la «técnica» por excelencia empleada por los operadores del Derecho, en especial la de los jueces. Ello se ofrece como explicación —*descripción*: la práctica jurídica tal como ella es—, pero a la vez se propone como guía —modelo *normativo*: exhortaciones a cómo ella *debe* ser—, para el pensamiento jurídico profesional; por lo general, eso sí, esto es presentado *sin* discriminar bien entre lo uno y lo otro. Daría la impresión, leyendo a esos autores, que no vale la pena poner de manifiesto diferencias importantes entre esos dos planos. Vale decir, que la «racionalidad» predicada para el segundo —unos modelos ideales— se correspondería igualmente (o poco menos) con la generalidad de cuanto acontece efectivamente en el primero —las prácticas judiciales mismas—; algo así como si se tratara de una sola moneda —discursividad jurídica *in genere*— cuyas dos caras (razonamiento jurídico ideal/discursos jurídicos efectivos) son gemelas, o cuasigemelas.

En su aplicación a los discursos jurídicos, la Teoría de la Argumentación se refiere principalmente al razonamiento en sede judicial. Estos razonamientos comprenden dos órdenes de cuestiones que, si bien pueden aparecer finalmente combinadas en la fundamentación global, responden a dos órdenes de indagaciones de carácter muy distinto el uno del otro: respectivamente, hechos («es») y normas («debe»). En efecto, allí se trata de: *a*) comprobar si tales o cuales *hechos*, o ciertos aspectos de éstos, tuvieron o no tuvieron lugar realmente, y *b*) determinar si unos criterios *normativos* (legales, jurisprudenciales, doctrinarios, etc.) son aplicables a esos hechos y en qué forma, de lo cual se siguen qué deberes o derechos sean los invocables jurídicamente.

Si bien caben argumentaciones para discernir aspectos ya sea en uno o en el otro de estos dos planos, los estudios de teoría de la argumentación jurídica se concentran en hacer ver condiciones específicas para obtener los contenidos del plano normativo propiamente. En efecto, las maneras de argumentar examinadas en tales estudios corresponden a razonamientos utilizados para explicitar el sentido de unas *normas*, dadas por textos legales o consistentes en criterios doctrinales. De ahí que la discusión sobre Teoría de la Argumentación que plantearé en el presente estudio no se refiere para nada a las elucidaciones en sede judicial sobre comprobación o refutación de hechos (por más que sea sola o principalmente esto último, muy a menudo, lo que se encuentra en discusión allí).

En las maneras cómo dicha Teoría la sostienen autores muy citados en los estudios de lengua española para ese campo, ella permite cubrir con un halagador (para la conciencia jurídica profesional) manto de embellecimiento los modos de razonar que cultivan normalmente los juristas. Semejante enfoque teórico se acopla a

las mil maravillas con la orientación básica del pensamiento jurídico corriente: no menos en aquél que en éste, las formas de encarar sus razonamientos se contentan con examinar sólo ciertos planos esencialmente *semánticos* del pensamiento jurídico, cual si se tratara de algo así como unas «novelas de conceptos»<sup>4</sup>. Así dichas teorizaciones con respecto a las argumentaciones jurídicas, en los modos —¡idealistas!— como éstas son presentadas en los escritos de esos autores, en definitiva no significan sino otra forma más de encerrar al pensamiento sobre el Derecho en unos «cielos»<sup>5</sup> discursivos. Con ello queda fuera de foco, enteramente o poco menos, la *pragmática* («tierra»)<sup>6</sup> de los discursos jurídicos efectivos, para cuanto en éstos no sea discutir nada más sobre las pruebas materiales con respecto a unos hechos judiciales.

En efecto, tales aproximaciones se ocupan muy poco o nada de dirigir la mirada hacia las realidades psicosociales que en la práctica condicionan, decisivamente, la producción de los discursos desempeñados por los operadores jurídicos. Ellas dejan confinado entre bambalinas nada menos que lo siguiente, como si todo eso no influyera para nada o muy poco en los discursos *mismos* efectuados por la judicatura: infraestructura material de los tribunales (superabundancia de casos por resolver, kafkiano tramiterío burocrático interno), mentalidades de los propios jueces (precomprensiones ideológicas, prejuicios, temperamentos), sometimiento intelectual de los operadores jurídicos a sus trucos retóricos corrientes [«Síndrome normativista» (abrev: Síndrome)<sup>7</sup> y demás], influencia de presiones personales y sociales en general. Menos que menos se interesan dichos estudios por indagar qué repercusiones *reales* tenga el empleo de unos u otros argumentos invocados, qué consecuencias sociales efectivas se siguen de elaborar los discursos según unas u otras formas en los razonamientos jurídicos «vivientes». Así la «argumentación» jurídica —convenientemente estetizada— que nos presentan tales teorías viene a constituirse, en definitiva, ni más ni menos que en un expediente teórico de disimulación frente a las prácticas más comunes —¡las más efectivas!— de los razonamientos efectuados en el ejercicio profesional normal por los operadores del Derecho.

Es verdad que esas prácticas consisten, al menos su superficie manifiesta, en unos ejercicios de *argumentación*. Sólo que:

a) Estas argumentaciones en sí mismas no suelen responder, *de hecho*, a los parámetros aséptico-idealistas de que se ocupan los trabajos de aquellos teóricos; en la práctica ellas suelen ser, en muy buena parte, de orden esencialmente retórico-contingente, basadas en falacias del Síndrome (*infra*, § 3).

b) En dichos estudios, las «argumentaciones» son examinadas principalmente (por no decir únicamente) en cuanto a cuál sea su aceptabilidad en sí y por sí; vale decir, como unos juegos semánticos *autosuficientes*.

<sup>4</sup> Vid. 2011<sup>a</sup>, esp. VII.2. Cuando, como en esta nota, se señala solamente el año de edición del trabajo referido, sin indicación expresa de autor, se trata de alguno de los estudios consignados al final del presente artículo, en la lista: *Trabajos complementarios del autor*.

<sup>5</sup> Cfr. R. VON JHERING, *Broma y veras en la Jurisprudencia* (trad. T. A. Banzhaf) (or. alem. 1860-1884), Buenos Aires, Parte III, 1974. Las palabras de ese autor ubicadas en el *motto* del presente estudio se encuentran en la 307 [negr.(negritas) añadidas por mí, e.p.h.] de dicha obra.

<sup>6</sup> Vid. el sitio señalado en la nota anterior.

<sup>7</sup> *Infra*, § 3.

c) En cambio, se hace caso omiso de indagar cuáles son las consecuencias empíricamente comprobables —¡*pragmática* lingüística!— en cuanto a efectos *reales* (los beneficiosos y también los perjudiciales) que unas u otras argumentaciones efectivamente presentadas en los tribunales, y en general los modelos que en esos estudios se proponen para ello, tienen sobre los propios seres humanos que reciben estos efectos (si los hay) en carne propia.

De ahí que, y poco importa las buenas intenciones que posiblemente mueven a sus autores, la clase de estudios sobre la argumentación jurídica que están en boga en Teoría del Derecho se dedican a algo así como «tocar la lira»<sup>8</sup> ante *a)* y *b)*. Con esa música, arrulladora para la autocomplacencia tanto de los círculos académicos ocupados en entonarla como también de la profesión jurídica en general, el razonamiento cultivado por la doctrina normal del Derecho y en los tribunales está de parabienes, ¡no faltaba más! Hoy por hoy, es ésa la ideología de autolegitimación más popular en el gremio de los juristas.

Por supuesto, no todo lo que dicen esas teorías es erróneo. Cabe reconocer que ciertos aspectos allí señalados no dejan de desempeñar también un papel en los razonamientos jurídicos; empero, aun siendo así, en la realidad suele suceder de maneras subordinadas a, y decisivamente limitadas por, aquellos otros factores de los cuales ellas *no* se ocupan. También es cierto que, a pesar de todo, sería muy exagerado decir que el razonamiento jurídico es simplemente extrarracional o del todo antirracional. Son cuestiones de grados: en algunos aspectos y casos es mayor, en otros es menor, en la medida en que esos razonamientos se ven afectados por dicho Síndrome y en general por encoger sus argumentos a moverse en unos niveles esencialmente semántico-dogmáticos. El pecado genérico de las teorizaciones «estándar» sobre las argumentaciones jurídicas es enfocarlas como si semejantes gradaciones no existieran, o fueran mínimas y más bien excepcionales; en fin, como si la importancia de éstas fuese baladí para examinar tales argumentaciones en sí mismas.

Por el contrario, si cabe una teoría *realista* de la argumentación jurídica, su principal énfasis será muy otro: poner de manifiesto cómo tales o cuales especies de argumentaciones habituales en ese campo, aun cuando lleguen a seguir unos requisitos formales «dialógicos», empero sólo son *débilmente* (deficitariamente) racionales o razonables, por encontrarse subordinadas al Síndrome (*infra*, § 3) y demás. En una palabra: mientras la teoría «estándar» se ocupa de cómo las argumentaciones jurídicas *deberían* ser, toda teoría realista prestará mucha atención (*infra*, § 11) a cómo ellas *son* en las propias prácticas cotidianas de los operadores jurídicos corrientes.

En las secciones que siguen paso a explicar más detenidamente las tesis que he adelantado en esta introducción.

---

<sup>8</sup> *Infra*, nota 75.

## [I]

## TEORÍA «ESTÁNDAR» VERSUS «SÍNDROME NORMATIVISTA»

**2. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA CONCEPCIÓN ILUSIONISTA SOBRE LAS ARGUMENTACIONES QUE EFECTÚAN LOS JURISTAS: SU TEORÍA «ESTÁNDAR»**

Como teorías de la argumentación caben dos grandes tipos de enfoques. Tienen su origen principal, respectivamente, en dos obras fundamentales publicadas en 1958: PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*; TOULMIN, *The Uses of Argument*. La orientación de la primera de esas obras es de corte minuciosamente analítico-*realista*, de donde resultan implicaciones críticas radicales con respecto a los discursos examinados. La segunda obra, en cambio, está centrada en presentar y justificar un modelo *ideal* para esos discursos, los de la llamada «Razón práctica».

Pero el impulso básico del giro hacia la visión «argumentativista» sobre el razonamiento *jurídico* en particular, por cuanto hace a la decisiva influencia de PERELMAN en tal sentido, no responde a la «vis» dominante en dicho *Traité*. Con esta sensacional monografía había culminado la primera etapa del pensamiento de ese autor, dentro de la cual el otro estudio insustituible fue su desmistificador análisis sobre los usos del término «justicia» (*De la justice*, 1945)<sup>9</sup>. En cambio, la aplicación y prolongación de ideas de dicho autor en estudios de Teoría del Derecho responde sobre todo a la tesis central sustentada en otros trabajos suyos, ulteriores, que por cierto no son nada críticos —¡es todo lo contrario!— con respecto a los razonamientos típicos de la profesión jurídica: básicamente, su libro *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (1967). Complementariamente, la corriente «argumentativista» relativa al Derecho se afina también en la cuestión de la «tópica» jurídica (punto de vista introducido por el clásico estudio de VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 1953); hasta el propio PERELMAN incluye tal dimensión en el mencionado libro.

En efecto, las sucesivas teorizaciones sobre la argumentación jurídica no adoptaron una dirección similar a la del *Traité*, sino que están emparentadas sobre todo con la actitud intelectual de PERELMAN en la segunda etapa (bien puede decirse así) de su trayectoria intelectual, cuando sus estudios dieron un giro hacia perspectivas sustancialmente contemporizadoras, en trabajos como *Logique juridique...* Entonces sus exámenes, si bien siguen empleando ciertos conceptos básicos de la etapa anterior (orador y auditorio, adhesión y persuasión, etc.), hicieron a un lado los «filos» inconformistas. Pasaron a constituirse más bien en una apología del pensamiento jurídico profesional; están dirigidos nada menos que a *justificar* la pertinencia intelectual de este mismo, sus modos tradicionales de razonamiento, esencialmente análogos (cuando no iguales) a los de hoy.

Al decir «Teoría de la Argumentación», en general, aquí entiendo referirme a esa última clase de aproximaciones con respecto a los razonamientos jurídicos, las de

<sup>9</sup> C. PERELMAN, *De la justicia* (trad. R. Guerra) (ed. or. fr. 1945), México, 1964.

orientación predominantemente idealista-escapista. En efecto, tales aproximaciones se hermanan, todas ellas, en cuanto a presentar esos razonamientos de unas maneras que dejan fuera de foco la falaciosidad de los principales recursos comunes de carácter retórico-erístico en que suele enhebrarse la «racionalidad» de los argumentos invocados por los juristas. Quedan disimulados, así, los básicos vicios de pensamiento que suelen dominar en discursos habituales de sus operadores profesionales *reales*, quienes en esos estudios ceden el lugar a unos razonadores ideales (¡... pero sin aclarar que éstos son tales, no los locutores empíricos de la profesión jurídica tal como ella es ejercida *en la práctica!*).

Sí, el impulsor básico del giro hacia la visión «argumentativista» sobre el razonamiento *jurídico* fue ese PERELMAN ya «sin filo». Pero no menos cierto es que desde antes, contemporáneamente al propio *Traité*, hubo también otro trabajo fundamental en la materia: el mencionado estudio de TOULMIN. A diferencia del desmistificador detallismo realista sobre argumentaciones «vivientes» que despliega la excepcional monografía de PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, en *The uses...* queda prefigurado el culto a la visión *idealizada* de la Razón práctica, pues también TOULMIN, allí, la percibe como conformada esencialmente por unas argumentaciones bien «racionales» (si bien subrayando que tal «racionalidad» es de otro tipo que la propia de las inferencias meramente lógico-formales y también que aquellas usadas por las ciencias de la naturaleza).

Ya en dicho estudio de TOULMIN, el cual por cierto es iluminador en muchos aspectos, se procede a encarar como si fueran la misma cosa, implícitamente, o en todo caso no se distingue consecuentemente entre: *a*) unas estructuras *ideales* señaladas para argumentar; y, en cambio, *b*) cómo funcionan *realmente* las argumentaciones «vivientes» que constituyen los discursos habituales de la política, el Derecho, los juicios éticos y otros. En efecto, también ese autor sucumbió allí a la candidez de tomar como modelo por excelencia de «procedimiento *racional*», ni más ni menos que la retórica jurídica profesional —sin parar mientes en el Síndrome (*infra*, § 3) y demás «celadas» lingüísticas que la vertebran sustancialmente—, como tampoco se fija en las mitificaciones simbólico-ideológicas que esos argumentos, justamente ellos mismos, recogen y revalidan como la cosa más natural del mundo<sup>10</sup>:

«... *take as our model the discipline of jurisprudence. Logic (we may say) is generalised jurisprudence. (...) [W]e shall aim, in a similar way, to characterise what may be called "the rational process", the procedures and categories by using which claims-in-general can be argued for and settled*»<sup>11</sup>.

Da toda la impresión de que TOULMIN no tenía noticia (en todo caso, pareciera haber sido así por entonces) de que existen estudios realistas sobre el razonamiento jurídico. Pienso eso, no simplemente porque dicho autor no se ocupa allí de tales estudios, sino sobre todo por su idea de tomar nada menos que como el «modelo» por excelencia de «*rational process*» al razonamiento jurídico, presunción que resulta

<sup>10</sup> Léase, por todos, el imprescindible libro de T. W. ARNOLD, *The Symbols of Government*, New York, 1962 (ed. or. 1935). Quienes puedan consultar trabajos en lengua alemana no debieran pasar por alto el excepcional estudio de H. NEUMANN-DUESBERG, *Sprache im Recht* (El lenguaje en el Derecho), Münster, 1949 —¡nada que ver, claro está, con «construcciones» como las de ALEXY y Cía.!—.

<sup>11</sup> S. TOULMIN, *The Uses of Argument*, 7 [curs. (cursivas) añadidas por mí, e.p.h.], 1958.

difícilmente conciliable con tener conciencia acerca de cómo están conformados estos discursos *en la práctica*<sup>12</sup>. Esa concepción suya del razonamiento argumentativo es todo lo «celestial» que hace falta para conformarse con tomar como referencia la presentación que de las razones jurídicas ofrece la *law in books* (R. POUND)<sup>13</sup>. En tal sentido, este estudio clásico de TOULMIN viene a ser el antecedente básico de eso que ATIENZA llama «teoría *estándar*» de la argumentación jurídica (ALEXY y otros). Como veremos, esta última se encuentra conformada por aquellas orientaciones que, dentro de la moderna Teoría del Derecho, se ocupan de maquillar el razonamiento jurídico profesional mediante un tipo propio de idealizaciones, aquellas que responden al sello de presentarse como específicamente *argumentativo-razonabilistas*.

Los principales fundamentos teóricos de la presentación idealizadora que en la Teoría del Derecho domina hoy abrumadoramente acerca de las argumentaciones jurídicas se corresponden, como fuere, con las tesis básicas del segundo PERELMAN. Eso sí, la nitidez con que este último expone sus puntos de vista sobre esa temática los hace diáfanos para someter a examen lo esencial de esa posición, aprovechando que ahí ella se encuentra planteada de la manera más aguda y con entera llaneza. Considero que PERELMAN sigue siendo el pensador fundamental entre quienes han adoptado tal orientación, en general; es el más directo y también el menos fantasioso de todos ellos. A decir verdad, los trabajos posteriores dentro de esa corriente no han agregado nada decisivo, sólo unos u otros detalles secundarios (que en no pocos estudios hacen que éstos sean sólo más especiosos), a eso de PERELMAN y a lo de TOULMIN.

\* \* \*

Según TOULMIN y también para PERELMAN (2.<sup>a</sup> etapa), el razonamiento jurídico *tal como es* —vale decir, en virtud de su naturaleza *argumentativa*— constituye, tanto por su perfectamente adecuada legitimidad intelectual como por la aplicación general de tales formas de razonar en la práctica profesional, la vía ejemplar para resolver de la mejor manera posible las cuestiones sometidas a los tribunales, y hasta muchas otras de la Razón práctica en general. Las observaciones que al respecto pasaré a efectuar, en lo sustancial, son aplicables asimismo a las exposiciones de los autores que adoptan tal línea de pensamiento actualmente; si bien casi todos ellos, a diferencia del propio PERELMAN, suelen abundar en unas u otras suertes de pedanterías que disimulan el verdadero fondo —una *pseudorracionalidad*— del asunto.

¿Hace falta nombrar autores más mencionados hoy día que PERELMAN? Se trata, en definitiva, de quienes lideran lo que ATIENZA ha denominado: la *teoría «estándar»* de la argumentación jurídica. Este último destaca, para definir tal teoría:

<sup>12</sup> Sin embargo, años después nos encontramos con que el mismo autor formula unas observaciones que van en sentido muy distinto, y por cierto son realistas, al referirse críticamente a fantasías razonabilistas como la de HABERMAS-ALEXY. Dice entonces: es «... algo así como poner el carro delante del caballo...», el caballo es la comprensión de la naturaleza de la forma de vida, de la naturaleza del papel que el Derecho desempeña en la vida social...»; «... cualquier análisis de la argumentación jurídica tiene que entender la naturaleza de esta argumentación sobre el trasfondo de un análisis de la práctica jurídica, del papel del Derecho en la vida social...» [cít. en M. ATIENZA y M. JIMÉNEZ REDONDO, «Entrevista con Stephen E. Toulmin» (trad. M. Jiménez Redondo), *Doxa*, núm. 13, 1993, 329-356, líneas tomadas de las 330 y ss. (versalitas e.p.h.)].

<sup>13</sup> Cfr. K. L. LEWELLYN, «A Realistic Jurisprudence - The Next Step», *Columbia Law Review*, t. 30, 1930, 431-465. Para una síntesis en español de dicho estudio puede verse 2003 (§ 51) o 2007b (§ 247).

[...] catorce «rasgos característicos de esa nueva concepción», configurados centralmente en torno de unos u otros ángulos de credulidad racionalista básicos. Así: «4) [...] la importancia que se concede a la interpretación que es vista más que como resultado, como un proceso *racional* y conformador del Derecho. [...] 10) [...] la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino *razón* práctica [(i. e.): no sólo sobre medios, sino también sobre *fin*es (cognitivismo axiológico)] [...] [...] 13) [...] la convicción de que existen criterios *objetivos* [como el principio de universalidad o el de la coherencia o integridad (¡tales fórmulas vacías o semivacías!)] que otorgan carácter *racional* a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso. [...] 14) [...] una moral *racionalmente fundamentada* (cognitivismo axiológico)...»<sup>14</sup>.

Por mi parte, considero del caso completar tal enumeración con un rasgo adicional que es singularmente revelador. Justamente éste, el ignorado (o en todo caso callado) por los «argumentativistas», significa llamar la atención sobre algo que es de lo más sintomático para diferenciar *a fondo* dicha «nueva concepción» frente a cualquier mirada propiamente *realista* sobre los discursos jurídicos profesionales:

15) *¡apartar la mirada frente al Síndrome normativista!*

Este decisivo expediente de evasión [cuyos contenidos específicos detallaré más abajo: § 3] vertebrada a todas esas teorías «estándar», hermanándolas de raíz en su condición de racionalizaciones escapistas, más allá de las diferencias que entre unas y otras puedan darse en cualquier aspecto adyacente. Desde luego, esto no significa afirmar que esos autores no se hayan referido *jamás*, en unas líneas de sus publicaciones, a alguno o algunos de los ítems que componen ese Síndrome. Sí, pueden haber aludido a algo de eso, aunque sea de paso (nada importa que sin llamarlo así). Hasta estimo bastante probable que lo hayan hecho al menos con respecto a uno de esos puntos, el carácter convencional del lenguaje<sup>15</sup>, como personalmente lo he detectado en algunos de esos trabajos. Me extrañaría que la mayoría de esos autores no tengan ninguna noticia de ello<sup>16</sup>, simplemente. Pero el asunto es: no si lo saben o no lo saben, o si acaso lleguen a chistar algo sobre ello, sino cuál es el *papel* que lo de estar atento al Síndrome tenga en las enseñanzas fundamentales ofrecidas mediante tales teorizaciones. En todo caso, de hecho es como si no lo supieran. Sea por los motivos que fuere, los conocimientos al respecto no se ve que desempeñen ningún auténtico protagonismo en las elucidaciones que acerca del pensamiento jurídico proveen tales estudios.

**Suplemento:** *Autores que cultivan la teoría «estándar» de la argumentación jurídica.*

«De entre las teorías que han aparecido en estos últimos años, dos de ellas (elaboradas por N. MACCORMICK y por R. ALEXEY), son, en mi opinión, las que tienen un mayor interés y quizás también las que han sido más discutidas y han alcanzado una mayor difusión..., estas dos concepciones que, de alguna manera, vienen a constituir lo que podría llamarse la teoría estándar de la argumentación jurídica. De hecho, otras teorías formuladas aproximadamente en las mismas fechas y que también han conocido una considerable difusión —como las de A. AARNIO (1987) y A. PECZENIK (1989)— podrían considerarse como desarrollos de la de ALEXEY o, por lo menos, vienen a resultar compatibles, en lo esencial, con aquella teoría. [...] Ello no quiere decir, por otro lado, que MACCORMICK y ALEXEY representen, ni mucho

<sup>14</sup> Cfr. M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación, Concepciones de la argumentación*, Barcelona, 2006, 55 y ss.

<sup>15</sup> *Vid. infra*, § 3 (poco después de la nota 21, el punto 1.b).

<sup>16</sup> Vale decir, salvo DWORKIN (*cfr.* HABA, 2001a/2009a), y no muchos más (al menos entre los autores bastante nombrados).

menos, puntos de vista antagónicos con respecto a la argumentación jurídica o, en general, con respecto a la teoría del Derecho [...] (sino que esos dos autores) llegan a formular al final concepciones de la argumentación jurídica *esencialmente semejantes*» (ATIENZA, 2006a, 168 y ss., cursiva añadida). «Y, de hecho, muchos otros autores procedentes de tradiciones filosóficas o jurídicas muy diversas entre sí (el positivismo jurídico, el realismo, la teoría crítica, la hermenéutica, el neomarxismo, etc.) han defendido en los últimos tiempos tesis que, en el fondo, no se diferencian mucho de las de DWORKIN; pienso en autores como MACCORMICK, ALEXY, RAZ, NINO o FERRAJOLI (y es el caso también de ATIENZA)» (ATIENZA, 2006b, 55).

Hemos visto que ATIENZA señala catorce «rasgos característicos de esa nueva concepción». Es verdad que él no deja de efectuar la precisión siguiente: «Ninguno de esos autores asume todos los rasgos que ahora señalaré, pero sí la *mayoría* (o, al menos, un número *significativo*) de los mismos que, por lo demás, están estrechamente ligados con el enfoque *argumentativo* del Derecho» (*op. cit.*, 55 y ss., cursiva añadida). Por lo demás, téngase en cuenta sobre todo el rasgo (15) (*supra*), precisamente el que *no* figura en dicha lista. Tal omisión es plenamente compartida por *todos* esos autores (empezando por el propio ATIENZA).

\* \* \*

EN SÍNTESIS: Los modelos de argumentación presentados en los estudios «estándar» de Teoría del Derecho disimulan cómo operan los razonamientos jurídicos reales. Estos últimos ceden en ella el sitio a unas fórmulas de «racionalidad» o «razonabilidad» *extraempíricas*, propias de unos operadores jurídicos ideales, supuestamente ajenos al Síndrome. Por lo mismo, en tales aproximaciones quedan igualmente fuera de foco las condiciones de base *reales* —limitaciones materiales de los tribunales, ideologías, presiones sociales, enseñanza principalmente dogmática del Derecho— a que están subordinados los razonamientos jurídicos efectivos.

Pues bien, lo decisivo es tener claro en qué «terreno» —realismo *vs.* ilusionismos—<sup>17</sup> cada estudio toma asiento para sus exámenes sobre discursos jurídicos. Esos terrenos se diferencian de manera neta el uno del otro, en cuanto a *qué* se consigue «ver» al ubicarse en cada uno de ellos respectivamente. Frente a tal alternativa, cada autor no puede evitar tomar posición, quiéralo o no, sea explícita o implícitamente, de unas maneras u otras. Según de qué lado de la zanja divisoria, en cuanto al tipo básico de aproximación, estén ubicados los contenidos principales de los estudios en cuestión, *eso* será lo que «verán» respectivamente cada uno de ellos mismos. Esto es: o bien, los estudios no dejan de considerar como cuestiones ineludibles —y centrales!— lo puesto de manifiesto en los exámenes *no* «embellecedores» con respecto a dichos discursos [KANTOROWICZ, LLEWELLYN (1.ª etapa), FRANK, ARNOLD, SCHEUERLE, RÜTHERS, CARRIÓ, TARELLO, NIETO, etc.]<sup>18</sup>; o bien, en cambio, se satisfacen con apartar la vista de tales observaciones, que por cierto no resultan confortables para la «buena conciencia» gremial de la profesión jurídica. Cuál de esas dos actitudes se adopte, marca la diferencia clave entre las reflexiones propiamente realistas acerca del Derecho —inclaudicablemente «incómodas»— y todas las demás teorizaciones al respecto. La teoría «estándar» sobre la argumentación jurídica pertenece a este segundo género de aproximaciones, esencialmente *embellecedoras* en sus consideraciones sobre los razonamientos jurídicos profesionales.

<sup>17</sup> Vid. 2000.

<sup>18</sup> Cfr. también 2006a, *passim*.

### 3. EL SÍNDROME NORMATIVISTA

Es sabido que la discursividad jurídica no ofrece, ni puede llegar a ofrecer, ciertas rigurosidades metodológicas como unas que caracterizan a las ciencias «fuertes» (lógica formal y matemáticas, ciencias de la naturaleza). Las ciencias sociales en general, y la del Derecho entre ellas, son ciencias «débiles»; si bien no carecen de controles metodológicos propios, esos «métodos» suyos (si quiere llamárseles así) son señaladamente menos estrictos y uniformes, en sus empleos corrientes, que los procedimientos estandarizados a que recurre la ciencia «normal» (T. S. KUHN) en las disciplinas del primer tipo.

Los autores «argumentativistas» ponen el mayor énfasis en subrayar tal diferencia. En cambio, mantienen silencio sepulcral sobre una segunda diferencia, no menos verdadera y no menos fundamental que aquella primera. Esto es, la disparidad *radical* que hay entre el razonamiento jurídico normal y *todas las demás ciencias sociales*, en cuanto a lo siguiente: aquél suele valerse de una serie de «celadas» (WITTGENSTEIN) del lenguaje<sup>19</sup> y en general de ciertos *non sequitur* lógicos, parte de lo cual responde a figuras específicas de la «técnica» jurídica (p. ej., invocar «naturalezas» jurídicas) y otra parte proviene del pensamiento ideológico vulgar; en cambio, tales expedientes *no* dominan primordialmente —o al menos no lo hacen de manera generalizada— ni siquiera en dichas ciencias, por más «blandas» que ellas sean en tales o cuales aspectos<sup>20</sup>. Ni en la Sociología, ni en la Economía, ni en la Lingüística, ni en la Psicología, ni en la Antropología, ni en la Historiografía, y demás, «se vale» recurrir a aquellas celadas retóricas, que han sido desnudadas como tales precisamente por algunas de esas disciplinas en especial (análisis del lenguaje ordinario, crítica de las ideologías, epistemología del conocimiento científico-social).

En otros sitios he presentado un cuadro general de cuáles son, a mi juicio, los principales tipos de falacias que se hallan corrientemente en discursos jurídicos profesionales. Ellas conforman lo que he llamado: el *Síndrome normativista*. No quiere decir que lo consignado en éste agote las deficiencias que se presentan en tales discursos, pero sí apunta a una serie de vicios de razonamiento que son frecuentes ahí. Tampoco es que tales falacias, y otras falacias, se den todas ellas en cada uno de esos discursos, sino que son unas u otras, en medidas variadas, según casos y especies de cuestiones jurídicas encaradas; de todos modos, es raro que no se presenten al menos alguna o varias de ellas, sean cuales fueren, al resolver las cuestiones jurídicas debatidas efectivamente en los tribunales, así como también abundan en la dogmática jurídica en general.

Quiérase o no, el Síndrome constituye la base de «(ir)racionalidad» más general que se hace presente, una y otra vez, en los modelos de pensamiento que los juristas profesionales ponen en juego para desempeñar su labor discursiva específica como tales. Se trata de lo siguiente, sobre todo<sup>21</sup>:

<sup>19</sup> Cfr. 2003, esp. t. I, cap. II y ap. 2; o bien, más breve, 2007b, sec. D.I-II.

<sup>20</sup> Cfr. 2006a, sec. B.IV; para desarrollos más amplios, 1993 y 1995 (o sus reelaboraciones ulteriores) y 2006b.

<sup>21</sup> Para desarrollos más pormenorizados al respecto, *vid.* 2006a, sec. C.II.

1. Énfasis principal reservado a unas controversias terminológicas, con base fundamentalmente en:

a) Pasar por alto la diferencia clave entre cuestiones de hechos y cuestiones de palabras.

b) Desconocer —o al menos disimular— el carácter *convencional* del lenguaje y sobre todo el carácter *personal* de la elección efectuada por el propio intérprete de los textos jurídicos —si bien tal opción está limitada, de hecho, a no ultrapasar los márgenes (condicionamientos sociolingüísticos) de que éste disponga efectivamente en la práctica—.

2. Platonismo normativista como principal técnica general de examen, unas construcciones doctrinarias ubicadas en el «cielo» (JHERING); con omisión de los *tests* propiamente *empírico*-científicos, o recurso muy insuficiente a éstos, para aquilatar cómo los criterios ahí postulados funcionen (o no) en la realidad práctica.

3. Fundamentación jurídica mediante peticiones de principios y la aceptación simplemente dogmática —esto es, no *empírico*-crítica— de las ideas básicas manejadas allí.

4. Terminología «técnica» de tipo esencialista («naturalezas» jurídicas, clasificaciones y definiciones tomadas apriorísticamente como válidas *per se*).

5. Faltas de distinción entre «es» y «debe», las cuales provocan confusiones entre lo que corresponde respectivamente en atención a lo uno y a lo otro.

6. Recurso a un multicolor repertorio de conceptos jurídicos bastante indeterminados, que se invocan como si cada uno de ellos remitiera a *un* solo sentido identificable inequívocamente; entre los cuales a menudo figuran a título de última *ratio*, pseudometodológica, ciertas fórmulas vacías persuasivas con funciones de comodín retórico omniubicable («unidad» del Derecho, «proporcionalidad», «equilibrio», «racionalidad» o «razonabilidad», «sana crítica»...).

7. Recepción espontánea de universos simbólicos propios del pensamiento social vulgar (así: «justicia» y «equidad», «bien común», «interés» social o de «la» colectividad» o «nacional») <sup>22</sup>, a los que sin ninguna precaución analítica se recurre como asiento de las tesis propugnadas; pasando así por encima de precisiones decisivas que en la Sociología, la Psicología, la Lingüística y otras disciplinas se han aportado para desmitificar el uso de esos términos.

Cualquiera de estos ítems desempeña papel decisivo, a veces son unos y a veces otros, bajo variadas modalidades, tanto en la doctrina jurídica en general <sup>23</sup> como en numerosas resoluciones judiciales. Sin embargo, en los estudios sobre Teoría de la Argumentación nos encontramos con muy poca o ninguna referencia a la intervención de dichos elementos en las argumentaciones de los juristas. Poco importa, desde luego, cómo se le llame al conjunto de tales elementos o no asignarles ninguna etiqueta de denominación global; pero lo cierto es que si uno no conoce más que aquellos estudios, o sólo los de otras corrientes no menos escapistas de Teoría del Derecho (RAWLS <sup>24</sup>, lógica

<sup>22</sup> Vid. 2007b: esp. secs. B, C y D.

<sup>23</sup> Esto se puede apreciar muy netamente, p. ej., en los planteamientos del autor que en la actualidad es el más conocido propagandista del normativismo jurídico: *cfr.* 2001b (mejor 2009a).

<sup>24</sup> *Cfr.* 2009b.

deóntica y semióticas ilusionistas en general<sup>25</sup>, teorías de sistemas<sup>26</sup>, FERRAJOLI<sup>27</sup>, etc.), todo se ve como si los elementos del Síndrome no interviniesen en las argumentaciones jurídicas normales; o en todo caso, como si ahí la presencia de aquél fuese de importancia muy secundaria para determinar las orientaciones y las conclusiones mismas de los razonamientos basados en tales preconcepciones. Todo ello sin perjuicio de reconocer que, por cierto, en unas ramas del Derecho (señaladamente Derecho internacional público y Derecho constitucional) la presencia del Síndrome es mucho más frecuente y preponderante que en otras (Derecho penal, Derecho civil, Derecho registral, etc.).

## [II]

### CARÁCTER SUPRAEMPÍRICO DE LAS TEORÍAS ARGUMENTATIVO-«RAZONABILISTAS»

#### 4. LA APOLOGÍA SUBREPTICIA

Señaladamente en *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*<sup>28</sup>, PERELMAN expuso las razones fundamentales que se invocan para encomiar cómo funcionan las argumentaciones jurídicas. Ninguno de los autores «razonabilistas» posteriores ha logrado añadir, hasta donde tengo conocimiento, razones de mayor peso que las señaladas en tal sentido por aquél. Eso sí, ellos han venido a enredarlas con toda suerte de pedanterías (... *pour la galerie*), o en el mejor de los casos a complementarlas secundariamente con detalles que no cambian lo principal. Los exámenes de dicho autor siguen siendo los más atendibles dentro de esa gran corriente, tanto más cuanto que aparecen respaldados por una rica cantidad de ejemplos extraídos de los tribunales: los razonamientos jurídicos tal y como suelen llevarlos a cabo, o en todo caso presentarlos así, los jueces. Sin embargo, esta presentación ofrecida por PERELMAN no deja de ser más bien engañadora, disimula la verdadera naturaleza que tales argumentaciones suelen tener en la *práctica* jurídica. Paso a exponer directamente mi crítica al respecto, en consideración a los conocidos puntos de vista de dicho autor<sup>29</sup>. Esa crítica es extensible (... *et à plus forte raison!*) a los autores, en general, que pregonan la teoría «estándar» (basta con efectuar el siguiente experimento mental: suponiendo que las ideas centrales de PERELMAN fueran esencialmente erróneas, asimismo caerían por su base todas o la mayor parte de las principales tesis promovidas por autores más recientes, como ALEXY, AARNIO, ATIENZA y muchos otros).

Por lo pronto, importa llamar la atención sobre el hecho de que esa versión de PERELMAN sobre las características básicas del razonamiento jurídico no constituye simplemente algo así como una mera *descripción* al respecto. Es mucho más que eso. La manera cómo dicho autor nos presenta lo sustancial —según él— de tales razona-

<sup>25</sup> Cfr. 1996a y 2000.

<sup>26</sup> Cfr. 2006a, sec. C.II.1.

<sup>27</sup> Vid. *supra*, nota 3.

<sup>28</sup> La versión española es C. PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. L. Díez-Picazo), Madrid, 1979.

<sup>29</sup> Pienso que no es necesario reiterar aquí esas razones, suficientemente difundidas entre quienes se interesan por esta materia. La mejor presentación general que conozco sobre las ideas de PERELMAN es el diáfano librito de A. L. GÓMEZ GIRALDO, *Seis lecciones sobre Teoría de la argumentación*, 3.<sup>a</sup> ed., Cali (Colombia), 2003.

mientos contiene cierta *apología*, que casi siempre él la expresa en forma más bien velada, acerca del estado de cosas caracterizado así. En otro sitio, el propio PERELMAN llega a señalar sin tapujos ese carácter apologético: *cfr.*, p. ej., el artículo en donde subraya «Lo que el filósofo (¡y no solo éste!) puede aprender por el estudio del Derecho»<sup>30</sup>. También GADAMER consagró un apartado de su principal obra a destacar «El carácter paradigmático [*i. e.*, ejemplar] de la hermenéutica jurídica»<sup>31</sup>. Hasta estudios tan analíticos como el clásico de TOULMIN<sup>32</sup>, o p. ej., un excelente artículo de POIRIER sobre la cuestión<sup>33</sup>, si bien no sería justo calificarlos de propiamente apologéticos con respecto al pensamiento de los juristas, pueden ser usados en apoyo de posiciones semejantes; también POPPER había señalado ya algo por el estilo (*La lógica de la investigación científica*, § 30).

PERELMAN da por sentado que el pensamiento jurídico es y siempre será, como por esencia, incompatible con la sujeción a métodos propiamente científicos; y para referirse a éstos echa en un mismo saco, sin más, los de la lógica formal con los de las ciencias empíricas en general. Ahora bien, sobre todo en cuanto a estas últimas no es indiscutible, por cierto, que no se pueda llegar a incorporar unos métodos como aquéllos en el campo de las llamadas ciencias del espíritu: tanto para probar ciertos hechos o regularidades —la Sociología, por ejemplo, nos ofrece muestras patentes de ello—, como también en combinación con unos axiomas valorativos para extraer ciertas conclusiones normativas bien demostradas<sup>34</sup>. La posibilidad de que métodos análogos puedan o no llegar a ocupar también un sitio de importancia en la esfera del pensamiento jurídico es una pregunta abierta al futuro: ante todo en cuanto a la elaboración o adaptación de dichos métodos, pero además (¡casi nada!) por cuanto hace a la propia voluntad de los juristas para emplearlos llegado el caso. Puesto que PERELMAN ni siquiera plantea esta otra posibilidad, él no discute sus condiciones teoréticas ni tampoco sus obstáculos político-sociales, esa descripción suya, decididamente acrítica, que nos ofrece del quehacer jurídico funge, por tal unilateralidad, como una justificación —ideología profesional— del dominio absoluto de la tradición esencialmente normativista (Síndrome, etc.) en la metodología jurídica<sup>35</sup>.

No es convincente su afirmación de que, salvo si se acepta un camino como el señalado por la *nouvelle rhétorique*, no quedaría otra salida, para los juicios prácticos en general, que dejarlos librados a la irracionalidad pura y simple. El problema no afina en decidir si hemos de *llamarles*, o no, «razonables» a las fundamentaciones del tipo que señala PERELMAN. Lo interesante sería saber qué *garantías* —al menos en cierta medida— estarían aquéllas en condiciones de brindarnos para que, por dichas vías, se obtengan unas conclusiones *menos* azarosas que las calificadas de *irracionales*. Sea como sea, lo cierto es que tales «garantías» estarán dadas en medida muchísimo mayor

<sup>30</sup> C. PERELMAN, *Droit, Morale et Philosophie*, Paris, 1968, § XI. *Cfr.* también, del mismo autor, *Justice et raison*, Brussels, 1963, cap. XVII («*Ce qu'une réflexion sur le droit peut apporter au philosophe*»).

<sup>31</sup> H.-G. GADAMER, *Verdad y Método* (trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito), Salamanca, 1977, cap. 10.3. *Vid.* también mis comentarios sobre esa obra: sobre todo, 1978 —recogido parcialmente en 1982, 1990 (ap. 4) y 2003 (§ 46.b/e)—.

<sup>32</sup> *Supra*, nota 11.

<sup>33</sup> R. POIRIER, «Rationalité juridique et rationalité scientifique», *Archives de Philosophie du Droit*, t. 23, 1978, 11-34.

<sup>34</sup> *Cfr.* 2006a, sec. C.III.5. Mucho más circunstanciadamente: 1980 y 2010a (sec. F.II).

<sup>35</sup> *Cfr.* 2006a, sec. C.II.

si conseguimos remitirnos a regularidades de orden científico-empírico, no a unos meros juicios de valor no susceptibles de verificación intersubjetiva, para determinar las condiciones de validez de dichos razonamientos. No es cuestión de pasar por alto la gran incertidumbre, ¡y manipulabilidad!, de lo que pueda ser llamado «razonable»<sup>36</sup>. En cambio, ciertos juicios de valor *instrumentales*, si son tratados *científicamente* como tales (racionalidad weberiana de medios a fines)<sup>37</sup>, no se resignan a lo meramente «razonable» (donde las soluciones que son calificadas así por unos, mientras otros le llaman así a las contrarias); sino que aquellos juicios específicos están en condiciones de ser resueltos en formas *racionales* propiamente, esto es, razonamientos que son neta y uniformemente *intersubjetivos* entre los expertos de la materia considerada<sup>38</sup>.

Las diferencias en cuanto al camino que se elija importan —¡y mucho!— en el plano *heurístico*. Lo de llamarse a conformidad con una «argumentación», y cubrirla mediante el prestigio de la palabra «razonable», no significa, de hecho, que ese pensamiento se aparte verdaderamente de las fallas de racionalidad efectivamente dominantes en el discurso jurídico. Imputar la condición de «racional» o «razonable» a discursos como esos mismos —o sea, sin parar para nada mientes en papel central que allí desempeña el Síndrome— no significa sino acorazarlos con unas denominaciones *persuasivas* que, valiéndose del sentido emotivo de dichos términos, de hecho brindan una mampara más para que tales discursos sean mantenidos esencialmente así como ya son. Vale decir que *esa* pseudo-«racionalidad» va dirigida, de hecho, contra la introducción de modos de razonamiento menos falaciosos (*i. e.*, anti-Síndrome)<sup>39</sup> y en general que sean tomados en cuenta unos conocimientos básicos de las ciencias sociales, para alcanzar respuestas *realistas* en el campo de los razonamientos prácticos, en vez de llamarse a conforme allí con unas «razonabilidades» simplemente «argumentativas»... De hecho se trata, en definitiva, de una «estrategia de inmunización» (ALBERT)<sup>40</sup> para defender la permanencia de un pensamiento de carácter pre-científico, el tradicional, en ese terreno.

Ello tiene que ver, por lo demás, con cierta indefinición en que PERELMAN deja lo que se refiere a las relaciones entre retórica y verdad. Por un lado, nos dice que «lo que distingue a la retórica de la lógica formal o incluso de las ciencias positivas es que *aquella* [la primera] *no concierne tanto a la verdad como a la adhesión*»<sup>41</sup>. Por el otro, señala que *solo* «en ciertos casos, que por cierto son excepcionales, se dará preferencia (en la argumentación) a otros valores que la verdad»<sup>42</sup>.

De ese planteamiento no se sigue con nitidez si el único (suficiente) o principal criterio de *verdad* con respecto a un razonamiento práctico sería: 1) la adhesión que le preste un auditorio; o bien si, en cambio, 2) la calificación del auditorio mismo haya de medirse en función de parámetros de la verdad que lo trascienden (¿Es que el «auditorio universal» vendría a significar, acaso, algo así como una «idea» en sentido

<sup>36</sup> Vid. 1977, 1990 (esp. §§ IV-V y VIII-X), 2006a (sec. B. I, esp. §§ 5 y 8).

<sup>37</sup> Cfr. los sitios indicados *supra*, nota 34.

<sup>38</sup> Cfr. 2006a, B.I.3-4.

<sup>39</sup> Cfr. 2006a, sec. C.III.1.

<sup>40</sup> Cfr. H. ALBERT, *Tratado sobre la razón crítica* (trad. R. Gutiérrez Girardot), Buenos Aires, 1973; y *Ética y metaética* (intr. J. Rodríguez Marín, trad. M. Jiménez Redondo), Valencia (Esp.), 1978.

<sup>41</sup> PERELMAN, *op. cit.* (ref. *supra*, nota 28), 1978, 141.

<sup>42</sup> *Op. cit.* (ref. *supra*, nota 28), 153.

kantiano?)<sup>43</sup>. Sea como fuere, solo la primera de esas dos posibilidades es capaz de imponerse en la práctica si se acepta el ideal que para los razonamientos prácticos pregona la *nouvelle rhétorique*. Basta con que el auditorio de juristas esté integrado —como es habitual— por personas poco versadas en razonamientos científicos propiamente dichos, y por lo demás sujetas al *Basic Legal Myth*<sup>44</sup>, para que así queden legitimadas, sin posibilidades de apelación ante otras instancias del conocimiento, las formas tradicionales de pensar que dominan en el discurso jurídico: ¡normativismo! También por este lado, pues, esta posición de PERELMAN se revela como una defensa del pensamiento poco («débilmente») científico para el Derecho, una ideología de lo «razonable» contra la racionalidad propiamente científico-empírica.

## 5. INCERTIDUMBRE Y MANIPULABILIDAD DE LO QUE ES LLAMADO «RAZONABLE»

El alto grado de incertidumbre que es propio de lo llamado «razonable» queda en evidencia ya con la caracterización dada por el propio ARISTÓTELES para esa forma de pensamiento. Él señaló una serie de instancias, los «círculos» (llamémosle así) de autoridades invocadas que ostentan legitimación para dictaminar sobre la *probabilidad* —más general: la plausibilidad— de las proposiciones en cuestión:

«*Silogismo* dialéctico es aquel que obtiene su conclusión de proposiciones simplemente probables» (*Tópica*, Libro I, cap. I.5). «Llamamos probable a lo que tal parece [a las autoridades siguientes], ya a los sabios, y, entre éstos, a todos o a su mayor parte, ya a los más ilustres y más dignos de crédito»<sup>45</sup>.

Empero, como esas autoridades son de naturaleza muy diversa, resulta que, en la práctica, los resultados pueden ser distintos según cuáles de dichas instancias se prefiera tomar en cuenta; más aún, según cómo se determine quiénes son los individuos *concretos* llamados a hablar en nombre de la especie de autoridad interrogada. Por ejemplo:

«“Lo que todos tienen por justo” significa, si le buscamos posibles traducciones: la voluntad del pueblo, la *volonté de tous*, la convicción jurídica general, las leyes vigentes. Lo que la mayoría considera justo puede querer decir: la mayoría a través de votaciones, la opinión pública, la clase llamada a ser la dirigente, todas las personas de pensamiento justo y equitativo, la ley que ha sido producida en forma democrática, la opinión dominante en la doctrina y en la jurisprudencia. Como “sabios” para protagonizar la argumentación, pueden ser tomados en cuenta: desde el punto de vista político, la clase dominante, el presidente Mao (o Fidel Castro o Chávez), el líder (*Führer*) cuya voluntad es creadora de Derecho; de manera general, los hombres de ciencia; desde el punto de vista jurídico, el Tribunal Constitucional Federal, los tribunales en general, los profesores de Derecho»<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> *Vid. op. cit.* (ref. *supra*, nota 28), § 52.

<sup>44</sup> *Cfr.* J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, Gloucester (Mass.) [ed. or. 1930, ed. ampl. 1949], 1970. Para una síntesis en español de las ideas fundamentales de ese autor al respecto, puede verse 2006a, sec. C.I.2.

<sup>45</sup> ARISTÓTELES, *Tópica*; en *Obras Completas. Lógica III*, Madrid, Nueva Biblioteca Filosófica (vol. XLVIII), 1931, cap. I.8.

<sup>46</sup> N. HORN, «Rationalität und Autorität in der juristischen Argumentation», *Rechtstheorie*, vol. 6/2, 1975, 145-160, 148 y ss. Mi comentario crítico: 1977.

Es evidente que con bases tan variadas y generalmente inciertas, por lo habitual no será posible alcanzar ningún grado firme de intersubjetividad. Ni siquiera se conseguiría si fuera fijado, de alguna manera, un determinado *círculo* de referencia —quiénes son los que contarán como «sabios» o como «expertos»— limitándolo a una sola de las instancias señaladas: por ejemplo, a los juristas profesionales o a un sector especializado de éstos (tribunales de justicia o profesores de la Facultad de Derecho). Aun así la cuestión de la intersubjetividad no quedaría resuelta, pues las discrepancias se plantean, de todos modos, en el interior mismo de dicho círculo, tal y como puede observarse en cuanto al Derecho.

Las dificultades para determinar qué sea lo verdaderamente «razonable», llegado el caso, no tienen solo que ver con el hecho de que no se sepa bien cuál es concretamente la composición del círculo de referencia: ¿«auditorio universal» o algún sector más restringido de personas? La dificultad es inmanente al fondo mismo del asunto, puesto que, por definición, estamos ante lo «razonable» cuando, justamente, *faltan criterios* unívocos, sea cual fuere el círculo de referencia, para resolver las cuestiones en consideración. Si tales criterios estuvieran allí disponibles, no diríamos que se debe resolver esos asuntos de alguna manera «razonable», sino que los solucionaríamos acudiendo a tales o cuales pautas *netamente* intersubjetivas.

Por lo demás, con respecto a ese carácter de «diálogo» que se reivindica para el Derecho como discurso razonable, es muy pertinente la observación de COURTIS:

«No es difícil imaginar el proceso judicial como un diálogo. Pero asumida esta metáfora, cabe cuestionarse acerca de los sujetos del diálogo, su objeto, el lenguaje utilizado, el contexto en el que se produce, las reglas que lo rigen, la situación de jerarquía entre los sujetos»<sup>47</sup>.

En efecto, toda la cuestión reside en saber *cómo* tienen lugar tales «diálogos» argumentativos. Lo interesante es ver si lo sostenido en ellos son unos conocimientos *intersubjetivos*, como los de las ciencias en general, o si, al contrario, ello varía de acuerdo con las respectivas preferencias —las ideológicas y demás— de cada dialogante. También importa averiguar de *qué* depende, en realidad, que estos mismos tengan ahí unas u otras entre tales preferencias. Todas estas preguntas son, justamente, aquellas de las que *no* suelen ocuparse los apologetas del pensamiento «razonable».

## 6. ESAS TEORÍAS SOBRE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA CONSTITUYEN SOBRE TODO UNA MODALIDAD DE PRÉDICA, NO SON UNA EXPLICACIÓN EMPÍRICO-CIENTÍFICA

Supongamos que la teoría sostenida por una escuela de sociólogos o de psicólogos afirmara que *Los Diez Mandamientos* son las estructuras mentales básicas a que se ajustan las decisiones tomadas por los políticos y para las conductas normales de la gente en general. Desde luego, tal teoría no existe (al menos en el medio académico), por la sencilla razón de que en las ciencias sociales se tiene bien claro la diferencia

<sup>47</sup> C. COURTIS, «Estrategia de nuestra araña. Una visión crítica del Derecho y del rol del abogado desde perspectivas contemporáneas», en AA.VV. (dir. J. F. Palomino Manchego), *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho*, Lima, 1999, 253-270: 263.

categorial entre dos tipos de discursos: el de la *predica* religiosa y el de la *explicación* científica.

La *predica* religiosa tiene su propia legitimidad, siempre y cuando aquélla sea entendida como lo que verdaderamente es. Dichos Mandamientos son *exhortaciones*, basadas en unas creencias de valores, pero es patente que las personas suelen pasar por encima de aquéllas en la práctica. Se invocan de palabra, llegado el caso, pero: ¡del dicho al hecho...! Los científicos sociales, en cambio, pretenden dar cuenta sobre cómo la gente actúa *en la realidad*. Por eso, ellos no postulan una regularidad —leyes sociológicas o tendencias estadísticas de grupos— en los comportamientos sociales que coincida con el contenido de esos Mandamientos. Las elucidaciones y las exhortaciones con respecto a estos mismos, o a otros principios éticos, son cuestiones que para nada se confunden con cómo son las conductas sociales *en sí mismas*.

Análogamente, en cuanto al Derecho: una cosa es predicar ciertos ideales sobre cómo *deberían* razonar sus locutores profesionales, muy otra cosa es describir cómo sus discursos son *de hecho*. Sin embargo, la abrumadora mayoría de lo que hoy por hoy se presenta en la disciplina denominada Teoría del Derecho aparta la vista de semejante diferencia fundamental. No se pone atención a distinguir entre la *predica* de ciertos principios de racionalidad o razonabilidad y el averiguar en qué medida sea comprobable *empíricamente* (verificaciones y falsaciones) cómo tales principios se lleven a la práctica —¡o no!— en la labor jurídica normal. En esos estudios se trata, por lo general, de tales o cuales formas *ideales* de razonamiento: los destacados por unas u otras tendencias que, cada una por su lado, pueblan los estudios de dicha disciplina. Por añadidura, generalmente esas tendencias se encarnan en grupos de académicos dogmáticamente cerrados, sus miembros no dialogan más que entre sí mismos, no aceptan entrar en discusión pública con quienes presenten razones *radicalmente* críticas frente a sus dogmas epistemológicos básicos.

Bajo el membrete «Teoría de la Argumentación» se ubica una de las corrientes que están en boga en esa disciplina. A pesar de existir sensibles diferencias de orientación, hasta netas contradicciones, entre esta última y otras aproximaciones teoréticas en la materia —p. ej., frente a la «rigurosidad» científicista de unos complejos lógico-deónticos o la putativa científicidad de unas teorías formulistas de sistemas—, los estudios de Teoría de la Argumentación jurídica comparten con casi todas las demás tendencias que están ahí de moda el escapismo básico, esto es: *a)* apartar la vista de las celadas retóricas dominantes en los discursos jurídicos reales (Síndrome), y *b)* disimular la diferencia clave entre *law in books* y *law in action* (POUND, LLEWELLYN)<sup>48</sup>.

En efecto, la visión que sobre el razonamiento jurídico ofrecen aquellos connotados teóricos actuales —y en general quienes siguen su ejemplo— que lo encaran como modelos de «argumentación» monta la siguiente confusión básica: hacer pasar como si estos modelos en sí mismos fueran un «es» —plano *descriptivo*—, pero a fin de cuentas constituyen más que nada ciertos buenos consejos de «debe» —plano *prescriptivo*— abstraídos con la mente puesta en unos juristas ideales. Si acaso esta diferencia sustancial aparece mencionada en alguna página de tales estudios, queda diluida a lo largo de la mayor parte de los desarrollos allí presentados, pues casi todos estos

<sup>48</sup> Cfr. LLEWELLYN, *op. cit.* (ref. *supra*, nota 13).

mismos permanecen consagrados simplemente a unos «debe» argumentativos. Tales modos de argumentar no tienen que ver sino lejanamente, o en todo caso de modo sólo muy parcial, con las maneras habituales en que los profesionales del Derecho elaboran sus discursos para la práctica cotidiana de sus actividades en la materia. Ello ha sido abundantemente comprobado en estudios de autores no complacientes con la «lógica» propia de dichos discursos (*cf.* H. KANTOROWICZ, J. FRANK, W. SCHEUERLE, R. LAUTMANN, G. TARELLO, P. GOODRICH, A. NIETO, etc.), exámenes acerca de los cuales esos teóricos se contentan con «no chistar palabra». No menos puede darse cuenta de ello cualquier juez y cualquier abogado inmersos en esa práctica misma, si por algún azar se preocupasen en tomar conocimiento de estudios como los de aquellos teóricos y cotejarla con las sutilezas pergeñadas en estos últimos.

\* \* \*

Las teorizaciones «argumentativistas» se concentran en ciertos aspectos de la *semántica* utilizada para los discursos en cuestión, mas hacen abstracción de la *pragmática* lingüística correspondiente. Puesto en las categorías de WITTGENSTEIN: no se ocupan de las proteicas «gramáticas» —semántica real: Síndrome, etc.— a que responden los «juegos de lenguaje» jurídicos efectivos. En lugar de estos mismos, en esos estudios lo que aparece son unas formas idealizadas, como asimismo ellos dejan completamente fuera de foco en qué *formas de vida* —conductas efectivas en los tribunales y cuáles son sus efectos de hecho— se traducen dichos juegos en la práctica. Esos autores se preocupan de cómo intercambiar argumentos en el «cielo», haciendo a un lado cómo *funcionan* las argumentaciones de la «tierra» (JHERING).

A diferencia de los discursos con que nos encontramos todos los días en los tribunales y en la dogmática jurídica enseñada por parte de las cátedras universitarias, los razonamientos que manejan aquellos juristas ideales de que se ocupan las teorías de la argumentación jurídica son presentados como si *no* estuvieran anclados a los ítems típicos del Síndrome y a las dinámicas sociales efectivas. Por lo que se ve, esas teorías no consideran del caso poner el acento sobre la presencia constante de semejantes ítems —unos u otros— en los razonamientos jurídicos normales. Ninguno de los (14) «rasgos característicos»<sup>49</sup> de los exámenes que ofrecen los principales autores de dichas teorías se fija en tal Síndrome, por lo cual hube de señalar esa omisión como decisivo rasgo adicional (15). Este último resulta absolutamente clave para separar tales visiones acerca del pensamiento jurídico (ideal) frente a las prácticas de razonamiento que predominan de manera efectiva en la ciencia jurídica normal<sup>50</sup>.

En efecto, el rasgo común más decisivo de las teorías «estándar» sobre la argumentación jurídica es ese último, el quinceavo: ¡*apartar la mirada* del Síndrome en las argumentaciones del Derecho usadas en los tribunales y en la enseñanza profesional de esta disciplina! Sí, míreselas por donde se las mire, estas teorías de la argumentación pasan olímpicamente por encima de aclarar dónde, cuándo y cómo los razonamientos jurídicos dejen de lado, *en la práctica*, recurrir a dicho Síndrome. En eso, por encima de cualesquiera diferencias entre sus respectivos planteamientos particulares, se anuda la comunión intelectual que los autores volcados al racio-argumentativismo mantienen

<sup>49</sup> *Supra*, a la altura de la nota 14.

<sup>50</sup> *Vid.* 2011a, *passim*.

entre sí, todos ellos: esto es, su vocación básica de hacer caso omiso de, justamente, cuanto sea poner al desnudo el carácter predominantemente «celestial» de esas aproximaciones en general.

O bien, no sé si del prudente silencio que ellas suelen guardar al respecto (en el mejor de los casos, llegan a reconocer algo de ello apenas de paso)<sup>51</sup> habrá que extraer una de las dos conclusiones siguientes: ya sea que dicho Síndrome no exista ahí, ya sea que él afecte en muy poco o nada a la «razonabilidad» de las argumentaciones jurídicas enhebradas con él. Ambas conclusiones, si es que esos autores piensan así [¿?] y hasta se animaran a sostenerlas abiertamente, no son nada difíciles de someter a verificación empírica, supuesto que alguno de ellos estuviera dispuesto a afrontar tal riesgo. Bastaría con examinar atentamente una o dos resoluciones de tribunales superiores (elegidas por parte del propio teórico «argumentativista») en donde se haya resuelto una cuestión muy discutida, con votos divididos. Sería cuestión de verificar, ahí mismo, si es verdad que en la fundamentación puesta no se hacen valer unos ítems del Síndrome, o sea, que ninguno de éstos hubiere sido invocados allí como *decisivo* para arribar a la sentencia en cuestión. No estoy enterado de que alguno de los teóricos más conocidos de dicha corriente, ni sus discípulos, haya consentido en someterse a tal prueba<sup>52</sup>. Eso sí, tendría que ser para efectuar el debate no simplemente entre ellos mismos, o frente a unos reparos externos no demasiado «incómodos», sino en discusión abierta con unos críticos no contemporizadores, vale decir, de orientación netamente realista. Debate en el que no están para nada interesados, por cuanto se ve<sup>53</sup>.

En definitiva: A no ser que los contenidos del Síndrome sean un invento de unos comentaristas meramente «molestos», o que los ítems de aquél se presentaran ape-

<sup>51</sup> Es algo así como cuando en un periódico se deja constancia de una aclaración incómoda, pero confiándola en alguna página muy secundaria y puesto en letra pequeña.

<sup>52</sup> Incluso me he ofrecido yo mismo para realizar con cualquiera de ellos tal prueba, sin obtener respuesta (que yo sepa). En esta misma Revista, donde se ha discutido y rediscutido, una y otra vez, los puntos de vista de autores como DWORKIN y ALEXEY, nadie ha tomado el guante frente a razones *radicalmente* opuestas a las de éstos: no asoman sino unas objeciones muy secundarias, las cuales son apenas de detalles, todas ellas esencialmente reverenciales ante esos autores (así en *Doxa*, núm. 26, 2003, 145-238, estudios con respecto a ALEXEY). Hasta puedo señalar como ejemplo, de tal silencio, el hecho de que no hayan sido objeto de réplicas (que yo sepa) ni una sola de las razones *concretas* —¡de fondo!— que he presentado (documentadamente) con respecto a las falacias claves en que se basan los desarrollos de esos autores: *cf.* 1998 y 2001a. Por supuesto, es muy posible que razones similares, o hasta más fuertes, se encuentren expuestas ya desde antes, en otros sitios; pero también ellas, sea como sea, han corrido con no mejor suerte. *Vid.* también *infra*, notas 53, 72, 76 y 79.

<sup>53</sup> Por cierto, la actitud mental hoy dominante es de inclinación *a priori* frente a cualquier escritor de buen *marketing* (efecto-Vicente: *cf.* 2001a, § 2). Esa *autocensura* intelectual —vale decir, pre-establecida— que marca la tónica en la literatura secundaria acerca de aquéllos no es cosa privativa de la corriente pro-«argumentativista», por cuanto hace a la indisposición de confrontarse abiertamente con unas críticas «impías» (si las hay) de las opiniones reverenciadas. Lo mismo caracteriza de manera general a los trabajos sobre las demás orientaciones dominantes en la actual Teoría del Derecho: p. ej., pasa también con respecto a las elucubraciones de RAWLS o las de FERRAJOLI [así, el número de *Doxa* (31-2008) está consagrado centralmente (207-433) a aplaudir —¡no a someter a una *discusión* en sentido propio!— la obra más reciente de este último (*cf. supra*, nota 3). Si bien ahí se ofrece un conjunto de análisis en relación con ésta, todos ellos son esencialmente reverenciales; no se encuentra ningún examen que contenga críticas *a fondo* —esto es, propiamente analítico-realistas— acerca de las novelas de conceptos en cuyas tramas se mueven primordialmente los planteamientos de ese autor. Mas tengo entendido que el profesor M. E. SALAS tratará de dar a conocer un estudio, «Derecho y sin-Razón», en donde, justamente, se coloca sobre el tapete lo que en aquellos otros exámenes queda complacidamente fuera de foco].

nas por excepción o en todo caso sin influencia práctica *decisiva* en la configuración del razonamiento jurídico normal, después de todo la *ejemplar* «racionalidad» o «razonabilidad» que caracteriza a las argumentaciones de los juristas viene a consistir, *de hecho*, inclusive en dejarse guiar por dicho Síndrome. Así resulta que también la «racionalidad argumentativa» de las propias teorías «estándar», ellas mismas, consiste en contribuir a santificar, mediante este legitimador silencio suyo al respecto (*mejor es no meneallo...*)<sup>54</sup>, la intervención de este Síndrome como guía teórica efectiva en los desempeños de los operadores jurídicos reales.

### [III]

#### «RACIONALIDAD» COMO EXPEDIENTE PARA TEORIZACIONES ESCAPISTAS

*«The finer and more accurate the processes of political science become, the less do they count in politics».*

G. WALLAS<sup>55</sup>

#### 7. «RACIONALIDAD» O «RAZONABILIDAD» FANTASIOSAS, EN LA ACTUAL TEORÍA DEL DERECHO (Y LA FALACIA INTELLECTUALISTA)<sup>56</sup>

Los autores de teorías «estándar» acerca de la argumentación jurídica se esfuerzan por destilar ciertos conjuntos, más o menos complejos, de pautas «razonables» que, según suponen ellos, pueden y deben servir para solucionar de la mejor manera los problemas prácticos a que se enfrentan los juristas. Claro que la pretensión de ofrecer unas u otras modalidades de «racionalidad» (imaginaria) no es privativa de dichas teorías. En cuanto a partir de semejante pre-concepción, muy general, éstas se dan la mano con variadas otras tendencias que están de moda en la Teoría del Derecho. En efecto, tanto la fórmula de fantasía que ha hecho circular RAWLS<sup>57</sup>, la *mélange* de trivialidades y confusionismos puestos sobre la mesa por DWORKIN<sup>58</sup>, múltiples juegos de esquemitas del cientificismo lógico-deóntico<sup>59</sup> (p. ej., esas siderales axiomatizaciones inventadas por FERRAJOLI, hazañas en componer jergonza «sistémica» o la de la semántica estructural, más tantos otros escapismos pseudo-«técnicos» —no sólo los disimuladores alambicamientos presentados como procedimientos de «ponderación»—)<sup>60</sup>: ¡todas esas vías pretenden ser ni más ni menos que bien «racionales» o «razonables»!

<sup>54</sup> Vid. 2011a, cap. IV.10.d («Lo que no se acepta debatir»).

<sup>55</sup> G. WALLAS, *Human Nature in Politics*, University of Nebraska Press [la ed. orig. es de 1908; la 3.ª ed., 1920, añade un prefacio del autor; en ediciones posteriores, a partir de 1948, se incorpora un *Foreword* de A. L. ROWSE], 1962, 186. La cita de ROWSE ubicada al comienzo de este artículo se encuentra en la p. 2 de dicho libro (negr. e.p.h.).

<sup>56</sup> Para desarrollos más amplios sobre este punto: 1996c.

<sup>57</sup> Vid. 2009b o 2010b (cap. V).

<sup>58</sup> Vid. 2001a o 2009a.

<sup>59</sup> Vid. 1996a o 2003 (cap. VIII).

<sup>60</sup> Cfr. GARCÍA AMADO, *op. cit.* (ref. *supra*, nota 3).

El punto-eje en que cada una de esas teorías —no sólo las «argumentativistas»— dan su salto hacia el «cielo» es el siguiente (voy a citar un autor cuyo apabullante estudio *empírico* jamás es mencionado —¡no es difícil entender por qué!— en dichos trabajos):

«El ideal de la racionalidad excede (*überfordert*), por muchos motivos, las posibilidades de un decisor como el juez. La verdad, corrección y completud no van a constituir, presumiblemente, los únicos criterios para su actividad; dicho con más exactitud, la *construcción de la verdad* en los procedimientos profesionales de decisión (judiciales) persigue menos una racionalidad utópica (p. ej., tipo RAWLS o HABERMAS-ALEXY), que una racionalidad *limitada* definida socialmente. Las dimensiones de ésta no se determinan sólo con unos medios lógico-analíticos (como la teoría *normativa* de la decisión, la teoría de los juegos, etc.). Los principios de construcción de una verdad que es aceptada como verdad por parte de una sociedad determinada han de describirse por los medios de las ciencias *empírico-sociales*»<sup>61</sup>.

Estos «principios», los que comandan realmente el pensamiento social —vale decir, no los de la dogmática jurídica y en general los presentados por las aproximaciones racionalistas en Teoría del Derecho— *no* son algo capaz de ser «construido», para la práctica, con base en imagerías como, entre otras, una «situación de habla ideal» (HABERMAS) o una «posición original» (RAWLS) o unos razonamientos axiomatizados (cualesquiera sean: p. ej., FERRAJOLI) y las formulitas lógico-deónticas en general (p. ej., ALCHOURRÓN y BULYGIN).

Semejantes idealizaciones dan por admitida una predominancia neta de ese factor, esencialmente intelectual, que llaman lo «racional» o lo «razonable» en el pensamiento de los juristas. Bien representativo de tales tendencias es el conocido libro de ALEXY (1989) sobre «argumentación jurídica»<sup>62</sup>, obra que sigue siendo corrientemente señalada como punto de referencia al respecto. Allí ese autor termina proponiendo, a partir de la leyenda consistente en una «situación ideal de diálogo» (HABERMAS), toda una compleja «tabla de las reglas y formas» para llevar a cabo «razonablemente» el discurso jurídico<sup>63</sup>. Planteamientos como los de ALEXY, si bien no están desprovistos de fineza, y por tanto no dejan de ofrecer cierto interés *teorético*, empero llevan por caminos que, en definitiva, tienen más bien poco que ver con las *prácticas* discursivas cultivadas por los profesionales del Derecho.

Al fin de cuentas, tal orden de teorizaciones no constituye sino otras manifestaciones más —¡entre tantas que circulan por ahí!— de lo que bien puede calificarse como *falacia intelectualista*. Se trata, en sustancia, de aquello que a comienzos del siglo pasado (1908) Wallas supo bien reconocer llamándole «the intellectualist assumption», esto es:

«... *what may conveniently be described as the Rationalist Fallacy in political thinking: namely the assumption that human beings largely act in politics* (y en general en sus conductas

<sup>61</sup> R. LAUTMANN, *Justiz - die stille Gewalt*, Francfort, 1972, 21 y ss. (negr. e.p.h.).

<sup>62</sup> R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo), Madrid, 1989. Examen crítico: 1998.

<sup>63</sup> *Cfr.* el resumen en dicho libro, *op. cit.* (ref. *supra*, nota 62), 283 y ss. Ese mismo autor ha puesto especial énfasis, más adelante, en un sofisticado procedimiento de disimulaciones para efectuar la «ponderación» de principios del Derecho constitucional, con vistas a la solución de casos en donde pueda haber conflicto entre aquellos [*cf.* GARCÍA AMADO (ref. *supra*, nota 3)].

sociales —así también proceden como juristas—) *upon rational motives and trains of intelligent reasoning. We in our time, alas, know what fatuous nonsense this is*».

De ahí que:

«... *nearly all students of politics* (o de Derecho) *analyse institutions and avoid the analysis of man*».

Y es así como, al fin de cuentas:

«... *many of the more systematic books by American university professors* (e igualmente los de otros países) *are useless, just because the writers deal whit abstract men* (¡oh!, RAWLS, HABERMAS, ALEXY, FERRAJOLI...), *formed on assumptions of which they were unaware and which they had never tested either by experience or by study*»<sup>64</sup>.

\* \* \*

Quiéranlo o no tales autores, su laboriosa presentación en cuanto a racionalidad o razonabilidad de los discursos jurídicos —así dicha «situación de habla ideal» y los rebuscados procedimientos de «ponderación»— resulta inocua como propuesta metodológica para incidir en las resoluciones prácticas. Salvo para alambicar unas fachadas de presentación, que permitan hacer pasar como si fueran algo meramente técnico-objetivo las opciones valorativas decididas por el *propio* intérprete<sup>65</sup>, las cuales no pueden sino ser contingentes. La práctica del Derecho consiste en unos discursos bastante poco «ideales»: ciencia jurídica *normal*. En comparación con estos mismos, aquellas presentaciones —una ciencia jurídica *exquisita*—<sup>66</sup> pasan a fungir, sobre todo, como expediente profesoral de maquillajes idealizadores frente a lo que son los discursos *efectivos* de los juristas profesionales en general<sup>67</sup>. Esa *vis* escapista, señaladamente disimuladora, que por lo general conllevan los estudios dedicados a poner de manifiesto la «racionalidad» o «razonabilidad» de los discursos jurídicos, mediante dichas presentaciones «argumentativistas» sobre los razonamientos de los juristas, brinda una vía singularmente sugestiva para legitimar que se aparte la vista de la «tierra» de que se compone y donde se mueven los desempeños discursivos de estos mismos *en la práctica*.

Casi todos los que escriben estudios al respecto, en cualquiera de las variadas direcciones teóricas existentes en el seno de la disciplina Teoría del Derecho, tienden a contemplar el pensamiento jurídico como manifestación, sea en unas u otras formas, del paradigma fundamental constituido por una gran ficción general básica: la idea de que ese pensamiento está determinado por, o en todo caso ha de ser reconstruido como, una estructura del tipo «*sistema* jurídico». Si bien el orden de líneas fundamentales que ordenan tal sistema no son las mismas según unos y otros autores, dicha idea suele resultar bastante engañadora para aprehender cómo el Derecho funciona de

<sup>64</sup> Las tres citas se toman de WALLAS, *op. cit.* (ref. *supra*, nota 55): la primera son palabras de ROWSE (1 y ss.), las otras dos pertenecen a WALLAS mismo (37 y 38) [curs. e.p.h.].

<sup>65</sup> *Vid.* el sitio indicado al final de la nota 63.

<sup>66</sup> Desvelar el radical desfase existente entre ciencia jurídica «normal» (los discursos jurídicos corrientes) y ciencia jurídica «exquisita» (meta-Teoría del Derecho) es el propósito central de mi 2011a.

<sup>67</sup> Así, la teorización idealista «estándar» ofrecida por ALEXY es paradigmática de la *vis* escapista que por lo general conllevan los estudios dedicados a poner de manifiesto la «racionalidad» o «razonabilidad» de los discursos jurídicos. Esa gran clase de orientaciones, esencialmente disimuladoras, se asienta sobre todo en seis rasgos básicos (*a-f*) que he señalado en 2006a, 352 y ss.

veras. Sea cual fuere el «sistema» presentado, se trata de una visión sustancialmente *intelectualista* acerca de lo que es —así se supone— el pensamiento jurídico.

Claro está que *toda* teoría es, y no puede sino ser, un producto *intelectual*, sea cual fuere el grado de acierto o desacierto de cuanto en ella se diga. Señalar que una idea tiene naturaleza «intelectual», en principio constituye una calificación simplemente descriptiva, avalorativa. En cambio, la palabra «intelectualista» conlleva cierta connotación peyorativa: no se aplica a cualquier conducta intelectual, sino a unas que se tenga por poco recomendables. Así, en el caso que nos ocupa, el «pecado» no reside en examinar intelectualmente los fenómenos jurídicos, sino en hacerlo de una manera ficcionalizante. Ésta consiste en partir como base del prejuicio profesoral de que esos fenómenos en sí mismos se rigen necesariamente por los *mismos* gustos —*esprit de géométrie*— a los cuales para «construir» sus discursos académicos se afilian las teorizaciones racionalistas, sean de unas u otras escuelas («razonabilistas», «sistémicos», «estructuralistas», logicistas en general). Es verdad que también los enfoques realistas constituyen unas aproximaciones intelectuales, mas ellas procuran, antes que nada, saber precaverse justamente de las confusiones *intelectualistas*, esto es: se cuidan mucho de no ceder a la tentación de tener por «intelectualizada» a la propia realidad social en examen (p. ej., la de aquellos hábitos mentales que los juristas tienen de hecho y practican de hecho)<sup>68</sup>.

EN SÍNTESIS: Esa visión que es fundamentalmente intelectualista, producto de la fantasía lingüística enraizada en ciertos tipos de discursos con que se ejercita el quehacer académico, significa una suerte de ombliguismo profesoral. La verdad es que en los razonamientos reales de los juristas se abre paso, quiérase o no, una señalable cuota-parte de *extra*-sistematicidad. Nos guste o no nos guste, esos razonamientos no dejan de responder, en aspectos bien decisivos, a una serie de elementos que son básicamente *no*-racionales, o hasta anti-racionales (Síndrome y demás).

## 8. DISCUSIÓN: ¿NO ES CIERTO QUE DICHAS TEORIZACIONES («ESTÁNDAR») DISIMULAN EL DECISIVO PAPEL QUE EN LAS ARGUMENTACIONES JURÍDICAS JUEGAN EL SÍNDROME NORMATIVISTA Y LOS CONDICIONAMIENTOS SOCIETALES EFECTIVOS?

He insistido en subrayar aquello de lo cual las teorías «estándar» sobre la argumentación jurídica prefieren *no* hablar; y he dicho que, por eso mismo, tal orden de teorizaciones son ni más ni menos que un expediente de *disimulación* («embellecimiento» ideológico, «cirugía estética») con respecto a los razonamientos jurídicos reales. Ahora bien, ¿no será ésta una afirmación injusta, o de todos modos bastante exagerada?

Podría acaso replicarse que nadie está obligado, y por lo demás es imposible, hablar de todo al mismo tiempo; ni siquiera de absolutamente todo lo que efectivamen-

<sup>68</sup> Cfr., sobre todo, los estudios de SCHEUERLE (ref. *infra*, nota 90) y el de LAUTMANN [*op. cit.* (ref. *supra*, nota 61)].

te resulte decisivo para ocasionar cierta especie de efectos en particular. Desde luego, la división en especialidades científicas no es sino el resultado de tal imposibilidad: p. ej., ¿por qué un cardiólogo, al examinar a su paciente, debería también señalar todo lo que sea capaz de ver con respecto a este mismo un dermatólogo? Análogamente, los especialistas en Teoría de la Argumentación no se ve por qué vengan a «disimular» algo, por el simple hecho de no ocuparse ellos mismos de *otros* elementos de un resultado global, aun cuando ciertamente jueguen también éstos su papel para establecer causas efectivas y consecuencias efectivas de unas argumentaciones. No es lo mismo, se dirá, «negar» o «esconder» tales o cuales aspectos en cuanto a los razonamientos jurídicos —sus condiciones no específicamente «argumentativas»— que simplemente remitir el estudio de esos *otros* aspectos a exámenes por parte de *otros* especialistas. Para seguir con el mismo ejemplo, *mutatis mutandis*, el cardiólogo no «disimula» las impurezas que tenga el cutis del paciente, simplemente le dice a éste que si quiere saber de eso otro vaya a preguntarle al dermatólogo.

Una justificación por el estilo, frente a los silencios de los teóricos de la argumentación jurídica, se desprende de una caracterización como la siguiente<sup>69</sup>:

«... me ocuparé, concretamente, de la argumentación jurídica y en especial de la argumentación judicial<sup>70</sup>, cuyo objeto es el “razonamiento justificativo” que realizan los jueces “a favor del carácter correcto o aceptable de sus decisiones” y **no**, como aclara M. ATIENZA, “las razones que permitirían explicar (a través de un estudio de tipo psicológico, sociológico, ideológico, etc.) esas decisiones”»<sup>71</sup>.

Ahora bien, todo el asunto es: ¿**qué** nos permiten saber de veras semejantes estudios, puesto que responden a los pre-supuestos esenciales de la teoría «estándar» (*supra*, § 2)? Si este «qué» se entiende referido a los razonamientos jurídicos *reales*, la cuestión no es solamente que dichos estudios no orientan para nada en ponerle atención a los factores «de tipo psicológico, sociológico, ideológico, etc.» que allí entran en juego *decisivamente*. Es más, ni siquiera conducen a tomar conciencia de elementos *fundamentales* que suelen integrar el propio «razonamiento justificativo» **como tal**, esto es: el Síndrome y las celadas lingüísticas en general, allí presentes una y otra vez. Ese Síndrome no es, por cierto, algo «externo» (por decir así) al propio «razonamiento justificativo», pues constituye, de hecho, el meollo *básico* en muchos de esos razonamientos en la práctica jurídica profesional —¡sean cuales fueren sus determinantes «de tipo psicológico, sociológico, ideológico, etc.»!—. ¿Por qué los teóricos «argumentativistas» hacen abstracción de eso mismo —¡no sólo de aquellos otros determinantes!— a pesar de existir material abundantísimo al respecto en el «razonamiento justificativo» mismo llevado a cabo en los tribunales? ¿Por qué en esos estudios no es dable encontrar prácticamente nada de, por ejemplo, la variada lista de argumentos *reales* consignados por SCHEUERLE? (No se le busque excusa alegando que este último autor es prácticamente un desconocido afuera de Alemania, puesto que: *a*) nada menos que un autor tan importante como ALEX Y puede alegar tal ignorancia<sup>72</sup>; *b*) por

<sup>69</sup> M. N. FEBRES SISO (17 de abril de 2008): «Argumentación y sentencia», texto en Internet. Las dos notas que siguen se recogen de dicho texto.

<sup>70</sup> ATIENZA. *op. cit.* (ref. *supra*, nota 14), 11 [nota 4 de FEBRES SISO, *loc. cit.* (ref. *supra*, nota 69)].

<sup>71</sup> FEBRES SISO, *loc. cit.*, nota 5 del autor.

<sup>72</sup> Es más, yo mismo lo hice ver en un sitio que él no desconoce (1996b: § VI, esp. 318-320) (su manuscrito lo tuvo antes ALEX Y en sus propias manos) y después lo traduje al español (1998). Hasta donde estoy

lo demás, ¿a qué se debe el misterio de que tampoco los teóricos «argumentativistas» de otros países hayan llegado a percibir, en sus propios medios, «celadas» argumentativas parecidas a las detectadas por SCHEUERLE, y otras, que también en esos medios jurídicos no son nada raras?).

Por lo demás, según vimos, los estudios «estándar» sobre argumentación jurídica se concentran sobre todo en elucidar unas racionalidades o «razonabilidades» ideales. Pero en esas teorías de la argumentación no es efectuada nítidamente la distinción entre argumentaciones jurídicas *reales* (las llevadas a cabo en los tribunales) y argumentaciones jurídicas *ideales* (unas formas propuestas por los autores de dichos estudios) (*supra*, § 2). Al contrario, tales teorías pretenden describir la «argumentación judicial» *misma* (véase la cita correspondiente a la n. 71), mas la presentan bajo la máscara («cirugía estética») <sup>73</sup> que pone a la argumentación ideal como si fuera en general más o menos lo mismo que las fundamentaciones jurídicas reales.

Cada quien, también un grupo de investigadores, puede interesarse en aquello que mejor le plazca, claro está. Los intereses intelectuales no dejan de ser, al fin de cuentas, unas cuestiones de «gustos». Hay gustos, de éstos, que pueden llegar a provocar unas aplicaciones tecnológicas; otros, no. Lo que de acertado tengan unos conocimientos científicos, o los filosóficos, no depende necesariamente de si sean capaces de producir efectivamente ciertas consecuencias prácticas, sino de si ellos son o no son *conocimiento* verdaderamente con respecto al tema *delimitado* por el propio investigador. En efecto, cualquier tema es siempre, quiérase o no, un recorte limitado —en tales o cuales medidas— dentro de la infinidad de aspectos relacionados entre sí, tanto en exámenes sobre la realidad misma como en creaciones del propio pensamiento. La Teoría «estándar» de la Argumentación no procede, en tal sentido, de manera esencialmente distinta que cualquier teoría, sobre cualesquiera otros aspectos, acerca de lo que fuere. Ahora: ¿con eso basta para justificarla sin más, simplemente por constituir ella un «gusto» intelectual entre tantos?

Pues bien, lo que aquí estoy sometiendo a crítica no es el «gusto» intelectual por recortar *así*, esto es, lo de interesarse meramente por unas idealizaciones «estándar» como formas de argumentación jurídica, sino el hecho de no poner claramente sobre la mesa que ahí se trata justamente de eso: no dejar debidamente aclarado en tales estudios que, como suele advertirse en las películas, «cualquier semejanza con hechos o personas reales es una simple coincidencia...». La Teoría «estándar» de la Argumentación jurídica viene a ser algo así como una película de (ius)ciencia-ficción («cirugía estética») sobre el pensamiento de los juristas profesionales, pero se presenta —al menos implícitamente— *como si* fuera un «documental» acerca de la vida real en los tribunales.

En efecto, difícilmente en los cursos especializados de «argumentación» para juristas, cuyas enseñanzas son por lo general afines a las idealizaciones ofrecidas por los estudios de orientación «estándar» acerca de ella, hemos de encontrarnos claramen-

---

enterado, ni ese autor ni ninguno de sus abundantes seguidores ha «chistado palabra» ni siquiera sobre las razones presentadas por los compatriotas suyos que le señalé en esos sitios.

<sup>73</sup> C. COURTIS, en AA.VV. (C. COURTIS, ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, 2006, 14 (*vid.* la cita en el *Motto* del presente estudio). Comentario sobre esa obra: 2007c.

te subrayado (para descartar de antemano falsas ilusiones) con unas advertencias tan francas como éstas:

«Toda sentencia si bien representa una expresión del proceso mental de su autor, que precede al fallo formal, es apenas una *pequeña muestra* de ese proceso, en ocasiones tan exigua que resulta imposible evidenciar las *verdaderas razones* que llevaron al juzgador a decidir en un sentido y no en otro. Esa pequeña muestra del complicado y difícil proceso mental que conduce al juez a dictar una decisión, es lo que se estudia desde el punto de vista de la argumentación, ya que ella contiene todos los elementos que a ésta interesan, aun cuando, no pocas veces del resultado de la evaluación argumentativa que de ella se haga afloran las *razones* que el autor se guardó.

Desde luego que un estudio del fallo bajo el punto de vista de la argumentación puede conducirnos a encontrar indicios de que, en no pocos casos, las premisas que obran formalmente como sustento de la decisión no sirven más que para encubrir los *motivos* y las *razones* que reposan en la psiquis del juzgador y que, por alguna razón, éste no puede o no quiere ofrecer como legítimas en el plano formal de la sentencia. En otras ocasiones nos ofrece la prueba del desorden mental de quien produce la sentencia, pudiendo ser revelador de ignorancia o desconocimiento de la materia tratada, del expediente o de ambas cosas a la vez, con o sin *razones ocultas*»<sup>74</sup>.

Sí, apenas una «pequeña muestra»... Sólo que aun esa «pequeña muestra», cuando es tomada de la *práctica* jurídica (¡y sin disimulaciones!), suele diferir sensiblemente de las visiones idealizadas que al respecto nos presenta la ideología profesional sustentada por las teorizaciones «estándar» al respecto.

\* \* \*

EN SÍNTESIS: La Teoría («estándar») de la Argumentación jurídica es engañadora, mas no simplemente por apartar la vista de los principales elementos prácticos *efectivos* que obran para tomar las decisiones judiciales (los «de tipo psicológico, sociológico, ideológico, etc.»), sino que, por encima de todo, no menos omisa es en su caracterización de esos razonamientos *como tales*. Ni siquiera de estos mismos da una cuenta acertada dicha Teoría, puesto que: *a*) prescinde de dirigir la atención hacia los tipos de «celadas» corrientes con que muy a menudo se configuran aun esos razonamientos *en sí mismos*; *b*) hace pasar, subrepticamente, unos caracteres propios de argumentaciones *ideales* como si fueran también los dominantes en las argumentaciones jurídicas *reales*.

A semejantes teorizaciones les viene como anillo al dedo, *mutatis mutandis*, una observación general como la siguiente (sustitúyase, en la cita, «ciencia política» por «teoría de la argumentación»):

«Decía L. STRAUSS de la “nueva” ciencia política, en conclusión, que “está tocando la lira, mientras Roma arde”. (...) Mas, a propósito del atenuante que irónicamente agregaba STRAUSS, “la excusan dos hechos: no sabe que está tocando la lira y no sabe que Roma arde”, bien pudo todavía puntualizarse que ella no sabe lo del incendio, precisamente *porque* su inteligencia está absorta con el instrumento, y muchas veces tanto que parece alienada en él»<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> FEBRES SISO, *loc. cit.* (ref. *supra*, nota 69), 2 (negr. e.p.h.).

<sup>75</sup> C. STRASSER, *La razón científica en política y sociología*, Buenos Aires, 1977, 172.

## 9. EXCURSO: DISTINTAS FUNCIONES DISCURSIVAS DE LO «IDEAL» (PUEDE SERVIR PARA DELINEAR MODELOS YA SEA DE ENJUICIAMIENTOS, DE COMPARACIONES EMPÍRICO-CIENTÍFICAS O DE DISIMULACIONES IDEOLÓGICAS)

Al efectuar un llamado a la realidad frente a idealizaciones como las de la teoría «estándar», o aun otras que no son propiamente «argumentativistas» (p. ej., RAWLS), se me ha replicado —si acaso alguien se digna hacerlo, aunque no en publicaciones—<sup>76</sup> que renunciar a aquéllas significa quedarse simplemente en el culto al *fait accompli*. Dicen que es caer en el «reduccionismo» positivista (¡mala palabra!), por el cual la inteligencia queda encogida al papel de fijarse *nada más* en lo que ya es, convalidando así esa misma realidad; sería resignarse a ésta, sea cual fuere. Significa, aducen ellos, renunciar a considerar el papel de los *ideales*, quedar forzado a abstenerse de enjuiciar *críticamente* tal realidad. Pues bien, tales observaciones no contienen ni un ápice de verdad.

Ha sido aclarado en infinidad de ocasiones: una cosa significa el hacer ver que no constituye lo mismo un ideal («debe») que la propia realidad («es») a que ese ideal se refiere —otra, muy diferente, sería propugnar que cierto ideal no sea tomado en consideración para juzgar valorativamente y tal vez hasta tratar de introducir modificaciones en cierta realidad—. Lo primero, significa *no confundir* ideal con realidad lo segundo, sería creer (¡qué disparate!) que el pensamiento humano puede funcionar sin dejarse guiar mediante ideales, sean cuales sean. Por lo demás, hay «ideales» e «ideales»... No todos ellos obedecen a iguales características de pensamiento, ni guardan las mismas relaciones, ya sea de impulso o de freno, con respecto a unos u otros aspectos de la vida real<sup>77</sup>. No es cuestión de impugnar *todo* ideal, como tampoco de encomiarlos *in genere*, sino saber apreciar para qué sirve en la realidad —pragmática lingüística— cada uno de ellos por su *propia* parte respectivamente.

Las objeciones que aquí he presentado frente a la teoría «estándar» de la argumentación, como asimismo las que en otros sitios he formulado contra la «Santa (charla-) Familia» en general (RAWLS, HABERMAS, DWORKIN, ALEXY y otros)<sup>78</sup>, no se refieren al mero hecho de que se propongan ideales. Me ocupo de la función real —ilusionismos, escapismo— que *este* orden de ideales —¡no otros ideales!— cumplen como *trabas* para el conocimiento. Porque:

a) Semejantes ideales son presentados como si ellos, en sí mismos, guiaran *efectivamente* al pensamiento jurídico normal.

b) Tal indistinción, entre «debe» y «es», *disimula* cómo los juristas profesionales piensan y actúan realmente.

c) Esta disimulación específica aparta la atención de las dificultades *vivientes* en las comunicaciones y en general de cómo son las relaciones entre los seres huma-

<sup>76</sup> No conozco que existan objeciones publicadas. Eso sí, no se ve qué provecho puedan, aquellos colegas que saben de mis trabajos publicados, extraer de polemizar con lo señalado en éstos, dado que mis exámenes no comulgan con ninguna de las modas montadas sobre el viento a favor del efecto-Vicente, ni estoy afiliado a círculo alguno de los consabidos *do ut des* que señala GARCÍA AMADO (*infra*, nota 79).

<sup>77</sup> *Infra*, § 10.

<sup>78</sup> Cfr. 1998, 2001a o 2009a, 2007a, 2009b, 2010b (cap. V).

nos comunes (gentes que, quiérase o no, acostumbran ser muy poco «rationales» o «razonables», de hecho), en lo cual los juristas están muy lejos de constituir una excepción.

d) Como consecuencia, semejante *vis* del pensamiento teórico aleja también de buscar soluciones *realistas* que permitan mejorar en algo —en función de ideales, claro está, pero los relativamente factibles en la práctica— ciertas deficiencias.

Por lo demás, ni siquiera niego que aun esos ideales profesoriales puedan, y hasta me gustaría que lo consiguieran, desempeñar algún papel en la vida académica (si bien, en los hechos, tal papel es muchísimo menor de lo que se proclama)<sup>79</sup>. A lo que me enfrento es a las teorizaciones que sustentan el escapismo, pues ellas desvían la atención hacia unas imagerías conducentes a hacer pensar que tales ideas tienen, o puedan llegar a tener, semejante papel también en la política y en el ejercicio habitual de la profesión jurídica. Las relaciones humanas no suelen moverse por el arte de hurgar en unas razones ideales. Esas relaciones responden a encontrados oleajes de intereses, pasiones e ideologías, también en las conductas discursivas que constituyen la especial esfera denominada Derecho (FREUD: «Así, pues, los argumentos lógicos serían impotentes contra los intereses afectivos, y por eso el luchar con razones —las cuales, según FALSTAFF, son tan comunes como las frambuesas— es tan estéril en el mundo de los intereses»)<sup>80</sup>. El pecado original de la teoría de la argumentación con respecto al pensamiento jurídico es pasar por encima de tal comprobación básica, no obstante hallarse ésta tan al alcance de la mano.

\* \* \*

Es capital no perder de vista unas diferencias esenciales en cuanto al posible papel de los ideales en el pensamiento. Se trata de las diferencias, que son fundamentales, entre cuatro grandes modelos de aproximación a las cuestiones sociales, sean o no sean éstas de orden específicamente jurídico.

i) Modelo de *ideal valorativo*: Es un *proyecto*, un propósito cuya realización se juzga deseable, y también bastante viable, con vistas a corregir tales o cuales aspectos de la realidad actual.

ii) Modelo como «*tipo ideal*» (según la categoría de pensamiento denominada así por M. WEBER): Se trata principalmente de un medio heurístico para poner cierto orden, de acuerdo con criterios de selectividad determinados por tales o cuales intereses de conocimiento, en la captación *intelectual* de determinados aspectos —así escogidos— acerca de realidades que son mucho más complejas. Entonces no se desconoce que la práctica difiere del modelo trazado. Las diferencias entre éste y ella pueden hasta ser muy amplias, inclusive insalvables, mas hay un interés en compararla con aquél justamente, sobre todo para *juzgarla* (¡crítica!).

<sup>79</sup> De hecho, lo que en el *establishment* académico de la disciplina Teoría del Derecho predomina son: «... todos esos que parecen hábitos científicos y no suelen ser más que ritos gremiales..., toda la parafernalia de publicaciones, congresos, encuentros, reuniones, proyectos, conferencias, cursos, convenios..., heteróclito conjunto que en muchas ocasiones no encierra más cosa que la circularidad de un discurso vacío y la complicidad de colegas que en su relación se rigen más por el viejo principio de *do ut des* que por el más mínimo apego a la verdad o la decencia científica» (J. A. GARCÍA AMADO, «Prólogo» en 2010b, 22).

<sup>80</sup> S. FREUD, *El malestar en la cultura y otros ensayos* (trad. R. Rey Ardid *et al.*), Madrid, 1970, 110. Vid. también: 2010b.

iii) Modelo de *tipo promedial*: Este punto de vista, a diferencia del anterior, pretende corresponder a comprobaciones sobre cómo pasan las cosas habitualmente en la *realidad* misma. Mediante él se trata de registrar cómo suelen proceder de hecho, en la generalidad (o por lo menos en la mayoría) de los casos, los protagonistas reales —¡no unos seres ideales!— de la actividad empírica de donde se considera inducido el modelo en cuestión.

iv) Modelo de *idealización*, que *disimula* («embellece») cómo son ciertas realidades sociales: Se presenta como si fuera ni más ni menos que la descripción de realidades efectivamente dadas, cuando lo cierto es que los discursos académicos concentrados en elucidar tales idealizaciones atienden poco o nada a cómo son los razonamientos utilizados *en la práctica*. Esas elucidaciones se ocupan de ciertos modelos i), pero que en ellas no se perciben como tales, sino que ahí son tratados como si correspondieran a modelos iii).

El primer modelo tiene su lugar propio en efectuar unos juicios de *valor*, sobre realidades sociales o sobre proyectos; lo cual es perfectamente legítimo siempre y cuando no por ello se confunda esos juicios con cómo son aquellas realidades en sí mismas. La segunda y la tercera clases de modelos pueden servir, eventualmente, como elementos integrantes de explicaciones *empírico-científicas*. Sobre los de la cuarta clase, en cambio, está vertebrado el campo propio de las disimulaciones ideológicas, ya sean más generales (señaladamente las doctrinas políticas) o más especiales (así las ideologías profesionales).

Estas cuatro formas guardan, como se ve, respectivamente relaciones muy distintas con la realidad. Ahora bien, en las «construcciones» a que se abocan los ius-metodólogos de la actual Teoría del Derecho, así nuestros «argumentativistas», allí los planos i) a iii) no se captan diferenciadamente entre sí. Probablemente sea ello la razón fundamental por la cual esos autores no caen en la cuenta de que sus laboriosas construcciones son a la vez tan «racionales» (o «razonables») como fantasiosas. De ahí que, a diferencia de «tipos ideales» como los señalados por WEBER, resulta que unas ideas como la «posición original» que postula RAWLS o el Hércules de DWORKIN o las construcciones de ALEXY o las axiomatizaciones de FERRAJOLI, por ejemplo, son tan desorientadoras con respecto a las prácticas de quienes protagonizan la actividad jurídica corriente; compárese tales construcciones con estudios realistas acerca del pensamiento judicial (p. ej., el implacable informe de LAUTMANN)<sup>81</sup>. En definitiva, tales ideas constituyen modelos del plano iv). Específicamente, son ideologías para legitimar ciertos renglones del discurso profesoral contemporizador con el *establishment* jurídico (si bien no hay por qué suponer que sea justamente *esa* la intención subjetiva de sus autores).

\* \* \*

EN SÍNTESIS: La Teoría «estándar» de la Argumentación es esencialmente engañadora, pero no precisamente porque acaso ella proponga cierto ideal que sea presentado *como tal* e incluido en el seno de unos razonamientos jurídicos *como tal*, sino justamente por disimular que ante todo y sobre todo es *tal*. En efecto, dicha teoría se halla asentada sobre los siguientes vicios de enfoque básicos:

<sup>81</sup> *Op. cit.* (ref. *supra*, nota 61).

a) Ofrece una perspectiva que es principalmente *axiológica* [modelo i)], pero de modo implícito desliza la presuposición de que eso es asimismo una descripción empírico-*promedial* [modelo iii)], lo cual constituye una gruesa exageración.

b) Tampoco se trata de algo así como un «tipo ideal» en el sentido técnico de M. WEBER [modelo ii)]. Si lo fuera, ahí éste sería sobre todo descriptivo-*crítico*, pues mediante él no habría más remedio que comprobar cuánto los razonamientos jurídicos reales se *apartan* habitualmente de tal racionalidad o razonabilidad típico-ideal. Por el contrario, los constructos argumentativistas sirven sobre todo para desviar la vista de esa distancia fundamental [Síndrome, etc.], que así queda disimulada por concentrarse la atención sobre unas «cirugías estéticas» (COURTIS)<sup>82</sup> al respecto.

c) En virtud de la confusión a) y del encubrimiento b), la idealización «argumentativista» sobre los razonamientos jurídicos constituye sobre todo una presentación escapista-*encubridora* —ideología gremial— frente a cómo funcionan esos razonamientos en la práctica de los tribunales y en los discursos «técnicos» (dogmática) de su doctrina profesional en general.

#### [IV]

#### CONCLUSIONES FUNDAMENTALES

### 10. *STORYTELLING* COMO RESULTADO: LA TEORÍA «ESTÁNDAR» DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ES UNA IDEOLOGÍA PROFESIONAL («CIRUGÍA ESTÉTICA»)

En virtud de todo lo que he venido señalando, resulta que la Teoría «estándar» de la Argumentación se constituye en una más dentro del amplio surtido de *storytellings* que componen el pensamiento sobre las dinámicas de lo social. En efecto:

«... según nos cuenta SALMON, mediante el *storytelling* se intenta suplir nuestras pérdidas cotidianas con buenas historias. La gente se miente a sí misma con sus propias historias. Una historia que procura una explicación *tranquilizadora* de los acontecimientos también puede engañar al *eliminar las contradicciones y las complicaciones*. El *storytelling*, entonces, se erige en un arma de *distracción* masiva que *no* admite el estatus de *ficción* [acerca de sí misma]: "... cuando una persona es lo bastante afortunada para vivir dentro de una historia, para habitar un mundo imaginario, las penas de *este* mundo desaparecen. Mientras la historia sigue su curso, la realidad *deja* de existir" (P. AUSTER). "Es la fe la que hace mover montañas y no los hechos. La fe necesita una historia para sostenerla —una historia con significado que sea creíble y que dé *fe* en usted—" (A. SIMMONS)<sup>83</sup>.

La *story* específica narrada por dicha Teoría consiste en «suplir» las prácticas discursivas reales de los operadores jurídicos profesionales (sus «pérdidas cotidianas») con unos maquillamientos racionalistas, bajo los cuales «las penas (Síndrome y demás) de este mundo (jurídico) *desaparecen*», sustituidas por esas «buenas historias» desempeñadas por unos operadores de *vis* «hercúleamente»<sup>84</sup> iusrraciocinante.

<sup>82</sup> *Supra*, nota 73.

<sup>83</sup> M. ROIG, «Prólogo», en SALMON, *op. cit.* (ref. *supra*, núm. 2), 2008, 11-25: 13 y 19 (curs. e.p.h.).

<sup>84</sup> Valga la imagen popularizada por el menos ilustrado de los autores de Teoría del Derecho muy citados (*cf.* 2001a o 2009a).

El pensamiento jurídico es mostrado como consistente en tales o cuales «novelas de conceptos»<sup>85</sup> racio-argumentativistas. Por apartar la vista de las prácticas jurídicas efectivas, presentando a cambio como una «cirugía estética»<sup>86</sup> al respecto, bien puede decirse que tales teorizaciones constituyen expedientes de neto contenido *escapista* frente a la «vida» del Derecho. Son teorías que postulan unas formas de argumentar *ideales*, dan poco o nada cuenta acerca de cómo son los razonamientos jurídicos profesionales *reales*. Eso sí, ¡con la pretensión de hacer pasar las primeras por los segundos!

**Complemento:** *Tres condiciones mínimas de practicabilidad* (SALAS).

«Es atinado poner el énfasis en el papel argumentativo de la labor jurídica. También es correcto enfatizar el hecho de que en esa labor argumentativa el pensamiento tópico, dialéctico o incluso retórico, juegan un papel importante. En esto, autores como PERELMAN, TOULMIN, ALEXY o ATIENZA tienen su razón. Sin embargo, la debilidad principal es que la teoría de la argumentación, al concentrarse en el plano *metateórico*, asume que los interlocutores jurídicos (es decir, el “auditorio”) se comportarán, en su *praxis* vital y profesional, según los parámetros allí recogidos. Con otras palabras, para que los distintos elementos —racionales o razonabilistas— de una teoría de la argumentación sean útiles se requieren, al menos, tres condiciones mínimas: primera, que los interlocutores (*i. e.*, los operadores del Derecho a quienes se dirige la teoría) *conozcan*, con algún grado de detalle, los elementos metodológicos propuestos por esa teoría; segunda, una cierta “sensibilidad” cognitiva para *dejarse convencer* (ya no sólo persuadir) por los argumentos; y, tercera, *implementar* en la práctica de su ejercicio profesional y vital esos argumentos.

En lo personal, tengo mis dudas de si en el mundo jurídico, específicamente en la *praxis burocrática* del universo judicial, se cumplen esas tres condiciones; si bien hay que reconocer que puede darse aisladamente alguna de ellas. Por ejemplo, puede ser que un juez conozca con mucho detalle intelectual las formalizaciones de ALEXY, pero entonces cabría cuestionarse si estas formalizaciones se *utilizan* en su labor profesional y, sobre todo, *cómo* es que se utilizan: ¿como legitimación de lo que se dice, como «adorno» de erudición o como elemento realmente decisivo?». (M. SALAS, «Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica. Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del Derecho», *Isonomía*, núm. 27, 2007, 111-142).

## 11. EPÍLOGO: ¿ES DABLE TENER UNA TEORÍA REALISTA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Ya lo dije, no es cuestión de negar que los discursos jurídicos están conformados con base en argumentaciones. Asimismo es verdad que las «gramáticas» de esos discursos —es decir, sus pautas *propias* de inferencia— difieren sustancialmente de las utilizadas para los razonamientos en las ciencias de la naturaleza y los de la lógica formal; pero difieren también, no menos, de las metodologías aplicadas para convalidar los enunciados en las ciencias sociales empíricas.

Los argumentos que utilizan los juristas profesionales para llevar a cabo su actividad como tales, según cómo ello funcione en la cabezas de estos mismos y qué consecuencias prácticas se sigan de ahí, son *un* elemento importante de la realidad

<sup>85</sup> *Supra*, nota 4.

<sup>86</sup> Ref. *supra*, nota 73.

jurídica misma; incluso lo es la presencia de unos ideales, allí, cuando éstos funcionan realmente —en alguna medida, mayor o menor— como impulsos para las conductas *efectivas* de quienes se dejen guiar por ellos. Ninguna teoría plenamente realista acerca del Derecho puede desconocer tales *hechos*, la decisiva función psicológica de unos ideales. Pero el realista no exagera los alcances propios de estos hechos, cuando son tales. Sabe *distinguir* entre «ideales» e «ideales»<sup>87</sup>, según sus respectivos efectos de hecho: *pragmática* jurídica. Esto es, según cómo esos ideales repercutan —¡o no!— en las prácticas *concretas* de los operadores jurídicos encargados de ponerlos en acción (real o supuestamente) y en la vida misma de los destinatarios que reciben las consecuencias producidas —¡o no!— por los discursos de esos operadores. Todo examen realista acerca del Derecho se cuidará muy bien en evitar cualquier suerte de espejismos al respecto. Sabrá eludir, pues, la tentación de caer en esos ilusionismos teoréticos que llevan a tomar, así sea tácitamente, unas argumentaciones jurídicas ideales —teoría «estándar»— como si fueran aproximadamente lo mismo que las argumentaciones jurídicas *efectivas*.

Los análisis propios de una teoría *realista* sobre la argumentación de los juristas se inspirarán sobre todo en la primera etapa de PERELMAN (*Traité...*) y en aprehender los razonamientos jurídicos como una «tópica»<sup>88</sup>. En cambio, sabrán tomar «con pinzas» lo del PERELMAN posterior (*supra*, § 2), como tampoco caerán para nada en la tentación de ponerse a pergeñar visiones idealizadas como hacen ALEXY y Cia.<sup>89</sup> En una palabra, los realistas considerarán las argumentaciones jurídicas tal como son en la *práctica* profesional del Derecho. Debiera servir como inspiración el ejemplo excepcional, tal vez único, que ofrecen los análisis de W. SCHEUERLE (1958-1972)<sup>90</sup>, aunque ahí no se recurre al letrado «teoría de la argumentación».

Si bien los exámenes realistas reconocen qué importancia efectiva tienen respectivamente distintas argumentaciones jurídicas, empero ellos, a diferencia de las teorías idealistas sobre la materia, no pueden consentir en disimular:

a) Que dichas argumentaciones suelen elaborarse con base en sustanciales vicios de razonamiento (Síndrome), o al menos ellas están en buena parte entrelazadas con tales elementos de no-razonabilidad (sean unos u otros).

b) Que los argumentos en cuestión se hacen entrar en juego subordinados a, o al menos quedando limitados o influenciados por, toda suerte de factores materiales

<sup>87</sup> *Supra*, § 9.

<sup>88</sup> *Cfr.* 2007b (sec. H.IV. 3) y 1977.

<sup>89</sup> *Vid.* 1998.

<sup>90</sup> He aquí una lista de estudios (insustituibles) pertenecientes a dicho autor: «Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage» («Contribuciones al problema de la separación entre la cuestión de hecho y la de Derecho»), *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 157, 1958, 1-85; «Das Wesen des Wesens. Studien über das sogenannte Wesensargument im juristischen Begründen» («La esencia de la esencia. Estudios sobre el llamado argumento de la esencia en la fundamentación jurídica»), *AcP*, 163, 1964, 429-471; «Die Logik der Logik. Studien über logische Argumente und Methodenehrlichkeit im juristischen Begründen» («La lógica de la lógica. Estudios sobre argumentos lógicos y la honradez metodológica en la fundamentación jurídica»); *Zeitschrift für Zivilprozeß (ZZP)*, 78, 1965, 32-76; «Finale Subsumtionen - Studien über Tricks und Schleichwege in der Rechtsanwendung» («Subsunciones finales - Estudios sobre ardidés y vías de disimulación en la aplicación del Derecho»), *AcP*, 167, 1967, 305-349; «Juristische Evidenzen» («Evidencias jurídicas»), *ZZP*, 84, 1971, 241 y ss.; «Formalismusargumente» («Argumentos formalistas»), *AcP*, 172, 1972, 397 y ss. Y *vid.* además el libro de dicho autor: *Vierzehn Tugenden für vorzitzender Richter (Catorce virtudes para Presidentes de Tribunales)*, Berlin, 1983.

(condiciones de trabajo, presiones sociales, etc.) y de pre-juicios imperantes en el conocimiento vulgar [ideologías, estereotipos, *Alltagstheorien* (teorías cotidianas)<sup>91</sup> en general] —«... una mezcla indisoluble de...» (*infra*)—.

c) Que los juristas no son unos meros racionadores, como tampoco lo son los seres humanos en general, ni la tradicional formación universitaria de aquéllos incluye el aprendizaje de ciertos conocimientos que son absolutamente básicos para el pensamiento racional en general (si aquéllos los poseyeran, no serían tan fácilmente víctimas del Síndrome).

d) Que la práctica judicial y administrativa está sometida a múltiples entramamientos y entorpecimientos de orden esencialmente burocrático, los cuales muy a menudo resultan ser mucho más decisivos que cuanto eventualmente pueda producirse en el nivel de los razonamientos jurídicos propiamente dichos (cualesquiera sean).

¿Es posible una teoría *realista* de las argumentaciones jurídicas? ¡Claro que sí! Tal aproximación no podrá menos que tomar como eje de consideración básico, no la «construcción» de unos razonamientos *ideales*, sino el hecho de que el pensamiento jurídico profesional ha sido, es y siempre será (¡quíerese o no!):

«... una mezcla indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos» (RADBRUCH)<sup>92</sup>.

No me canso de hacer recordar tal caracterización, insuperable. Toda vez que el teórico del Derecho no remonte vuelo hacia unos universos de celestialidades jurídicas, en donde esa mezcla deje de ser tal para dar lugar (supuestamente) a ciertas «racionalidades» o «razonabilidades» jurídicas discernibles en una burbuja intelectual propia, lo interesante no podrá ser ponerse a «construir» semejantes universos, cuya principal realidad es que tienen usos en unos entretenimientos del pensamiento profesoral.

Dado que los juristas a menudo creen en sus propias argumentaciones y éstas efectivamente juegan un papel *dentro* de aquella gran «mezcolanza», no se ve por qué los exámenes realistas con respecto a pensamiento jurídico habrían de prescindir de aquilatar dicho papel. Pero se fijarán sobre todo, eso sí, en qué medida y cómo ellas cumplan tal papel en la *propia* práctica jurídica. De ahí que, al fin de cuentas, la condición básica de toda teoría realista sobre las maneras de argumentar de los juristas es que ella, a diferencia de la amplia gama de los estudios *idealistas* al respecto (*i. e.*, no sólo los de enfoques argumentativistas), tendrá necesidad de poner el acento en todo aquello, justamente, que la teoría «estándar» de la argumentación jurídica **saca afuera del tapete** al ocuparse de la materia<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Cfr. 2006a, sec. A, Tesis 5.

<sup>92</sup> G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (7.ª ed., al cuidado de E. Wolf), Stuttgart, 1970, 211. Ya GOETHE había anotado que: «Una ciencia es, como cualquier institución y organización humanas, una colosal ensambladura (*ungeheure Kontignation*) de lo cierto y lo falso, lo voluntario y lo necesario, lo sano y lo enfermizo» (*Tag und Jahres-Hefte* 1811).

<sup>93</sup> Por ejemplo: un intento en tal sentido, precisamente el de «poner el acento en todo *aquello*», es la finalidad principal de mi *Metodología jurídica irreverente* (2006a).

## TRABAJOS COMPLEMENTARIOS DEL AUTOR \*

- 1973: «Sur une “méthodologie” de l’interprétation juridique», *Archives de Philosophie du Droit*, XVIII, 371-383.
- 1977: «Rationalität der Autoritäten oder Autorität der Rationalität?» («¿Racionalidad de las autoridades o autoridad de la racionalidad?»), *Rechtstheorie*, 8, 145-163.
- 1978: «Hermeneutik contra Rechtswissenschaft» («Hermenéutica contra ciencia jurídica»), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. LXIV, 163-181.
- 1980: «Presentación», en J. E. ROMERO PÉREZ, *La Sociología del Derecho en Max Weber* (2.ª ed), i-xxxiv; San José, Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica.
- 1982: Nota sobre «Gadamer: Verdad y Método», *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, núm. 51, junio, 96-99.
- 1988: «Rationalité», en A.-J. ARNAUD (ed.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris-Brussels, 337-340.
- 1990: «Racionalidad y método para el Derecho: ¿es eso posible?», *Doxa*, núms. 7 y 8, respectivamente 169-247 y 241-270. Una versión corregida y algo ampliada apareció en *Revista de Ciencias Jurídicas* (Universidad de Costa Rica), núms. 66 (mayo-agosto 1990) y 67 (septiembre-diciembre 1990), respectivamente 67-134 y 169-244; de esta versión hubo también un pequeño tiraje independiente en forma de libro.
- 1993: «Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho»; *Doxa*, núm. 14, 269-317 (con unas cuantas erratas). Versión revisada: en AA.VV. (J. F. PALOMINO MANCHEGO, dir.), 1999: *Discusión sobre el carácter anticientífico del Derecho (De Kirchmann a la discusión epistemológica actual)*, Lima, 47-107. Versión definitiva: 2011a, cap. II.
- 1995: «Sobre el Derecho como “técnica” o “tecnología”. Apostillas a una polémica sobre las posibilidades del discurso jurídico»; *Doxa*, t. 17-18, 491-498. También en AA.VV., 1999 (ref. *supra*, 1993), 107-116.
- 1996a/2003: «Lógica formal y Derecho»; *Enciclopedia Jurídica Ameba*, apéndice VII, 625-632, Buenos Aires, 1996. Una versión revisada de este estudio pasa a ser el cap. VIII de 2003 (versión abreviada: cap. IV.1 de 2011<sup>a</sup>).
- 1996b: «Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie - Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der “Heiligen (Rede-)Familia”» («Ubicación de la Teoría del Derecho contemporánea - Rawls, Dworkin, Habermas y otros miembros de la “Santa (charla-)Familia”»), *System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie nach Jürgen Habermas*, HABERMAS-SONDERHEFT (*Rechtstheorie*, vol. 27, cuaderno 3, 1996), 277-327, Berlin, Duncker & Humblot, publ. 1998. Título original de dicho estudio: «Zum astronautischen Standort der heutigen Rechtstheorie. Über Rawls, Habermas, Alexy und andere: Gegenwärtige Arten des akademischen Wunschenkens in einer modernen “Heiligen (Rede-)Familia”» [«Sobre el astronáutico emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea. Acerca de Rawls, Habermas, Alexy y otros: formas actuales del wishful thinking académico en una moderna “Santa (charla-) Familia”»]. Este estudio se halla traducido (por partes) en español, respectivamente: intr. y §§ I-II (2007<sup>a</sup>, §§ I-III), § III (versión ampliada: 2009b), § IV (2001<sup>a</sup>, §§ 4-8), § V (1997, 116-125), § VI (1998 —revisado y ampliado: 2011a, cap. VI—).
- 1996c: «Una discusión : ¿Quiénes son los “irracionalistas” en la Teoría del Derecho? (Por qué algunos no confiamos en que sean tan “racionales”, ni “razonables”, los enfoques hoy

\* Nota: La referencia a estos estudios en notas subpaginales del presente artículo se efectúa indicando simplemente el respectivo año de publicación.

- dominantes en esa Teoría)», *Doxa*, núm. 19, 385-402. Versión ampliada en P. MANCHEGO (*op. cit.*), 271-315. Versión definitiva: cap. III de 2011a.
- 1998: «Teorización constructivista como “forma de vida” (Sobre “formas y reglas” del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)». *Doxa*, núm. 21, vol. I, 147-170. Pasa a formar parte, en versión revisada y ampliada, de 2011<sup>a</sup>, cap. VI.
  - 1999: «Precomprensiones, racionalidad y métodos, en las resoluciones judiciales», *Doxa*, núm. 22, 49-78.
  - 2000: «Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora. Mitomanías de la Razón “constructivista”: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?», *Doxa*, núm. 23, 561-596. Texto revisado: 2003c, Anexo.
  - 2001a: «Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: El *bluff* Dworkin (Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto-Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)», *Doxa*, núm. 24, 165-201. Versión completa (mucho más amplia que la publicada en *Doxa*): 2009a.
  - 2001b: «Normativismo y realismo como opciones del juez (de la Razón práctica amputada a la racionalidad jurídica integral)», en J. M. DELGADO OCANDO y L. I. ZERPA (coords.), *Curso de Capacitación Judicial sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*, Tribunal Supremo de Justicia (Serie Eventos núm. 3), Caracas, 39-161.
  - 2002: «Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa *práctica* al discurso normativista de los jueces)», *Doxa*, núm. 25, 503-531. Los contenidos de este estudio pasaron luego, en presentación corregida y ampliada, a formar parte de 2006<sup>a</sup>, secs. C.II-III y D.5.
  - 2003: *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, t. I y II, San José, Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Editorial Vllamarán, xii-207 + xv-335 pp.
  - 2004: «Alcance heurístico del modelo “Autoridades” para examinar las argumentaciones de los juristas, y comparación de ese modelo con los enfoques “sistémicos” (“razonabilistas”, etc.) en la actual Teoría del Derecho», en R. ZULUAGA GIL (ed. y comp.), *Interpretar y argumentar. Nuevas perspectivas para el Derecho*, Medellín, Pontificia Universidad Javeriana Cali, 81-122.
  - 2006a: *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*; Universidad Carlos III de Madrid-Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de Las Casas» (col. Derechos Humanos y Filosofía del Derecho), Dykinson, Madrid, 442 pp. Versión muy ampliamente reelaborada: 2011b.
  - 2006b: «¿Puede el jurista discurrir como un científico social? (Posibilidades e imposibilidades del Derecho como “ciencia” social)», *Revista de Ciencias Sociales (UCR)*, núms. 113-114 (2006.III-IV), 37-54 [pdf: <http://redalyc.uaemex.mx>].
  - 2007a: «Contra la “Santa (charla-)Familia”. Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del *wishful thinking* académico»; *Doxa*, núm. 30, 491-524.
  - 2007b: *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma analítico-realista las claves retóricas de esos discursos)*, San José, C. R., Editorial de la Universidad de Costa Rica, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio (ed. corr. y ampl. —1.ª ed. 2004—), xxi-411 (obtenible en: <http://www.libreriaucr.com/catalogo/>).
  - 2007c: «Sobre Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica de Christian Courtis (ed.)», *Isonomía*, núm. 27, 205-213.
  - 2009a: «El *bluff* Dworkin. Su rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho»; en *Criterio Jurídico*, vol. 9, núm. 1 (1.ª semestre), 155-258 (pdf: <http://criteriojuridico.puj.edu.co>).

- 2009b: «Rawls: El extraterrestre raciocinante. Teoría social en tanto que mero divertimento discursivo (Sobre la neoescolástica social de J. Rawls como paradigma de teorización alienada)», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 223-267 (pdf: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd>). Pasa a formar parte, con leves diferencias, de 2010, caps. I.1 y V.2-5.
- 2010a: *Los juicios de valor. Elementos básicos de Axiología General* (2.<sup>a</sup> ed.). *Epistemología del discurso valorativo práctico (Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos)*, San José, C. R., UCR, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, xxxvii-449 pp. (obtenible en <http://www.libreriaucr.com/catalogo/>). Es la edición revisada y ampliada de la obra publicada anteriormente, 2004 y 2008, bajo el título principal: *Elementos básicos de Axiología General*.
- 2010b: *Entre tecnócratas y «wishful thinkers».* *La concepción misionera de las ciencias sociales* (pról. J. A. GARCÍA AMADO), Granada, Comares, 370 pp.
- 2011a: *La ciencia de los juristas: ¿qué «ciencia»?.* *De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, San José (C. R.), Editorial Jurídica Continental (en prensa) (será obtenible en: <http://www.libreriaucr.com/catalogo/>).
- 2011b: *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica* (versión ampliamente reelaborada, y muy aumentada, de 2006a), San José (C. R.), Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad de Costa Rica (en prensa) (será obtenible en: <http://www.libreriaucr.com/catalogo/>).

# CRÍTICA DE LA CRÍTICA CRÍTICA. CONTRA ENRIQUE HABA Y CONSORTES \*

Manuel Atienza

*Universidad de Alicante*

**RESUMEN.** Después de señalar los elementos fundamentales de la crítica que HABA dirige a la teoría «estándar» de la argumentación jurídica, el autor entiende que «HABA tiene alguna razón en lo que dice, pero no en cómo lo dice ni tampoco (sobre todo) en la consecuencia que pretende extraer de su crítica: la descalificación radical de la teoría estándar de la argumentación jurídica». Aclara que, en su opinión, esa teoría es susceptible de más de una crítica pero que, en su opinión, HABA «ni siquiera ha planteado sus críticas con el rigor exigible para ser sometidas a una discusión racional», y termina pidiéndole que lo haga.

**Palabras clave:** argumentación jurídica, E. P. HABA, M. ATIENZA.

**ABSTRACT.** After pointing out the main elements of the criticism which HABA addresses at the «standard» theory of legal argumentation, the author considers that «HABA is right to a certain extent in what he says, but not in how he says it nor (and above all) in what he considers to be the consequence of his criticism: the radical disqualification of the standard theory of legal argumentation». The author explains that, in his opinion, this theory can be criticized in more than one way but he holds that HABA «has not even put forward his criticism with the rigour required to be the object of a rational discussion», and asks HABA to do so.

**Keywords:** legal argumentation, E. P. HABA, M. ATIENZA.

---

\* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

1 El título elegido para este comentario a la crítica feroz dirigida por E. HABA contra la «teoría estándar» de la argumentación jurídica [«Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación...»] es una broma que, estoy seguro, mi amigo (y crítico), autor de la misma, no se tomará a mal. Como el lector (por lo menos, el lector de cierta edad) habrá advertido, tomo el título de una de las obras de MARX (y ENGELS; aunque el papel de este último parece haber sido escaso), de 1844: *La Sagrada familia. Crítica de la crítica crítica. Contra Bruno Bauer y consortes*. Si bien es cierto que las posiciones iusfilosóficas de HABA están lejos del neohegelianismo de BAUER (y otros autores de menor relieve a los que despectivamente el mordaz MARX califica de «consortes»), me parece que hay algo en su afán crítico (superabundantemente presente ya en el título de su trabajo) que le emparenta con aquellos hipercríticos (críticos críticos). O sea, la de HABA no pretende ser una simple crítica, una crítica más; sino una crítica muy crítica: una crítica crítica, vaya.

2. Al igual que los profesores que repiten una y otra vez lo que consideran son las ideas fundamentales sobre un cierto tema, ante el temor de que sus estudiantes no les hayan entendido bien —o simplemente con el propósito de que, al menos, se hayan enterado de eso, de lo fundamental—, en su descalificatoria crítica de la «teoría estándar» de la argumentación jurídica, HABA repite machaconamente su mensaje, su crítica que, en lo esencial, parece reducirse a las tres tesis siguientes: 1) los argumentativistas incurren en el «síndrome normativista»; 2) desvían su foco de atención de las argumentaciones jurídicas reales (se fijan en algunos aspectos semánticos pero dejan fuera las dimensiones pragmáticas), y 3), como consecuencia de todo ello, lo que construyen es un discurso ideológico dirigido a justificar el razonamiento tradicional de los juristas.

Con lo de «síndrome normativista», HABA quiere decir que el conjunto de autores que integran la «teoría estándar» (un conjunto, por cierto, que en su texto no está muy claramente especificado; sobre esto volveré luego) se desentiende de una serie de vicios de razonamientos, de falacias que se encuentran corrientemente en los discursos de los profesionales del Derecho (lo que permite, en consecuencia, una presentación «embelezadora» de esos discursos). Tales vicios consistirían fundamentalmente en: poner el énfasis en las controversias terminológicas; recurrir a un «platonismo normativista» que posterga el plano de la realidad; incurrir en diversas peticiones de principio; usar una terminología esencialista; no distinguir «es» y «debe»; recurrir a conceptos jurídicos indeterminados como si remitieran a un solo sentido identificable; usar fórmulas vacías persuasivas («proporcionalidad», «equilibrio», «racionalidad», «razonabilidad»); recurrir a nociones del pensamiento social vulgar («justicia», equidad», «bien común») sin ninguna precaución analítica.

La segunda de las críticas viene a consistir en que los argumentativistas no han construido una teoría realista de la argumentación jurídica. Construyen un modelo de la argumentación jurídica idealizado y que no se corresponde con cómo se argumenta realmente en el Derecho, con lo que ocurre en la práctica judicial y administrativa. La reconstrucción de la argumentación jurídica que los autores de la «teoría estándar» llevan a cabo, en definitiva, no es un retrato fiel de la realidad, sino más bien el resultado de haberla sometido a una operación de «cirugía estética».

Y, en fin, la acusación de ideología (implícita ya en las anteriores críticas) no se debe a que HABA niegue que los ideales puedan jugar algún papel en el pensamiento social. Sobre esto, HABA distingue cuatro modelos de aproximación a las cuestiones sociales que apelan a lo ideal: el modelo de *ideal valorativo* (ideal querría decir algo que se juzga deseable y bastante viable); el modelo como «*tipo ideals*» (en el sentido de M. WEBER); el modelo de *tipo promedial*; y el modelo de *idealización* (que disimula y «embellece» cómo son ciertas realidades sociales). El carácter ideológico de la teoría estándar consistiría en que la misma: ofrece una perspectiva que es principalmente axiológica, pero de modo implícito hace creer que se trata de una descripción empírico-promedial; el modelo de argumentación jurídica que propone la teoría no es un tipo ideal en el sentido weberiano, pues con él no se pretende comprobar si las argumentaciones reales se apartan o no del mismo (o sea, no es un modelo descriptivo-crítico); se trata fundamentalmente de un modelo de idealización que encubre la realidad (digamos, de una *ideología* más o menos en el sentido marxista de la expresión).

3. Yo creo que HABA tiene alguna razón en lo que dice, pero no en cómo lo dice ni tampoco (y sobre todo) en la consecuencia que pretende extraer de su crítica: la descalificación radical de la teoría estándar de la argumentación jurídica.

3.1. Cuando digo que HABA tiene algo de razón, me refiero a lo siguiente. Hace unos veinte años, en una obra dirigida a exponer las teorías de la argumentación jurídica del siglo XX, dirigí a la «teoría estándar de la argumentación jurídica» (creo haber sido el inventor del término) una serie de críticas que tienen más de un punto de contacto con las de HABA. En efecto, en el capítulo final de esa obra<sup>1</sup> señalaba que una teoría de la argumentación jurídica debía evaluarse desde tres perspectivas distintas, esto es, considerando cuál era el objeto, el método y la función de la misma. La «teoría estándar» (bajo este rótulo analizaba las de ALEXY y MACCORMICK, pero consideraba que también lo escrito por otros autores como AARNIO, PECZENIK o WRÓBLEWSKI tenía un significado semejante) presentaba, en mi opinión, tres tipos de insuficiencias. Desde el punto de vista del objeto, señalaba las siguientes: deja fuera las cuestiones de tipo fáctico las argumentaciones sobre hechos; tampoco se ocupa de la argumentación en el ámbito de la producción del Derecho; sólo considera el proceso de la «adjudicación» y no otros medios «alternativos» (pero también —o, al menos, parcialmente— jurídicos) de resolución de disputas, como la mediación, el arbitraje o la negociación; atiende exclusivamente al contexto de justificación (aunque no dé cuenta completa del mismo) y no también al contexto de descubrimiento. En cuanto a la metodología, mis críticas se centraban en dos puntos: 1) la teoría estándar no había elaborado un procedimiento que permitiera representar adecuadamente cómo los juristas fundamentan de hecho sus decisiones; 2) los criterios de racionalidad práctica construidos para juzgar acerca de la corrección de las argumentaciones son sólo criterios mínimos y de ahí que su utilidad sea limitada. Finalmente, a propósito de las funciones que debería cumplir una teoría de la argumentación jurídica, distinguía entre funciones teóricas o cognoscitivas, prácticas o técnicas y políticas o morales. A este respecto, señalaba diversos déficits de la teoría estándar y mostraba cómo los representantes de la misma propendían a una

<sup>1</sup> M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, 1.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

valoración excesivamente positiva de los Derechos modernos y de la práctica de su interpretación y aplicación.

Por lo que hace específicamente al caso de ALEXY (autor al que HABA se refiere —por así decirlo— con una especial saña), pensaba (y sigo pensando) que su obra era (es) de una extraordinaria importancia: un hito en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica. A pesar de lo cual, en aquel libro le dirigía algunas críticas: unas tomadas de otros autores (como NEUMANN, GIANFORMAGGIO o el propio HABERMAS), y otras de cosecha propia. Dado que lo que sostenía (y sostiene) ALEXY, esencialmente, es que la argumentación jurídica, en todas sus instancias, es un caso especial de lo que llama el «discurso práctico general», esto es, el discurso racional, dividía dichas críticas en dos grupos, según las mismas apuntaran a la teoría del discurso en cuanto tal o bien, específicamente, a la tesis del caso especial. En este segundo grupo de críticas distinguía todavía entre: una crítica conceptual, una crítica centrada en el alcance práctico de la teoría, y una crítica ideológica. 1) La de carácter conceptual se refería tanto a ciertas ambigüedades que cabía encontrar en la obra de ALEXY (por ejemplo, a propósito de lo que debe entenderse por «argumentación jurídica» o «discurso jurídico») como, sobre todo, al alcance de la noción de «pretensión de corrección». En relación con esto último, me parecía que podían surgir dudas, por ejemplo, acerca de si la pretensión podía plantearse también a propósito de las argumentaciones que llevan a cabo las partes en un proceso o incluso de las argumentaciones de los jueces y de la dogmática, puesto que las mismas tienen que moverse dentro de los límites del Derecho positivo, el cual puede incluir normas injustas. 2) En cuanto al alcance de la teoría, no veía tampoco que el modelo de ALEXY permitiera integrar adecuadamente la racionalidad discursiva con elementos de racionalidad estratégica, y los criterios que ALEXY sugería para medir la racionalidad de las decisiones jurídicas me parecían, al mismo tiempo, excesivamente latos (dado su carácter esencialmente formal) y excesivamente estrictos (consideraba más bien dudoso que muchas de las reglas del discurso racional se aplicasen en los diversos contextos de la argumentación jurídica). 3) Finalmente, la crítica ideológica se refería al riesgo de que la teoría pudiera contribuir a justificar de manera acrítica un determinado modelo de Derecho: el del Estado democrático y constitucional. Esos riesgos ideológicos derivaban: *a)* de que si bien la exposición de las reglas del discurso práctico general se hacía desde una perspectiva inequívocamente prescriptiva, cuando se pasaba al discurso jurídico se volvía esencialmente descriptiva: las reglas de la razón jurídica venían a ser las tradicionales del método jurídico; *b)* de la idealización de algunas de las instituciones centrales del Derecho moderno, como la dogmática o el proceso; *c)* de que ALEXY no parecía tomar en consideración la posible existencia de casos trágicos en el Derecho, casos para los que no existiría ninguna respuesta correcta; *d)* de que la defensa de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral tenía el riesgo de atribuir a lo jurídico un sentido encomiástico en una forma que podría resultar arbitraria.

En fechas más recientes he vuelto a ocuparme de la concepción de la argumentación jurídica de ALEXY y, en particular (junto con J. RUIZ MANERO), de su teoría de los principios. Creo que mi visión del Derecho es esencialmente coincidente con la suya, pero la tesis del caso especial tiene para mí el inconveniente fundamental de que uniformiza demasiado la argumentación jurídica, lo que supone, a su vez, el peligro de una

teoría no suficientemente articulada (en el plano conceptual o analítico), menos útil en la práctica de lo que debiera ser (por su falta de realismo, de potencia descriptiva) y proclive a presentar la práctica jurídica (o algunos aspectos de la misma) en forma algo ideológica (dada su tendencia a la idealización). Yo no creo que, en rigor, la argumentación jurídica (si bajo este concepto se incluye no sólo la argumentación de los jueces y de la dogmática, sino también, por ejemplo, la de los legisladores y abogados) sea un *caso especial* de la argumentación práctica general. La argumentación jurídica (entendida en ese sentido amplio) es una práctica compleja en la que concurren diversos tipos de argumentación, de diálogos, y en donde, dependiendo del contexto de que se trate, puede prevalecer uno u otro de esos tipos de argumentación. Por ejemplo, parece evidente que los componentes retóricos tienen una extraordinaria importancia (constituyen quizás el elemento predominante) en la argumentación de los abogados (o en alguno de los contextos de la argumentación forense), mientras que no ocurre lo mismo con la argumentación de los jueces dirigida a justificar una decisión. Me parece que cuando se trata de, a partir de todas esas prácticas, construir algo así como una teoría *general* de la argumentación jurídica, debe dársele cierta prioridad al discurso práctico racional (al diálogo crítico); o sea, las formas estratégicas de argumentación no están a la par de la argumentación crítica racional. Pero para lograr eso, esa prevalencia del discurso práctico racional, basta con que el diálogo racional permita justificar (como creo que lo permite) la existencia de esas otras formas de argumentación: el discurso predominantemente estratégico de los abogados, los legisladores, los negociadores... O sea, yo no creo (como ALEXY) que las reglas del discurso práctico racional definan una especie de superjuego que contiene —en forma muy abstracta— a todos los otros juegos argumentativos (jurídico-argumentativos); y me parece que es relativamente fácil mostrar que existen ámbitos de la argumentación jurídica (por ejemplo, la del abogado que negocia un acuerdo con la otra parte) en las que no rigen (o no del todo) las reglas de la argumentación racional de ALEXY.

3.2. Cuando digo que HABA no tiene razón en cómo expone sus críticas (en las que, insisto, tiene algo de razón) no me refiero solamente a cuestiones que pudieran llamarse estilísticas. Lo que quiero decir es que su método crítico (o crítico crítico) es equivocado: sus críticas están mal dirigidas (equivoca el blanco) y están mal formuladas, en el sentido de que incurre en diversas falacias. Me explicaré.

Si están mal dirigidas es porque parecen dirigirse contra una serie de autores, de manera bastante indiferenciada, cuando resulta que entre ellos hay diferencias de cierta importancia. A eso es a lo que me refería cuando antes apuntaba al uso poco claro que HABA hace de la expresión «teoría estándar de la argumentación jurídica». Por ejemplo, HABA no parece incluir aquí a MACCORMICK (o no es claro que lo haga: las referencias al mismo son indirectas), que sería un candidato «natural» a semejante rótulo. Pero, sin embargo, sí que incluye a FERRAJOLI lo que, en mi opinión, resulta absolutamente gratuito. FERRAJOLI tiene una concepción del Derecho bastante distinta a la de autores como ALEXY, MACCORMICK o DWORKIN: aquél (a diferencia de éstos) es un firme partidario del positivismo jurídico; es un relativista y no cognoscitivista en materia de ética; y su enfoque del Derecho, simplemente, no es argumentativo (al contrario, una crítica que se le puede hacer —que se le ha hecho— es que descuida ese aspecto en su teorización del Derecho). Y, en fin, por lo que a mí respecta, los repro-

ches que parece dirigirme HABA (al incluirme dentro de los partidarios de la «teoría» estándar) carecen simplemente de sentido. Obviamente, no porque yo crea que lo que he escrito sobre argumentación jurídica es insusceptible de crítica (de crítica fundada), sino porque la de HABA yerra manifiestamente el tiro. Aunque en muchos aspectos (seguramente, en lo esencial) coincida con ALEXY o con MACCORMICK (más con el último que con el primer MACCORMICK), ya antes he señalado que mi actitud frente a esos autores nunca ha sido la de aceptar sin más sus tesis y que las críticas que les he formulado desde hace tiempo se solapan parcialmente con las de HABA. Pero es que, además, el trabajo sobre argumentación jurídica que he efectuado en los últimos tiempos va exactamente en el sentido opuesto al imaginado por HABA: he efectuado muchísimo trabajo de «campo» dedicado al estudio de argumentaciones concretas (de las argumentaciones reales llevadas a cabo por los juristas) y me he interesado, de manera muy particular, por el estudio de las falacias, de los malos argumentos que tienen la apariencia de ser buenos; sobre ello he publicado un libro que contiene el análisis de cerca de un centenar de falacias extraídas de la discusión en los medios de comunicación españoles a propósito de diversas cuestiones de naturaleza jurídica, moral y política<sup>2</sup>.

Esa familiaridad con las falacias, por cierto, me lleva a pensar que la crítica de HABA incurre en más de una. Quizás la más importante de todas sea la que podría denominarse «falacia de la indeterminación». Consiste en criticar una postura, una cierta teoría, eludiendo toda precisión. Así, en el caso de HABA, uno no sabe —no puede saber— quiénes son exactamente los autores y las tesis criticadas: en su trabajo no hay prácticamente ninguna cita precisa de lo que pretende criticar, sino más bien meras referencias indeterminadas a algún autor y a su obra; e incluso la clase de los autores que integrarían la «teoría estándar», el objetivo de su crítica, está, como acabo de señalar, mal construida. Otra falacia en la que incurre con profusión es la que alguna vez he llamado «falacia de la exageración»: consiste en radicalizar una verdad, extenderla fuera del campo en que resulta aceptable, lo que la vuelve falsa. Así, es cierto que autores como ALEXY, MCCORMICK, AARNIO o PECZENIK, por lo que yo sé, no se han interesado por los argumentos falaces, pero es una exageración sin ningún fundamento pensar que, por ello, incurrirían en lo que HABA llama el «síndrome normativista»; a lo que se refiere HABA con ello es a una serie de consideraciones que cualquier autor con formación analítica (como los mencionados) conoce bien y no hay ninguna razón para pensar que se desentiendan —como HABA lo afirma— de esos vicios de razonamiento. Es más, HABA los acusa (en mi opinión con ningún o muy poco fundamento) de idealizar, de «embellecer» la realidad social, pero lo que el propio HABA hace con ellos, con sus teorías, es una operación semejante, pero de signo contrario: distorsiona esas teorías, las «afea» hasta un punto en que resultan irreconocibles (y, claro está, fácilmente —pero también inocuamente— criticables); o sea, HABA incurre en el vicio de la idealización, pero no con un afán de embellecer la realidad, sino de afearla. En fin, un rasgo del escrito de HABA que no sé si se puede calificar como falacia pero que, desde luego, es un caldo de cultivo propicio para cometer falacias, es lo que no dudo en llamar el «síndrome del crítico»: consiste en un empeño, en una obsesión, por asumir el punto de vista más crítico posible sobre una determinada cuestión, de

<sup>2</sup> M. ATIENZA, *La guerra de las falacias*, 3.ª ed., Alicante, Librería Compás, 2009; también *Bioética, Derecho y argumentación* (cap. I), Lima-Bogotá, Palestra-Temis, 2004.

tal manera que cualquier otra posición ha de resultar insuficientemente crítica; dicho de otra manera, el abandono de una actitud simplemente crítica en favor de una más crítica (de una crítica crítica).

3.3. Como consecuencia de lo anterior, las pretensiones de HABA de haber efectuado una crítica radical de la teoría estándar de la argumentación jurídica me parecen simplemente infundadas. Y como yo no deseo cometer ninguna falacia, aclaro que lo que quiero decir con lo anterior no es que esa teoría, la teoría estándar, esté plenamente justificada, que no ofrezca ningún flanco para la crítica (incluso para la crítica radical). Lo que quiero decir es que HABA no lo ha hecho. Que ni siquiera ha planteado sus críticas con el rigor exigible para ser sometidas a una discusión racional (y crítica). Y que lo único que me queda para terminar este escrito de contestación a su trabajo es pedirle que lo haga.



# CALLAR O NO CALLAR...

## THAT IS THE QUESTION!

(Entre «crítica crítica» y las críticas-poco-críticas) \*

Enrique P. Haba

Universidad de Costa Rica

**RESUMEN.** Ante el comentario «Crítica de la crítica crítica», aquí se llama la atención sobre sitios puntuales del estudio «Razones para no creer...», en los cuales a texto expreso se detalla lo contrario de lo que en dicho comentario es imputado como supuestas «falacias» —a) «indeterminación», desconocer «diferencias» entre autores; b) «exageración»— a ese estudio. Asimismo, se hace ver que la indeterminación sustancial del contenido señalado para los otros dos reparos principales —c) vicio de idealización, «distorsión», «afea»; d) «síndrome del crítico»— hace imposible dilucidar si acaso ellos puedan referirse también a algo que no sea simplemente «gustativo», esto es, no limitarse a expresar unas perspectivas emocionales (actitudes) de signo negativo, provocadas por aquellas puntualizaciones de sentido descriptivo (ideas) cuyo no-callar contrasta con los variados juegos de abstracciones escapistas que dominan en la actual Teoría del Derecho. Luego de destacar la alternativa entre «crítica crítica» (decir lo que «duele») y unas críticas-poco-críticas («decir lo justo»), el autor concluye invitando a que, en vez de serle planteadas objeciones que consisten esencialmente en unos *disagreements of attitudes* —lemas: «decir lo justo» (no-callar-pero-callar) vs. «crítica crítica» (no-callar, pero sin concesiones)—, las desavenencias frente a su estudio se acepte dirigir las sobre todo al plano de los *disagreements of beliefs*: discutir acerca de IDEAS (¡propriadamente dichas!), entre las planteadas allí mismo.

**Palabras clave:** racionalidad, falacias, teoría «estándar» de la argumentación, actitudes, ideas.

**ABSTRACT.** In view of the commentary «Critique of critical criticism», attention is drawn here to specific parts of the study «Reasons not to believe...» in which, in specific terms, the opposite of what in the above mentioned commentary are considered to be alleged «fallacies», are listed —a) «indeterminacy», the fact of not knowing «differences» between one author and another; b) «exaggeration», a term used to describe this study. In addition, it is shown that the substantial indeterminacy of the content specified for the other two main objections, c) «the vice of idealization», «distorts», «spoils» d) «critic's syndrome», makes it impossible to clarify if this might perhaps also refer to something which is not simply «a matter of taste», that is to say, not only to express emotional perspectives (attitudes) of a negative nature, deriving from those points of a descriptive nature (ideas) whose speaking out contrasts with the varied games of escapist abstractions which predominate in theory of law today. After underlining the alternative between «critical criticism» (saying what «hurts») and some —not very critical— criticism («saying just enough»), the author concludes by inviting objections to be raised, objections which essentially consist not in *disagreements of attitudes*, slogans: «saying just enough» (not keeping quiet-but-keeping quiet) vs. «critical criticism» (not keeping quiet, but without concessions), but instead consist in *disagreements of beliefs*: to discuss IDEAS (in the strict sense!), from among those put forward there.

**Keywords:** rationality, fallacies, «standard» theory of argumentation, attitudes, ideas.

---

\* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

... esforzarse por entender bien lo que el otro ha dicho es una exigencia moral —en el sentido amplio de la expresión— que resulta además bastante útil como recurso retórico o dialéctico: hace más difícil que podamos ser refutados (por ejemplo, con un «yo no he dicho eso») y aumenta las probabilidades de que nuestros contendientes estén también dispuestos a entendernos bien.

Frente a la tendencia, natural quizá en algunas culturas, a irse por las ramas no cabe otro remedio que insistir una y otra vez en ir al punto, en fijar cuidadosamente la cuestión. Una de las razones por las que es importante fijar bien los puntos de una controversia es que, de esa forma, se impide —o se dificulta— que se pueda cometer la falacia consistente en eludir la cuestión<sup>1</sup>.

Mucho me importa comenzar por agradecer muy sinceramente al director de esta Revista, mi amigo M. ATIENZA, por regalarme la distinción de distraer algo de su tiempo (me consta que no le sobra) en efectuar esas observaciones sobre lo que él ha gustado etiquetar como *mi* «crítica crítica». Se hace muy raro, en nuestros días, que un escritor internacionalmente conocido de Teoría del Derecho tenga interés (y de sus seguidores, ¡ni qué hablar!) en abrir espacios para la discusión pública frente a reparos teóricos que no sean lo bastante complacientes con los paradigmas básicos aceptados sin más en su propio círculo académico. La actitud general al respecto, en el interior de todos los bandos respectivamente, es la discreta complicidad en el *mejor es no meneallo...* Nada me resulta más grato que reconocer la hidalguía intelectual de ATIENZA por haberse resuelto a no seguir ese camino fácil, el más habitual, aquel de simplemente refugiarse en uno de esos conformismos sectoriales; todo el mérito de que la presente discusión pueda ser pública es muy suyo.

También me resulta especialmente bienvenido que mi colega tome con tan buen humor lo «feroz» (calificación suya) de mi enfrentamiento contra puntos de vista que no le son ajenos, como para lanzar inclusive la simpática broma de etiquetarme en tal forma. Eso sí, yo hubiera preferido que sus observaciones se dirigieran sobre todo, ya «bromas» aparte, a cuestiones *de fondo*, las que fuere, planteadas en mi examen. Pero me encuentro con que mi gentil comentarista ha preferido tomar por sendas bastante laterales, si no del todo aparte, a mis propios puntos temáticos fundamentales. Yo hubiera esperado que, por ejemplo, en donde *verdaderamente* dije A, él afirmase netamente *no-A*; y esto trayendo por su parte a colación ni más ni menos que unos elementos de juicio que se me hubieren pasado por alto, siendo éstos de directa *pertinencia* para aquilatar la condición de *verdadero-o-falso* de A mismo. En cambio, me encuentro con que casi todas las puntualizaciones presentadas por ATIENZA —las cuales, según él, invalidarían o por lo menos arrojarían muy serias dudas sobre las principales tesis que he sostenido en mi estudio— corresponden al esquema de razonamientos siguiente, muy común en toda suerte de discusiones cotidianas, más que más si son entre políticos o sus partidarios:

<sup>1</sup> M. ATIENZA, 2006: «Diez consejos para argumentar bien o Decálogo del buen argumentador», *Doxa*, núm. 29, 473-475 (allí los mandamientos 4 y 9). *Id.*, 2004: *La guerra de las falacias*, Puebla, Cajica, § 25 *in limine* (78).

- Juan dice: *A*.
- Pedro responde:
  - no es cierto *B*
  - y además es verdad *C*.

(En la presente controversia, Juan soy yo y Pedro es ATIENZA.)

De cualquier manera, me limitaré a comentar los aspectos que el propio ATIENZA ha considerado del caso poner aquí sobre el tapete. Reconozco que es su pleno derecho no hablar sobre lo que él prefiera no hablar, no menos con respecto a ideas que estimo fundamentales de ese trabajo mío como sobre cualquier otra cosa. Por mi parte, no efectuaré aquí precisiones concernientes a esas otras ideas presentadas por mí, las no tocadas por ATIENZA, salvo en la medida en que sea indispensable para acreditar que en verdad yo no he sostenido tales o cuales puntos de vista que él me imputa por su propia cuenta.

[*Nota bene.* La crítica presentada por ATIENZA es extensiva asimismo, según su propio título, a *mis* «consortes». Obviamente, no puedo yo arrogarme, con respecto a nada de cuanto señalo en la presente respuesta, el puntualizar también lo que acerca de tal crítica puedan pensar, si tal vez se enteran de ésta, aquellos a quienes ATIENZA entienda asignados a dicho rubro. De todos modos, para que estén en condiciones de «defenderse» ellos mismos, si acaso les interesare hacerlo, se me ocurre que no es un despropósito rogarle a ATIENZA que acepte revelar el secreto en el cual hasta ahora ha considerado del caso mantener reservados sus nombres.]

Para dejar debidamente respaldadas cada una de las aseveraciones que voy a efectuar, no tendré más remedio que analizar con detención los siguientes rubros: 1. Cómo quedó fijada (por ATIENZA) la agenda de puntos a examinar. 2. Supuestas «falacias» en que yo habría incurrido. 3. ¿Es cierto que niego unas diferencias entre los autores «estándar»? 4. ¿Va al «punto» el recordatorio que ATIENZA efectúa con respecto a unos trabajos suyos? 5. ¿De *qué* «racionalidad» se trata? 6. Ideas y actitudes —¿recomendando el *buen callar* como mejor programa para la Teoría del Derecho?—.

[Evidentemente, mi contestación es bastante más extensa de lo deseable. También es cierto que sería dable resumir lo esencial de ella en no más de una o dos páginas. Sin embargo, mi «pretensión» (¡sí!) no es contentarme con simplemente señalar que *yo* creo tales o cuales cosas, en contraposición a otras que cree ATIENZA. Lo que me empeñaré en presentar aquí son unas diferenciaciones y transcripciones necesarias para DEMOSTRAR cada una de las aseveraciones que haré, al menos las principales. Lamentablemente, el camino de ofrecer *pruebas* es tanto más prolongado cuanto mayor sea la cantidad de inexactitudes que aquéllas estén llamadas respectivamente a desmontar. En el presente caso, como veremos, el número de estas últimas no es módico, como tampoco están exentas de unos intrínquilis conceptuales propios. No obstante, dado que los aspectos más decisivos (me parece) de cuanto me objeta ATIENZA serán examinados principalmente en mis §§ 2, 5 y 6, para lectores que prefieran reducir bastante ese tamaño les sugiero considerar solamente dichos párrafos; en tal forma, la extensión de lectura queda reducida en alrededor de un tercio del texto global.]

## 1. LA AGENDA DE PUNTOS A EXAMINAR (*establecidos por ATIENZA*)

Los contenidos de la anti-«crítica crítica» presentada, en ese comentario de ATIENZA (de aquí en adelante lo llamaré simplemente: el Comentario), consisten sobre todo en: *i*) atribuirme afirmaciones fundamentales que NO he efectuado; *ii*) sostener que he omitido presentar precisiones fundamentales que SÍ he expuesto expresamente en mi estudio comentado; *iii*) pasar por encima de *distinciones* que son decisivas para examinar las cuestiones planteadas por ATIENZA mismo; *iv*) consignar unas puntualizaciones tuyas que yo no he contradicho ni se las he negado, y las cuales, si bien guardan relación con la temática por mí abordada (aunque no llegué a detenerme en ellas), empero NO INVALIDAN lo afirmado por mí —no son del tipo no-A frente a mis A puntuales—, y hasta lo ratifican en buena medida. En síntesis: ATIENZA ha optado, en la mayor parte del Comentario, por «no ir al *punto...*». Todo esto tendré ocasión de acreditarlo, punto por punto (los que ha elegido ATIENZA), mediante citas *textuales* e indicación *exacta* de los sitios correspondientes. Pido disculpas de que, para no ser omiso en cuanto a ello (las pruebas), mi respuesta necesita ser, como ya lo advertí, mucho más minuciosa que dicho comentario. (Ya señalé que, a mi juicio, lo principal se examina aquí en los §§ 2, 5 y 6. Pero al parecer ATIENZA ha considerado no menos decisivo, desde *su* perspectiva, también las objeciones a que respondo en los otros dos numerales: §§ 3-4.)

\* \* \*

Me parece que puede no estar de más aprovechar la broma inicial de mi amable contendor para empezar por dejar en claro lo siguiente (por las dudas de que algún lector, un tanto distraído de lo expuesto en ese trabajo mío que comentamos, lo afirmado en esa humorada pudiera tomarlo más en serio de lo que —según creo— lo entiende el propio ATIENZA). Me importa subrayar que, al menos por mi propia parte, no entiendo ocuparme de las «pretensiones» —deseos, intenciones, finalidades personales— de nadie. No las de ATIENZA, por cierto, pero tampoco las de ninguno de los autores que menciono en mi artículo. Mi asunto es otro.

No acuso a los teóricos «estándar», y ni por asomo a ATIENZA personalmente, de *querer* esto o aquello. Mi artículo «pretende», eso sí, llamar la atención sobre lo que sus discursos hacen *prácticamente*. Esto es, sobre todo: *a*) esencialmente encoger la visión sobre el derecho a fijarse nada más que en ciertos aspectos *semánticos* de sus discursos oficiales manifiestos, apartando así la atención de las heterogéneas dimensiones *pragmáticas* («formas de vida») que tienen esos juegos de lenguaje cuando son invocados en las aplicaciones reales de dichos discursos<sup>2</sup>; *b*) rendir culto al «mejor es no meneallo» acerca de lo que llamo «Síndrome normativista» (abrev.: Síndrome), a pesar de que éste juega papel decisivo en muchas de las argumentaciones practicadas por los

<sup>2</sup> A este respecto cabe reconocer una excepción. Si bien las elucidaciones «estándar» se quedan, por lo general, en unas meras dimensiones *semánticas* —o también unas sintácticas: las formulitas lógico-deónticas— de los discursos examinados (sean éstos reales o ideales o una mezcla de ambos planos), empero en algunas de aquellas elucidaciones se ha llamado la atención sobre *un* tipo de elementos que forman parte, éstos también, de su dimensión pragmática: ciertas reglas procedimentales de orden general para llevar adecuadamente a cabo cualquier argumentación [*infra*: n. (abrev. de: nota subpaginal) 68]. Mas inclusive esto último es, después de todo, una propuesta para argumentaciones *ideales*.

juristas *reales* y *c*) en general «mirar hacia otro lado» acerca de las falencias básicas más habituales en dichas argumentaciones; *d*) desviar la atención hacia cierta supuesta «racionalidad» o «razonabilidad» de estas mismas, lo cual significa una «cirugía estética» imaginaria si ello se compara con las *prácticas* de los juristas corrientes.

Esas cuatro son afirmaciones de HECHOS, aunque éstos sean de naturaleza discursiva. Pudiera ser que ellas consistan en falsedades, invención de unos calumniadores «críticos críticos»; o en todo caso que, si «algo de razón» (ATIENZA *dixit*) no esté del todo ausente allí, empero constituyan unas gruesas exageraciones o la falsa generalización de algunos rasgos del pensamiento jurídico profesional que no se producen sino por excepción y muy minoritariamente. ¿Es esto lo que cree ATIENZA? A decir verdad, de su comentario no he logrado desentrañar a ciencia cierta si verdaderamente él piensa así o no piensa así. Voy a tratar de ver si, procediendo a «desmenuzarlo», acaso en el camino nos encontremos con pistas para develar tal incógnita (al final aventuraré una conclusión principal sobre ello: § 6).

\* \* \*

Mi ilustrado crítico trae a colación muchas cosas (su § 3.1) que efectivamente tienen relación con tales asuntos. Con muy buena parte de esos señalamientos estoy incluso de acuerdo (*infra*: § 4), si bien por mi lado no entré en tanto detalle de finezas teoréticas. Mas no alcanzo a percibir en qué podría ello invalidar las tesis centrales mías, ni aun otras afirmaciones que las acompañan. La gran cuestión es, a mi entender: ¿en qué, *concretamente*, he faltado a la VERDAD? Con el fin de develar este misterio, voy a comentar respectivamente el núcleo (con base en citas textuales) de lo que me parecen ser las objeciones a que ATIENZA otorga más peso.

Él efectúa (su § 2) un resumen de ideas presentadas en mi artículo. De cuanto señala ahí mismo, casi nada es inexacto; la excepción, eso sí no menos fundamental que llamativamente gruesa, es la tesis (1) ubicada en el primer párrafo de dicho numeral suyo<sup>3</sup>. Claro que en ese estudio mío se señalan también unas cuantas cosas más, pero es muy legítimo que mi comentarista elija por sí mismo a qué aspectos desea referirse y a cuáles no.

Más adelante, al exponer sus propias observaciones, subraya la siguiente conclusión principal. Yo habría incurrido, según él, básicamente en dos grandes fallas de orden general: «... [i] sus [mis] críticas están mal dirigidas (*equivoca el blanco*) ... [ii] incurre [yo] en diversas *falacias*»<sup>4</sup>. — Empero, la gran pregunta es: ¿Se sigue propiamente, y sobre todo *cómo*, semejante doble conclusión de lo expuesto en aquel resumen suyo? Para justificar este «salto» ilativo, ATIENZA introduce una serie de afirmaciones adicionales que son, como veremos, enteramente de SU propia cosecha.

Los dos numerales siguientes se ocupan de examinar en detalle esas afirmaciones [respectivamente: en cuanto a *i*), mi § 3; en cuanto a *ii*), mi § 2]. Sólo que, por mi parte, seguiré una «técnica» de argumentación bastante diferente que la empleada por

<sup>3</sup> Más abajo habrá ocasión de explicar eso: § 2.b.ii.

<sup>4</sup> Es su § 3.2 *in limine*. En mis citas de ATIENZA, a lo largo del presente texto, los énfasis mediante cursivas o versalitas van agregados por mi propia cuenta, salvo indicación mía en contrario. Cuando aquí en mis referencias digo simplemente «ATIENZA», se trata de su *Crítica de la crítica crítica*, este comentario suyo al que respondo acá.

ATIENZA al adjudicarme lo que él critica: en cada caso, antes de señalar mi propia opinión, voy a recoger las *propias* palabras suyas a que entiendo referirme, para así dejar fijado inequívocamente el «punto».

## 2. SOBRE UNAS SUPUESTAS «FALACIAS»

*They are the kind of men who dislike being told any of the facts of life which they consider unpleasant.*

J. FRANK

Tomaré una por una las «falacias» que ATIENZA me imputa haber cometido. Para no dejar lugar a duda alguna de que ellas no tienen asidero en mi propio texto, empearé en cada caso por transcribir literalmente<sup>5</sup> lo esencial de la respectiva acusación de «falacia», para a renglón seguido indicar en forma bien concreta sitios de mi artículo en donde de manera *expresa* he señalado justamente LO CONTRARIO de aquello que ATIENZA me adjudica.

\* \* \*

[a] «FALACIA DE LA INDETERMINACIÓN. Consiste en criticar una postura, una cierta teoría, eludiendo toda precisión. Así, en el caso de H. uno no sabe —*no puede saber*— quiénes son exactamente los *autores* y las *tesis* criticadas...» (ATIENZA).

Lo de «eludiendo toda precisión», simplemente no es verdad, Más abajo (§ 3) tendré ocasión de dilucidarlo más detalladamente; ahora me limitaré a dejar indicado en dónde *exactamente* están ubicados unos pasajes *específicos* de mi artículo que demuestran que sí he señalado, allí mismo, lo que ATIENZA sostiene que no he dicho (las referencias de cuáles son esos lugares concretos se encuentran consignadas puntualmente aquí en las respectivas notas subpaginales: 6 a 20).

i) ¿QUÉ *autores*? Muy al contrario de lo que me achaca ATIENZA, he marcado EXPRESAMENTE, individualizándolos con nombre y apellido, tanto los autores fundamentales más antiguos (TOULMIN I, PERELMAN II)<sup>6</sup> como también unos cuantos más recientes (consigno nada menos que los principales autores indicados por *el propio* ATIENZA al respecto: MACCORMICK, ALEXY, AARNIO, PECZENIK, DWORKIN, etc.)<sup>7</sup>.

ii) ¿CUÁLES *son las tesis criticadas*? Muy al contrario de lo que me achaca ATIENZA, esas tesis son indicadas EXPRESAMENTE en mi artículo. Lo más general al respecto aparece allí señalado primero sin mucho detalle<sup>8</sup>. Pero luego tales tesis pasan a ser detalladas de la manera más específica, para lo cual distingo *cinco* rasgos identificatorios fundamentales: cuatro de ellos los recojo nada menos que del propio ATIENZA<sup>9</sup>;

<sup>5</sup> Las explicaciones de ATIENZA al respecto están en el tercer párrafo de su § 3.2; de allí mismo extracto los pasajes suyos que recogeré entrecomillados.

<sup>6</sup> TiA [abreviatura que usaré para indicar mi estudio central: «Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación»], § 2: allí desde su comienzo hasta la primera división con \*\*\*, además, § 4.

<sup>7</sup> TiA, § 2, allí luego de los primeros \*\*\*, especialmente en el *Suplemento* ubicado poco antes de terminar dicho numeral (inmediatamente antes de la segunda inserción de \*\*\*).

<sup>8</sup> TiA, § 2, allí a partir del tercer párrafo, hasta los primeros \*\*\*.

<sup>9</sup> *Infra*, n. 11

por mi propia cuenta agrego otro más, ¡no poco decisivo!, concerniente al «Síndrome normativista»<sup>10</sup> —y después este último es descrito *con todo detalle* (¡para su contenido distingo ni más ni menos que *siete* notas conceptuales!)<sup>11</sup>—.

Ahora bien, por supuesto que ATIENZA tiene todo el derecho del mundo a discrepar ahora de esa enumeración *i)* de autores consignada por él mismo, como también a considerar que las tesis *ii)* son injustificadas en todo o en parte. Mas de ahí a afirmar —como lo hace— que dicha enumeración *no existe* ni que *tampoco existen* dichas tesis, por lo cual en mi artículo yo habría estado «eludiendo *toda* precisión» al respecto, hay no poco camino trazado *a piacere* por mi comentarista: en el mejor de los casos, digamos que esto constituye, de su parte, una «falacia de la *exageración*» (prefiero abstenerme de calificarlo de manera más exacta)... ¡y ella es de no poco bulto!

\* \* \*

[b] «FALACIA DE LA EXAGERACIÓN. Consiste en radicalizar una verdad, extenderla fuera del campo en que resulta aceptable, lo que la vuelve falsa. Así, es cierto que autores como ALEXY, MCCORMICK, AARNIO o PECZENIK, por lo que yo sé, no se han interesado por los argumentos falaces, pero es una exageración sin ningún fundamento pensar que por ello *incurrirían* en lo que H. llama el “síndrome normativista”...» (ATIENZA).

No conseguía dar crédito a mis ojos al leer las líneas finales de este pasaje. Supuse, en el primer momento, que posiblemente a ATIENZA se le habrían escapado entre los dedos algunas palabras al digitar, lo cual hacía que sólo *pareciera* estarme efectuando semejante imputación: «... una exageración (mía) ... pensar (*¡yo!*) que por ello *incurrirían* (vale decir, *esos* autores mismos) en ...». Sin embargo, para mi total asombro, hube de comprobar que él de veras cree ni más ni menos, exactamente, *eso* que escribió ahí. En efecto, igual idea se encuentra subrayada ya al principio mismo del Comentario: «H. repite...: 1) los (teóricos) argumentativistas *incurren* (*¡ellos!*) en el «síndrome normativista»...»<sup>12</sup>. No queda lugar para dudas: según mi comentarista, yo habría afirmado que los autores de la teoría «estándar» (esos que él menciona y seguramente también otros) *creerían* y *sostendrían*, ¡incluso *ellos mismos!*, las falacias en que consisten los ítems del Síndrome. Pues bien, semejante idea no sólo no aparece en ningún pasaje de mi propio texto (ATIENZA no cita, ni podría citar, formulaciones mías que vayan precisamente en *tal* sentido), sino que hasta allí mismo he aclarado en forma expresa que pienso *lo contrario* de esto que ATIENZA dice que sostengo. Paso a presentar las pruebas.

*i)* Desde el comienzo mismo de mi artículo (palabras iniciales de la *Síntesis*) señalé que esos teóricos «pecan ... sobre todo por lo que *NO* dicen». Naturalmente, no es lo mismo *afirmar X* o *pensar X* o *no saber X*, que callar (¡guardar silencio!) acerca de X. Una y otra vez a lo largo de mi artículo he insistido en llamar la atención (¡sí, hasta «machaconamente», como dice ATIENZA!)<sup>13</sup> sobre el gran *silencio* que los teóricos «estándar» —por cierto no menos que la abrumadora mayoría de las corrientes dominantes en el *establishment* profesoral de la Teoría del Derecho— guardan con respecto a la decisiva presencia, en los razonamientos de la práctica jurídica, de aquellos elementos

<sup>10</sup> *Infra*, n. 25.

<sup>11</sup> TiA, § 3, especialmente entre las nn. 21 a 23.

<sup>12</sup> ATIENZA, § 2, primer párrafo.

<sup>13</sup> *Vid.* su § 2 *in limine*.

claves de argumentación que he agrupado bajo la etiqueta «Síndrome normativista»<sup>14</sup> (como acerca de otras grandes deficiencias también). Pues bien, todo parece indicar que aun mi «machaconería» terminó quedándoseme corta, pues nada menos que un lector tan informado y tan inteligente como ATIENZA no ha logrado advertir —aun a pesar de tanta insistencia mía— que donde digo «silencio» o «callar», no estoy necesariamente implicando unas cosas muy, pero muy distintas: lo de estar *haciendo* UNO MISMO o *creyéndose* UNO MISMO, o acaso *no estar enterado* UNO MISMO de, aquello sobre lo que se decide *no hablar*.

ii) En pasaje alguno de mi artículo he sostenido, tampoco implícitamente, que los *propios* teóricos «estándar» incurrirían en el Síndrome. Sólo afirmé que ellos se conforman con hacer caso omiso (tanto da si intencionalmente o no) de que en los razonamientos jurídicos de OTRAS personas, los juristas corrientes, se cae muy a menudo en ítems como los señalados en dicho Síndrome. Es más, hasta aclaré *expresamente* que considero «bastante probable» que los más renombrados teóricos «estándar» conozcan (salvo, acaso, uno tan probadamente ignaro como DWORKIN) tales pautas de análisis. Ahora bien, frente a una afirmación como esa que ATIENZA efectúa sobre mi planteamiento en este punto, no me queda otro recurso, para demostrar sin vuelta de hoja que en realidad dije lo contrario de eso que él ha puesto como sostenido por mí, que reiterar aquí («machaconamente», ¡qué más remedio!) lo que está aclarado en el propio texto de mi artículo. He escrito allí:

«Desde luego, esto no significa afirmar que esos autores no se hayan referido *jamás*, en unas líneas de sus publicaciones, a alguno o algunos de los ítems que componen ese Síndrome. Sí, pueden haber aludido a algo de eso, aunque sea de paso (nada importa que sea sin llamarlo así). Hasta estimo bastante probable que lo hayan hecho al menos con respecto a uno de esos puntos, el carácter convencional del lenguaje, como personalmente lo he detectado en algunos de esos trabajos. ME EXTRAÑARÍA QUE LA MAYORÍA DE ESOS AUTORES NO TENGAN NOTICIA DE ESAS CUESTIONES, simplemente. Pero el asunto es: no si lo saben o no lo saben, o si acaso lleguen a chistar algo sobre ello, sino cuál es el **papel** que lo de estar atento al Síndrome tenga (... si es que alguno tiene ahí) en las enseñanzas fundamentales ofrecidas mediante tales teorizaciones»<sup>15</sup>.

En definitiva, *pruebas a la vista*: si acaso alguien pueda haber llegado a sostener dicha «falacia de la exageración», entonces ella se encuentra en cierto texto —¡vaya uno a saber cuál!— que ATIENZA ha confundido con el mío.

\* \* \*

[c] UNA «IDEALIZACIÓN», PERO CONSISTENTE EN «AFEAR»: «... H. distorsiona esas teorías (las de autores como ALEXY, MCCORMICK, AARNIO o PECZENIC), las “afea” hasta un punto en que resultan irreconocibles (y, claro está, fácilmente —pero también inocuamente— criticables); o sea, H. incurre en el vicio de la idealización, pero no con un afán de embellecer la realidad, sino de *afearla*» (ATIENZA).

No está claro si quepa entender que incluso ese «afear» sería propiamente una falacia, pero tal cuestión terminológica es lo de menos. Ahora bien, a diferencia de lo expuesto en relación con las acusaciones de falaciosidad ya examinadas (*a* y *b*), por cierto no corresponde decir que estas otras afirmaciones de ATIENZA sean sim-

<sup>14</sup> *Infra*, n. 34.

<sup>15</sup> *Vid.* ese pasaje en TiA: a la altura de las nn. 15 y 16 (aquí he añadido el énfasis mediante versalitas).

plemente no-verdad. Antes bien, lo difícil resulta determinar al respecto, primero que nada, *cómo* pueda aquilatarse si ellas son o no son correctas; esto es, ¿a título de *qué* han de ser entendidas? ¿Corresponde tomarlas como *i*) constancia acerca de una impresión emotiva provocada (o susceptible de ser así provocada) en una o muchas personas ante cierto tipo de textos, o bien como *ii*) un juicio de valor (digamos que objetivable en su calidad de tal) al respecto, o acaso *iii*) contienen ellas total o parcialmente un enunciado que indica *hechos*? Mientras que en las primeras dos hipótesis (*i*, *ii*) es principalmente cuestión de *actitudes*, sólo en la tercera *iii*) el contenido principal serían unas *ideas* susceptibles de ser examinadas racionalmente, como tales (*infra*: § 6).

Es muy comprensible que a los ojos de ATIENZA, y en general de quienes simpatizan con los enfoques «estándar», o aun de otros eventuales lectores de mi artículo, se *sienta* como «fea» la caracterización que presento<sup>16</sup> de los susodichos autores. Tal sentimiento no tiene, por supuesto, nada de ilegítimo en sí mismo. Hasta podría decirse que es bastante *objetivo*, pues cuando se da una reacción psicológica común, cierta actitud bastante difundida ante determinado estímulo lingüístico, es obvio que este último las provoca *realmente*. Por tanto, en modo alguno negaré que, en efecto, mi presentación de dichas teorías no las hace lucir «bonitas»... Pero he aquí que ATIENZA señala bastante *más* que eso: no se limita a formular un juicio de impresión psicólogo-gustativa, e implícitamente uno valorativo también, sino que lo combina con notas que versan ya sobre contenidos propiamente *descriptivos* que él imputa, sin más, a mis propias formulaciones lingüísticas en sí. Términos como «distorsionar» e «irreconocibles» no implican la misma gramática de sentidos que más-«feo» o menos-«feo»; los primeros constituyen unos juegos de lenguaje que, ellos sí, se presentan formulados a título de *ideas* propiamente dichas (no unas meras actitudes), o sea, como «testables» con relativa independencia de los gustos —«feo», «bonito»— que sus objetos de referencia sean susceptibles de despertar por añadidura.

Ahora bien, resulta que ATIENZA cae, a este último respecto, otra vez más en una FALACIA DE LA INDETERMINACIÓN (recordemos: «Consiste en criticar una postura, una teoría, *eludiendo toda precisión*») <sup>17</sup>. A falta de toda precisión suya sobre en *qué* habría «distorsionado» yo lo que efectivamente dicen esas teorías, ni *QUÉ* habría yo ocultado de ellas mismas o en cambio señalado falsamente como palabra de sus autores haciéndolas así «irreconocibles», me pregunto si tal vez él haya querido decir alguna de las dos cosas siguientes, o ambas juntas: *i*) yo les habría imputado, a esas teorías, unos rasgos definitorios («feos») que en verdad sus propios autores *no* han sostenido —habría incurrido, pues, en algo así como unas «calumnias» al respecto—; *ii*) yo habría *negado* que ellas tienen algunos o muchos otros rasgos, principales, que éstos sí son los verdaderos (y nada «feos»). Por si acaso es eso lo que ATIENZA quiso dar a entender allí, o si puedan entenderlo de tal manera nuestros lectores, contestaré respectivamente:

<sup>16</sup> Que los estudios realistas acerca del Derecho provoquen tal impresión no es nada nuevo: «*Pound and other have said that the "realists" have no interest in ideals and cultivate only the ugly*» (J. FRANK, 1942, *If Men were Angels*, New York/London: 297, cursiva mía —véase también el comentario del autor al respecto: 297 ss.—). (El *motto* ubicado como encabezamiento del presente numeral son palabras que provienen de esa misma obra: 5.)

<sup>17</sup> Es la definición dada por el propio ATIENZA [*supra*: Falacia (a)].

i) ¿Cómo responder, con respecto a *eso* mismo, si no es volviendo a llamar la atención («machaconamente») sobre lo siguiente?: pues sí, dichos rasgos definitorios me los ha proporcionado nada menos que el propio ATIENZA (los primeros cuatro) + uno agregado por mí (el quinto) que ATIENZA más bien corrobora<sup>18</sup>. ¿Será, pues, que eso que él mismo ha señalado, lo califica ahora de «distorsión» y como presentación «irreconocible»? O bien, si no son éstos los rasgos «distorsionados» e «irreconocibles»: ¿de cuáles se trata?

ii) ¿Cuáles son los rasgos complementarios, precisamente los «bellos», cuya existencia yo habría negado, o al menos disimulado de alguna manera?

Tal vez ATIENZA tenga respuestas precisas para aclarar estos dos interrogantes, pero lo cierto es que toda indicación acerca de cuáles puedan ser tales precisiones brilla por su ausencia al efectuarme su acusación de «idealización». En síntesis: haya o no haya incurrido yo en alguna «idealización», la falacia de total indeterminación en qué ATIENZA incurre con respecto a indicar cuáles sean (acaso) los contenidos *proprios* de tal «idealización» hace imposible cualquier «test» al respecto, ni en cuanto a su consistencia lógica ni en el plano empírico.

\* \* \*

[d] «El «SÍNDROME DEL CRÍTICO»: consiste en un empeño, en una obsesión, por asumir el punto de vista más crítico posible sobre una determinada cuestión, de tal manera que cualquier otra posición ha de resultar insuficientemente crítica; dicho de otra manera, el abandono de una actitud simplemente crítica en favor de una *más* crítica (de una crítica crítica)» (ATIENZA).

Tampoco con respecto a esta afirmación puedo saber si dice o no dice verdad, puesto que, una vez más, ahí ATIENZA no considera necesario precisar lo básico al respecto<sup>19</sup>. No tendría él por qué hacerlo si la idea de «crítica» fuese unívoca, como asimismo sea unívoco que es «más» y qué es «menos» en tal dirección. Por ejemplo, ¿cómo saber si corresponde o no llamarle «crítica crítica» a una posición como la siguiente, y cómo aquilatar si ella es *más* o es «menos» crítica que otras?, por lo demás, ¿entiende ATIENZA que tales posiciones son de por sí *erróneas* cuando se trata de examinar cuestiones de Teoría del Derecho?:

«La filosofía ... es, más que cualquier otra cosa, un arte de la refutación...; el discurso filosófico es, necesariamente, un discurso *contra* alguien... El tipo de saber que proporciona

<sup>18</sup> «... es cierto que autores como ALEXY, MCCORMICK, AARNIO o PECZENIK, por lo que yo sé, *no se han interesado* por los argumentos falaces...» (ATIENZA, § 3.2: en su último párrafo). [Es verdad que inmediatamente a continuación de esas palabras se dice: «... pero es una exageración sin ningún fundamento pensar que, por ello, incurrirían en lo que H. llama el «síndrome normativista»...». Ya he demostrado que esta última afirmación no es verdad: *supra*, véase lo señalado entre las nn. 12 y 15. Por lo demás, sea como fuere, no quita que sea cierto lo primero («... *no se han interesado*...»), que es justamente el *punto* señalado arriba.] *Vid. supra*, punto [b].

<sup>19</sup> *Acotación*. Más de una vez, a lo largo del presente texto, señalo que ATIENZA ha omitido aclarar en qué sentido usa tal o cual término básico de su razonamiento. No debe entenderse que entonces le reprocho no haber proporcionado necesariamente unas definiciones *nominales* al respecto; habría bastado con que el sentido específico de la palabra en cuestión resulte en forma implícita, si es inequívocamente, del propio contexto de su argumentación. No es así en los pasajes suyos con respecto a los cuales indico dichas omisiones: allí él recurre a ciertos términos netamente *multívocos*, para los que no suministra definición expresa ni contextual que permita saber en *cuál* de sus posibles sentidos entiende usarlos para señalar lo que él haya deseado explicar allí.

la filosofía es, por ello, más *negativo* que positivo. No nos enseña tanto a conocer la verdad, cuanto a reconocer el engaño y, por tanto, a *no ser engañados*. Que no es poco»<sup>20</sup>.

Por mi parte, con mucho gusto reconozco que me siento identificado en general con tal actitud de principio, sea cual fuere la medida en que yo personalmente logre o no logre hacerle honor a ella. Ahora bien, por la falacia de indeterminación que ATIENZA comete también aquí, al no aclarar nada en cuanto a cuáles sean las *pre-concepciones* de que parte para responder a dichas preguntas básicas, no puedo saber si es justamente dicha actitud de principio, o en todo caso algo bastante parecido, lo que él me reprocha ahora. Si así fuere, no tengo embarazo en reconocer que su caracterización de mi «más» es acertada (¡ojalá que sí!).

Tampoco tengo qué contradecirle porque este «más» no le simpatice (... *et pour cause!*: atento a cómo no se pronuncian los autores de su preferencia y la teoría «estándar» en general) cuando se trata de exámenes en Teoría del Derecho. Pero, ¿es *eso* lo que estamos discutiendo: aclarar cuáles son nuestros respectivos *gustos* en cuanto a ser *más* o ser menos inconforme con respecto a cómo razonan los juristas profesionales? (Tal vez es esto último, sentir alguna inconformidad, lo que para mi comentarista signifique aquí la palabra «crítico».) Pues bien, le pido disculpas a ATIENZA por decirle, muy francamente, que a mí no me interesa desaprovechar este precioso espacio, que él tan amablemente me concede, en debatir sobre nuestras respectivas emociones gustativas<sup>21</sup>.

Sí me encantaría, en cambio, que ATIENZA consienta en *especificar* acerca de las críticas presentadas por mí —y acepto dejar librado a su entera discreción que para categorizarlas las ubique entre todo lo «más» que sus propios gustos, y los de otros, le dicten— lo siguiente: ¿cuáles HECHOS afirmados en mi «crítica crítica», sean éstos de orden discursivo (referencias que yo haya presentado acerca de afirmaciones ajenas, de profesores de Teoría del Derecho o de juristas en general) o unas conductas sociales, son FALSOS? —*Hic Rhodus, hic salta!*

Lástima que ni en el pasaje transcrito al comienzo de la presente letra (o cerca de él), ni tampoco en el resto del Comentario, se indica *cuáles* serían concretamente tales falsedades (dejo fuera las afirmaciones que no he hecho pero él me asigna), supuesto que las haya. En fin, por mi parte considero que la cuestión no es —¡no debiera ser!— discutir sobre si a tales o cuales críticas, sean las de quienes sean, les pueda corresponder respectivamente el calificativo de constituir «críticas críticas» o el de ser antes bien unas «críticas-poco-críticas»<sup>22</sup>, sino que por encima de todo el asunto es —¡debiera ser!— encararse directamente con el «punto» crucial: ¿son VERDAD, o no son verdad, tales o cuales HECHOS señalados por la crítica en cuestión? Cada quien sabrá, luego, si el ocuparse de esos hechos *le* resulta interesante o no, «feo» o «bonito», o ni lo uno ni lo otro... ¡todo esto es harina de *otro* costal!

En síntesis: *i*) Si «síndrome del críico» es llamar la atención acerca de unos aspectos («feos») del quehacer jurídico sobre los cuales la inmensa mayoría de los profesos-

<sup>20</sup> ATIENZA, *La guerra...* (ref. *supra*: n. 1), 62.

<sup>21</sup> No obstante, si acaso a ATIENZA le interesa tanto fijarse en ello (cuestiones de *estilo* incluidas), tampoco es que yo eluda por principio ocuparme de tal asunto, ni digo que este carezca de toda relevancia. Sólo que, en mi estudio aquí comentado se trata, sean cuales fueren las *actitudes* implícitas, principalmente de elucidar unas *ideas* (*infra*: § 6).

<sup>22</sup> *Infra*, § 4.b (esp. a partir de la n. 48).

res de Teoría del Derecho suele pasar en silencio, no tengo reparo en reconocer que buena parte de lo elucidado en mis escritos consiste, es cierto, en no rehuir hacerlo así. En efecto, procuro señalar lo *más* que esté a mi alcance para no quedarme corto en advertir (hasta donde den mis luces propias y sobre todo el conocimiento de obras ajenas que otros prefieren ignorar) *realidades* como aquellas frente a las cuales la teoría «estándar» acerca de las argumentaciones jurídicas aparta la vista. *ii*) En cambio, si por «síndrome del crítico» se quiere aludir a presentar unas «críticas» centradas en afirmaciones *falsas*, de ninguna manera acepto haber hecho eso, ¡salvo prueba en contrario! Claro está, no puedo descartar absolutamente que tales pruebas acaso existan. En el comentario que ATIENZA ha tenido la deferencia de dedicarme, ellas brillan por su ausencia.

### 3. ¿DESCONOCIMIENTO DE DIFERENCIAS ENTRE LOS AUTORES «ESTÁNDAR»? (y la cuestión del «para qué» destacar unas diferencias)

En el numeral precedente contesté a lo que son, si no me equivoco, las objeciones principales formuladas en el Comentario. Ahora voy a examinar más detalladamente una de ellas en particular, comprendida en la supuesta «Falacia (a)» de las analizadas en dicho numeral. Según mi comentarista, las «críticas» que he presentado:

«... parecen dirigirse contra una serie de autores, de manera bastante indiferenciada, cuando resulta que entre ellos hay *diferencias* de cierta *importancia*». En eso consiste, para ATIENZA: «... el uso *poco claro* que H. hace de la expresión “teoría estándar de la argumentación jurídica” ...», pues «H. no parece incluir aquí a MACCORMICK... sí que incluye a FERRAJOLI... (mas este último) tiene una concepción del Derecho bastante distinta a la de autores como ALEXY, MACCORMICK o DWORKIN...»<sup>23</sup>.

Respondo por partes:

[a] No he dicho, ni insinuado, que tales o cuales de los autores «estándar» no puedan tener «una concepción del Derecho bastante *distinta*» a las de otros entre ellos mismos; como también son «bastante distintas» de otras numerosas variantes dentro del gran campo —mucho más extenso, por cierto, que las versiones argumentativistas— conformado por las teorizaciones jurídico-escapistas en general. Al contrario de eso que le «parece» a ATIENZA, *expresamente* he reconocido que entre los autores indicados por él pueden haber múltiples diferencias. Sólo he subrayado que, *sin perjuicio de tales diferencias* (¡sean estas cuales fueren!), aquéllos ostentan cinco rasgos fundamentales en común: cuatro de esos rasgos de disimulación embellecedora («cirugía estética») están entre los señalados por el propio ATIENZA<sup>24</sup> —;no me los inventé yo, me plegué a las palabras de él mismo!— y sólo el quinto (rasgo 15)<sup>25</sup> lo introduzco por mí propia cuenta; tampoco digo que sean los únicos que aparecen en esa tendencia. He aclarado textualmente:

«... más allá de las DIFERENCIAS que entre unas y otras (de esas teorizaciones) puedan darse en *cualquier* aspecto adyacente ... el rasgo común más decisivo de las teorías “estándar”

<sup>23</sup> Todas esas afirmaciones de ATIENZA están en su § 3.2: segundo párrafo *in limine*.

<sup>24</sup> Véase las palabras de ATIENZA reproducidas en TiA: allí a la altura de la n. 14.

<sup>25</sup> Véase unas pocas líneas más abajo de la transcripción indicada en la nota anterior.

sobre la argumentación jurídica es...: apartar la mirada del Síndrome normativista .... por encima de cualesquiera *diferencias* entre sus planteamientos *particulares...*»<sup>26</sup>.

¿Cómo podría yo desconocer, por ejemplo, que hay sus buenas distancias entre los simplismos de DWORKIN<sup>27</sup> y las pedanterías de ALEXY<sup>28</sup> o las de FERRAJOLI?<sup>29</sup> Sólo que, para el «punto» examinado en mi artículo, lo de que haya o no haya tales diferencias tiene muy escasa (por no decir: ninguna) relevancia.

[b] En cuanto a los autores actuales que he señalado para «incluir» de modo «poco claro» (palabras de ATIENZA) dentro de la «teoría estándar», al respecto me he remitido precisamente a lo indicado por él mismo, quien desde luego los conoce mucho mejor que yo. He aquí la enumeración de autores nombrados *expresamente* en mi artículo, tomada de ATIENZA:

«... entre las teorías que han aparecido en estos últimos años, dos de ellas (elaboradas por N. MACCORMICK y por R. ALEXY)... [...] ... otras teorías ... como las de A. AARNIO (1987) y A. PECZENIK (1989)... [...] ... muchos otros autores ... han defendido en los últimos tiempos tesis que, en el fondo, no se diferencian mucho de las de DWORKIN; pienso en autores como MACCORMICK, ALEXY, RAZ, NINO o FERRAJOLI...»<sup>30</sup>.

¿Qué es lo «poco claro» de *esta* enumeración? ¿O será que yo hubiera debido mejor no confiar en ella, aun habiéndola recogido ni más ni menos que de ATIENZA mismo?

[c] Tampoco alcanzo a percibir en *qué* podría consistir lo «poco claro» del uso que hago de la expresión: «teoría estándar de la argumentación jurídica». Muy por el contrario, de tal categoría ofrezco una definición nominal que señala *cinco rasgos* fundamentales, ninguno de los cuales es vago. Los cuatro primeros, los provenientes de ATIENZA<sup>31</sup>, son:

«4) ... la importancia que se concede a la interpretación que es vista más que como resultado, como un *proceso racional* y conformador del Derecho. (...) 10) ... la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino *razón práctica* (no sólo sobre medios, sino también sobre *finés...* (...) 13)... la convicción de que existen criterios *objetivos* (como el principio de universalidad o el de la coherencia o integridad [¡tales fórmulas vacías o semivacías!] que otorgan carácter *racional* a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis de que existe una respuesta correcta para cada caso. (...) 14) ... una moral *racionalmente fundamentada...*»<sup>32</sup>.

¿Será que a mi comentarista le resulta ahora «poco claro» cómo fueron definidos estos cuatro rasgos, justamente *así*, nada menos que por él mismo? Claro que cualquiera tiene derecho a cambiar de opinión. Pero, en tal caso, no estaría de más que ATIENZA II (mi crítico) *especifique* sus reparos contra lo definido por ATIENZA I (el autor de las líneas transcritas).

<sup>26</sup> TiA, líneas ubicadas allí poco después de la n. 50.

<sup>27</sup> TiA, n. 58.

<sup>28</sup> TiA, n. 3 *in limine*.

<sup>29</sup> *Infra*, n. 38.

<sup>30</sup> TiA, § 2 *in fine* (lo arriba transcrito se extracta del Supl. allí ubicado inmediatamente antes de los últimos \*\*\* de dicho numeral).

<sup>31</sup> *Supra*, n. 24.

<sup>32</sup> TiA, transcripción literal, ubicada allí en el pasaje indicado ya en la n. 24 (*supra*).

El quinto rasgo, en cambio, justamente *no* lo señala en ATIENZA, sino que es añadido —y especialmente recalcado— por mi propia cuenta: se trata de lo concerniente al Síndrome<sup>33</sup>. Pero me he cuidado, eso sí, de describir en forma muy detallada cuáles son las notas conceptuales que definen a ese Síndrome: enumeraré allí un cuadro de ítems, diferenciados uno por uno<sup>34</sup>.

Tal vez haya quienes se atrevan a afirmar (no digo que ATIENZA también) que dicho Síndrome se corresponde poco o nada con la realidad jurídica; tampoco sé si, en cambio, otros lleguen simplemente a negar que los teóricos «estándar» hacen por lo general abstracción de aquél. Sólo que, aun dando por aceptado cualquiera de estos dos supuestos (por más imaginativos que sean), de ahí no se sigue que la presentación *conceptual* que he efectuado de dicha categoría sea de contenido «poco claro», pues éste comprende todas las *precisiones* señaladas. La claridad y la precisión de un concepto no dependen de si le correspondan candidatos efectivos en la realidad (*extensión*), sino de si sus notas conceptuales son netamente identificables como tales (*intensión*), sea o no sea que dicho concepto registre encarnaciones en la realidad empírica misma: p. ej., el concepto de «sirena» no viene a ser «poco claro» por el hecho de que no las haya en la realidad. Del mismo modo: aunque las cinco notas conceptuales que he distinguido expresamente para caracterizar la teoría «estándar»<sup>35</sup> fuesen unos ítems de contenido puramente imaginario —los cuatro primeros, producto de la imaginación de ATIENZA mismo + el quinto, producto de mi propia imaginación—, ¡vaya uno a saber qué tienen ellos de «poco claro» como tales (*intensión* conceptual)!

En fin, habida cuenta de las precisiones presentadas en mi artículo (así las recordadas aquí), constituye un singular misterio, que sólo ATIENZA podrá tal vez acceder a revelar, la respuesta a la pregunta clave: ¿en *qué* aspectos estaría localizado, *específicamente*, lo «poco claro» de esa quintuple caracterización?

[d] Empero, aun dejando aparte estas inexactitudes fundamentales (las señaladas en las tres letras precedentes) en eso que ATIENZA decreta de *motu proprio* que yo habría omitido aclarar, pienso que sus discrepancias más decisivas conmigo están sustentadas básicamente en algo que, a diferencia de aquéllas, a decir verdad no sería correcto calificar como *inexactitud* en sentido propio, pues no está sujeto a condiciones de verificación intersubjetiva del tipo verdadero-o-falso. Se trata, en cambio, de unas *decisiones básicas* de naturaleza valorativa: la «importancia» de *interesarse* (asunto de *actitudes*, como explicaré más abajo: § 6) por esto o aquello.

En efecto, semejante «importancia» no se asume como juicio de valor instrumental, pues entonces habría que empezar por aclarar cuáles son los fines prácticos para los cuales necesita acreditarse la *eficacia* empírica de tales «instrumentos» mentales), sino como juicio de valor *categorico* (*i. e.*, eso me «interesa» porque me interesa, sin más). Todo juicio al respecto depende de tomar como axiomática una base previa consistente en: ya sea una finalidad práctica inequívocamente preestablecida, ya sean simplemente los gustos teóricos de quien califica el asunto (p. ej., cuando con respecto a ciertos

<sup>33</sup> *Supra*, n. 25.

<sup>34</sup> *TiA*, a la altura de la n. 21.

<sup>35</sup> *Supra*, nn. 24 y 25.

aspectos «feos»<sup>36</sup> de los discursos jurídicos reales se prefiere «suavizar»<sup>37</sup> su presentación mediante unos eufemismos tecnicistas). Sospecho que en ninguno de estos dos extremos —finalidad práctica/gustos teoréticos— coinciden los «axiomas» preferidos por ATIENZA con los que prefiero yo; de cualquier manera, inevitablemente ellos son voluntaristas.

Calificar dichas diferencias de «importantes», o no, depende de cuál sea el *punto* de interés adoptado («axioma»). Cualquiera de éstos es convencional, quíerese o no; no menos los que pre-suponga ATIENZA que los adoptados por mí. Para unos, especificar si los ángeles toman posición a la diestra o a la siniestra del Señor puede revestir, a todas luces, primerísima «importancia»; otros, en cambio, preferirán no ocuparse de *tal* diferencia, sino antes bien interesarse en cuestiones más terrenales sobre las cuales incida la posible Voluntad del Señor. Análogamente, si bien yo no tengo óbice en reconocer que entre los autores en cuestión existen todas las diferencias en que a ATIENZA le interese fijar su atención, no veo por qué ni para qué sería necesario, con vistas a elucidar lo *específicamente* examinado en mi artículo, detenerse en ellas mismas. No me he ocupado ni de afirmar ni de negar tal «importancia». De lo que hablo, allí, es de *otras* cosas.

Pues sí, es verdad, no me detengo a desmenuzar y comentar aquellas «diferencias» en que tanto se interesa ATIENZA (p. ej., las que señala con respecto a FERRAJOLI)<sup>38</sup>. ¿Para qué habría de hacerlo? No es necesario salvo en caso de que *esas* diferencias fueran de naturaleza tal que la presencia de ellas resulte ser *contradictoria* con algo principal que yo afirmo. Pero ¿*dónde* están tales contradicciones? En el escrito de ATIENZA no he podido descubrir dónde se halle localizada *ni una sola*, si es que existen.

<sup>36</sup> *Supra*: § 2.c.

<sup>37</sup> *Vid. infra*: el párrafo que concluye con la n. 52 y el que le precede.

<sup>38</sup> *Sobre FERRAJOLI y otros*. Si bien dichas precisiones de ATIENZA son correctas, lo cierto es que estas exquisiteces del debate epistemológico no ponen en jaque la cuestión decisiva a que apunta la mención acerca de FERRAJOLI efectuada en mi artículo: ¿es cierto o no es cierto que este autor, no menos que todos aquellos otros que ATIENZA califica como tipo «estándar», presupone que los discursos jurídicos son o pueden llegar a ser esencialmente *racionales*, como también que sus elucidaciones no toman en cuenta el Síndrome (ni tampoco los otros aspectos decisivos de la *realidad* jurídica)? Por ejemplo: que la no poco equívoca etiqueta «*positivismo* jurídico» (*vid.* el conocido análisis de BOBBIO al respecto) le sea adjudicada a FERRAJOLI y tal vez no a ALEXEY, no quita que ambos concuerden en sustentar lo principal de la *vis* ilusionista frente a los discursos jurídicos reales, esto es, tales o cuales fantasías de «racionalidad» y el pasar por encima del Síndrome. Inclusive, habría que examinar más a fondo si finalmente FERRAJOLI no resulta ser —mal que le pese, tal vez— un «cognitivista» axiológico, en este caso de tipo procedimental-logicista, en cuanto a las posibilidades de hallar *la* respuesta «correcta» en el discurso jurídico. 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 (TiA: n. 53 *in limine*) más reputadas entre los simplismos de DWORKIN; justamente porque a aquél 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.

En caso de haberlas, ATIENZA debiera estar en condiciones de indicar *específicamente*: «H. afirma literalmente X (con transcripción de unas líneas mías esenciales), pero la diferencia Z (que H. pasa por alto) es *no-X*». En el escrito de ATIENZA no he hallado ninguna «demostración» de tal índole, salvo por cuanto me impute algo que no he dicho y omita señalar lo que sí he dicho específicamente al respecto (*supra*: las tres letras precedentes), o cuando llega a hacerme decir hasta *lo contrario* (ya lo vimos)<sup>39</sup> de lo que expresamente he señalado.

[e] Mi asunto («el punto») no son semejantes diferencias, existan o no existan, sino llamar la atención sobre lo que se CALLA al centrar la atención sobre ellas mismas o en otras por el estilo: Esto es: 1) silenciar las cuatro características fundamentales (*a, b, c, d*) señaladas más atrás (véase en la segunda parte del § 1); 2) y especialmente, el hecho de apartar la vista del quinto de los rasgos característicos que he destacado en la teoría «estándar» (*supra*: nn. 11 y 25); 3) que los autores por mí mencionados —recuérdese que casi todos los recogí del propio ATIENZA (*supra*: nn. 7 y 30) + otros dos (*supra*: n. 6) que me parecen claves a mí— presentan justamente *esas* características. Estos tres rubros se pueden examinar *por sí mismos*, sea cual fuere la «importancia» que cada quien prefiera asignarle o no asignarle a las cuestiones adyacentes que le interese incorporar por añadidura al temario. Me encantaría que ATIENZA acepte ocuparse *directamente* de dichas afirmaciones mías, en vez de dirigir su atención hacia unas supuestas omisiones que no afectan mayormente a tal «punto» (en cuanto a nada que resulte pertinente para aquilatar si esas afirmaciones son falsas-o-verdaderas *ellas mismas*).

#### 4. SOBRE EL RECORDATORIO DE ATIENZA CON RESPECTO A SUS PROPIOS TRABAJOS: ¿UNAS CRÍTICAS-POCO-CRÍTICAS? (y en particular acerca de: lo «exactamente opuesto»... ¿a qué?)

[Nota. Si bien, a mi juicio, lo que examinaré en este numeral no es para nada decisivo en relación directa con las tesis sostenidas en mi artículo, ni para ratificarlas ni para refutarlas, me parece que no sería correcto pasar por alto las anotaciones de ATIENZA a que me referiré aquí, pues éstas constituyen alrededor de un tercio del Comentario.]

[a] Hubo antes dos ocasiones en que consideré oportuno comentar particularmente, en esta Revista, ciertas ideas fundamentales sobre los posibles alcances de la «ciencia jurídica» sostenidas directamente por ATIENZA<sup>40</sup>. Mi artículo aquí referido, en cambio, no se dirige señaladamente a criticar unas elucidaciones teóricas del propio ATIENZA (si bien recorro, ¡aceptándola!, a su categorización: teoría «estándar»). Empero, él ha considerado del caso reservar muy buena parte del Comentario (su § 3.1 + la segunda mitad en el segundo párrafo de § 3.2) a presentar unos «descargos», por así decir, en cuanto a su posición *personal*. En el presente numeral me ocuparé de lo que señala ahí, si bien me parece irrelevante —no digo que sea falso!— para aquilatar las cuestiones *centrales* planteadas en mi estudio.

<sup>39</sup> *Supra*, § 2.b.ii.

<sup>40</sup> E. P. HABA, 1993, «KIRCHMANN sabía menos... ¡pero vio mejor!», *Doxa*, 14 (69): 317 (esp. el texto entre las nn. 10 y 13, después la n. 50) + *Id.*, 1995: «Sobre el Derecho como “técnica” o “tecnología”», *Doxa*, núms. 17-18, 491-498. No hubo respuesta a las observaciones que presenté en esos sitios.

Por supuesto, no tengo ningún motivo para no creerle en esas puntualizaciones acerca de sí mismo. Pero la cuestión fundamental es: no se ve en qué, aun aceptando que todo eso es cierto, tales precisiones sirvan para invalidar nada de cuanto he señalado hasta aquí, como tampoco las tesis centrales de mi estudio. En el mejor de los casos, aquéllas tal vez acreditarían que ATIENZA no participa, él mismo, de las características generales que he señalado en cuanto a la teoría «estándar» (más abajo veremos si tal conclusión puede, verdaderamente, seguirse de dichas precisiones). En definitiva: sea o no sea verdad que también ATIENZA está entre los teóricos «estándar», esto ni descarta ni confirma lo que he señalado específicamente acerca de la teoría «estándar» *en sí misma*, vale decir, sobre todos los autores cuyos escritos *efectivamente* presentan los rasgos esenciales por mí destacados para definir esa categoría<sup>41</sup> (tanto si el propio ATIENZA presenta esos rasgos como si no los presenta).

De todas maneras, me parece justo reconocer que ese estudio mío acerca de la argumentación jurídica le debe mucho a ATIENZA. Sus dos importantes libros sobre el tema<sup>42</sup> no sólo me permitieron conocer mucho más de la teorización al respecto en general, sino que fue allí mismo donde hallé la *categoría-eje* a que se refieren las observaciones presentadas en mi estudio: teoría «estándar» de la argumentación. Más, hasta podría decirse que tal estudio constituye como un complemento (¡indeseado!) de lo expuesto en esos libros, por cuanto viene a poner el acento sobre unos aspectos («feos») que en aquéllos se tocan si acaso en forma bastante secundaria, sin contar los que se pasan por alto del todo.

Ahora bien, las referencias individualizadas a ATIENZA que contiene mi artículo consisten casi todas en transcripciones literales o son indicaciones bibliográficas sobre sitios exactos de trabajos suyos. Fuera de eso, sólo en los cuatro pasajes siguientes he efectuado aseveraciones en las cuales doy por sentado que él mismo sostiene determinadas ideas:

«... y es el caso también de ATIENZA»<sup>43</sup>; «Tal omisión (de llamar la atención sobre el Síndrome normativista) es plenamente compartida por todos esos autores (empezando por el propio ATIENZA)»<sup>44</sup>; «... las principales tesis promovidas por autores más recientes, como ALEXEY, AARNIO, ATIENZA y muchos otros»<sup>45</sup>; «En esto, autores como PERELMAN, TOULMIN, ALEXEY o ATIENZA tienen su razón»<sup>46</sup>.

No estimo imposible que acaso todas o algunas de estas cuatro afirmaciones le hayan atribuido a ATIENZA algo que él no sostiene. ¿Cómo saber de *cuáles* se trata y en *qué* consistirían allí las eventuales inexactitudes? Por mi parte, en los pasajes suyos indicados (al principio del presente numeral) no logro detectar nada que *contradiga* propiamente dichas afirmaciones. Pero como ni ahí mismo, ni tampoco en el resto de su texto, ATIENZA dice a qué pasajes míos *específicos* se supone que tales o cuales de sus observaciones ahí efectuadas contestan *respectivamente*... ¡vaya uno a saber!

<sup>41</sup> TiA, sec. I.

<sup>42</sup> M. ATIENZA, 1991, *Las Razones del Derecho*, Madrid. + *Id.*, 2006: *El derecho como argumentación*, Barcelona.

<sup>43</sup> TiA, § 2 *in fine*: Supl. (ahí al final del primer párrafo).

<sup>44</sup> *Cfr.* el sitio indicado en la nota anterior, pero en su tercer párrafo: allí la última línea.

<sup>45</sup> TiA, última línea del párrafo en donde se encuentra la n. 29.

<sup>46</sup> Observación efectuada por M. E. SALAS, recogida en TiA, Compl. ubicado al final del § 10 (allí en el comienzo de su primer párrafo).

No me duelen prendas para reconocer que son atinadas la mayor parte de las distinciones analíticas que traen los susodichos pasajes de ATIENZA, yo podría suscribir casi todas las precisiones allí indicadas (salvo, principalmente, algunos aspectos del párrafo final). Eso sí, frente a ellas no resultan ser para nada redundantes mis tesis centrales, pues éstas ponen *decididamente* el acento sobre aspectos que las categorías analíticas subrayadas por ATIENZA *no* especifican de *esa* manera o que hasta pasan más bien en silencio.

Sea como fuere, no me queda claro qué conclusiones correspondería sacar de dichas distinciones de ATIENZA, por más aceptables que sean, para cuanto específicamente respecta a la posición de él sobre los puntos principales de orden general subrayados en mi artículo. Concretamente: ¿es cierto o no es cierto que también sus propios estudios avalan, o al menos no contradicen, los rasgos «estándar» señalados por mí?; o bien, ¿a cuál(es) de estos rasgos sí se oponen y a cuál(es) no? ¿O será que, si bien sus escritos presentan todos o algunos de tales rasgos, empero ATIENZA considera que no por eso de ahí se siguen ninguna o algunas de las conclusiones prácticas que yo vinculo con ello? No estaría de más que ATIENZA, quien tanto esfuerzo suyo de precisiones recoge en los pasajes que estoy comentando, aceptara abocarse a efectuarlas también en cuanto a unos interrogantes como éstos, si es cuestión de dejar bien en claro *su* propia posición en la materia. Mientras no lo haga así, las afirmaciones mías con respecto a él mismo no se ve en *qué* puedan estar equivocadas.

\* \* \*

[b] En cambio, ATIENZA sí señala (sospecho que es para salirle al paso a mi señalamiento de que los teóricos «estándar» disimulan el Síndrome) que:

«... además, el trabajo sobre argumentación jurídica que he efectuado en los últimos tiempos va *exactamente* en el sentido *opuesto* al imaginado por H.: he efectuado muchísimo trabajo de “campo” dedicado al estudio de argumentaciones concretas (de las argumentaciones reales llevadas a cabo por los juristas) y me he interesado, de manera muy particular, por el estudio de las falacias, de los malos argumentos que tienen la apariencia de ser buenos...» (§ 3.2: segundo párrafo).

No pongo en duda la existencia de esos estudios, si bien casi ninguno de ellos ha llegado a mis manos. Pero al acudir a tal evocación, aquí, resulta que con ello ATIENZA *cambia* de «juego» (por así decir): sustituye lo que pasa en determinado «escenario» discursivo —la temática específica de mi artículo: teorías *idealistas* («estándar») sobre la argumentación jurídica— por lo que pasa en uno vecino —sus estudios *personales* sobre algunas argumentaciones *reales*—. Es como si a un director de cine lo interrogasen sobre un género de películas de ciencia-ficción que le agrada mucho, y hasta ha participado en algunas de ellas, pero él responda hablando de una obra teatral suya sobre líos matrimoniales.

Estamos ante dos tipos de juegos de lenguaje cuyos alcances *no* son equivalentes. El discurso de mi artículo se ocupa de la teoría «estándar» *en general*, mientras que el discurso desempeñado por el «trabajo» de ATIENZA se ocupa de algunas argumentaciones *en particular*. No quita, desde luego, que eventualmente puede haber tales o cuales relaciones, decisivas incluso, entre esas dos esferas de juegos de lenguaje: lo advertido en la segunda podría eventualmente tener relevancia para corroborar o para

falsar, en mayor o menor grado, todas o parte de las ideas sostenidas en la primera. Mas también puede ser, ¿por qué no?, que lo de la segunda resulte irrelevante —hasta en caso de no ser falso— tanto para sostener como para impugnar dichas ideas.

Cabría suponer que si ATIENZA considera pertinente referirse a lo segundo aquí, a ese «trabajo» suyo, es porque piensa que este mismo suministra unas *pruebas* de falsación con respecto a determinadas afirmaciones de mi artículo. Entonces la pregunta es: ¿cuáles serían esas pruebas específicamente y, sobre todo, cuáles de las afirmaciones mías —generales— serían las contradichas específicamente (falsadas) por esas supuestas pruebas —particulares—? Tengo la impresión de que a ATIENZA se le ha pasado simplemente por alto tal diferencia de planos discursivos, por lo que al fin de cuentas se contentó simplemente con pasarse del Juego-general-1 (teoría «estándar») a un Juego-2-propio («trabajo de “campo”» particular suyo). Pues sí, mi comentarista se me fue por peteneras....

De cualquier modo, la cuestión de fondo es: ¿qué tipos de «falacias» son las puestas sobre el tapete en el «trabajo» de ATIENZA? ¿Será que brinda testimonio sobre malformaciones *básicas* que afectan al razonamiento jurídico en general, como las señaladas en el Síndrome? ¿O tal vez es dirigida ahí la atención hacia otros aspectos, también bastante generales, como los que detalladamente se subrayan en los concretísimos exámenes de campo —¡sí: «... de «campo»...»!— efectuados por SCHEUERLE?<sup>47</sup> De ser así, ello no vendría a contradecir lo sostenido en mi artículo, sino antes bien a corroborarlo. ¿Y si no son de *tales* órdenes esos «malos argumentos» de que ATIENZA se ha ocupado primordialmente? Entonces la incógnita es: ¿en qué pueda, lo así dilucidado por él, ir *propiamente* «en el sentido OPUESTO» (son las palabras de ATIENZA) de lo señalado por mí, vale decir, de los silenciamientos principales que caracterizan a la teoría «estándar»?

Sea como fuere, sólo teniendo *especificado* ese «qué» sería dable abrir un juicio fundado sobre el punto. Al parecer, eso «opuesto» sería «exactamente» tal frente a algo que yo habría afirmado *incorrectamente* (¡«imaginado»!). Esto es, yo habría dicho algo así como lo siguiente: «ATIENZA sostiene o hace X», mientras que en realidad ATIENZA ha sostenido o ha hecho señaladamente *no-X*. Es obvio que, para saber si es o no es así, antes que nada necesitamos conocer «exactamente» *cuál* sería el X en cuestión. Pero también en esto, una vez más, ATIENZA nos deja simplemente con el apetito abierto (falacia de indeterminación): como de costumbre, no cita ninguna de las afirmaciones mías en que consistiría lo que yo me habría «imaginado»; tampoco señala forma de ubicarlas «exactamente», o al menos cercanamente, en mi estudio.

Por lo demás, bien sabido es (el Comentario mismo hace hincapié en ello: *supra*, § 2.d) que hay «críticas» y «críticas»: unas son «más» (o «muy») <sup>48</sup> críticas y otras lo son mucho menos <sup>49</sup>; de la manera en que las califica ATIENZA, tal vez quepa decir que las primeras son unas «críticas críticas». Asimismo, existen «falacias» y «falacias», «malos

<sup>47</sup> TiA, n. 90.

<sup>48</sup> ATIENZA, última línea de su § 1.

<sup>49</sup> Para la noción de «crítica», se puede ver en mi *Metodología jurídica irreverente*, Madrid, Dykinson, 2006, 281 ss.

argumentos» y «malos argumentos»... ¿No habría por qué subrayar diferencias en tales aspectos justamente, o sea, destacar sobre todo la existencia habitual de unas figuras de la argumentación jurídica que son muy típicas y singularmente engañosas, aun cuando también es verdad que en esos discursos llegan a presentarse muchas otras falencias más? Por mi parte, al poner sobre todo el acento en los ítems del Síndrome (sin perjuicio de reconocer que hay más), he tratado de llamar la atención justamente sobre eso, las falencias *fundamentales* más *típicas*. Toda otra suerte de «falacias» o de «malos argumentos», en los discursos jurídicos, por lo general suelen montarse ni más ni menos que en unos u otros de dichos ítems. Por eso, cuando resulta que la «crítica» no se concentra en estos mismos, sino que se satisface con poner de manifiesto *solamente* unos argumentos defectuosos de tales o cuales sentencias en particular o secundarios, vale decir, sin hacer conciencia sobre los principales fallos básicos de orden *general* (Síndrome, etc.), desde luego que tales críticas afectan en poco o nada a la «cirugía estética» *general*<sup>50</sup> en que consisten las teorías «estándar». A diferencia de las «críticas críticas», las de ese otro tipo —al parecer son lo recomendado por ATIENZA— constituyen lo que bien cabe llamar: unas críticas-*poco*-críticas [se podría muy bien calificarlas, tomando palabras de FRANK para otro contexto, como un tipo más de: *Uncritical Criticism* (*op. cit.*, ref. *supra*, n. 16: cap. 5)].

Al decir que hay su buena diferencia entre «críticas» y «críticas», no hago sino señalar algo muy elemental con respecto a las críticas en general (o sea, no sólo para las concernientes al derecho). Me refiero al abismo que media entre: *i*) Por un lado, las críticas de alcance *estructural* (voy a llamarlo así), esencialmente «incómodas»; suelen ser descalificadas como «negativas» por parte del *establishment* respectivo. *ii*) Por otro lado, las críticas que son antes bien *circunstanciales*, poco o nada «molestas», se suelen calificar como «positivas» o «constructivas»; son «suaves», diría yo, más allá de que hasta puedan ser muy minuciosamente analíticas algunas de ellas —eso sí, lo son con respecto a detalles que no «duelen» mayormente al *establishment*—. Respectivamente: *i*) «crítica crítica», *ii*) críticas-poco-críticas.

No puedo aquí detenerme a explicar eso más en detalle; para nuestro asunto, lo de considerar especialmente ciertos tipos de análisis frente a los razonamientos de los juristas, puede bastar con lo especificado en mi artículo. Crítica estructural, en tal sentido, son análisis que presentan las características que allí se indica<sup>51</sup> como propias de una posible «teoría *realista* de la argumentación jurídica» (ejemplos: estudios como los de W. SCHEUERLE, R LAUTMANN, M. SBRICCOLI, G. TARELLO, P. GOODRICH, etc.). Tales críticas son, desde luego, bastante poco conciliables con los cinco rasgos definitorios de la teoría «estándar» que he subrayado (*supra*: a la altura de las nn. 8 a 11), vale decir, con esa visión idealizada que ella presenta acerca de los razonamientos jurídicos. Análisis «suaves», en cambio, son aquellos que, ya sean más o sean menos detallados, *no* ponen «en jaque» dichas bases estructurales. Paradigmático en este último sentido, justamente, es el *tipo* de análisis, por cierto muy minuciosos, que ALEXY consagra a estudiar sentencias concernientes al asunto de la «ponderación» de principios jurídicos<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> TiA, esp. § 8.

<sup>51</sup> TiA, esp. § 11.

<sup>52</sup> TiA, nn. 3 y 63.

Ahora bien, el «trabajo de “campo”» efectuado por ATIENZA sobre «argumentaciones **concretas**» (palabras de él): ¿A cuál de esos dos grandes tipos de exámenes corresponde? ¿Es bastante análogo, por ejemplo, a los de autores como SCHEUERLE o LAUTMANN o RÜTHERS, ¡nada «estandarizados»!, con respecto a los cuales su compatriota ALEXY —y los teóricos «estándar» en general— prefiere no chistar palabra?<sup>53</sup> (ATIENZA dice, con respecto a este último: «Creo que mi visión del Derecho es *esencialmente* coincidente con la suya...»)<sup>54</sup>. ¿O será que, al contrario, los análisis ofrecidos por ATIENZA en dichos trabajos consisten en ofrecer elementos de juicio que **no** corroboran tal «visión» (esa con la que él mismo coincide «esencialmente»), pues antes bien implicarían desmentir («falacias», «malos argumentos») el **racionalismo**<sup>55</sup> —la *Rationalist Fallacy: intellectualist assumption* (WALLAS)<sup>56</sup> que es coesencial a las teorías «estándar»?

En mi estudio he especificado en qué reside la principal diferencia de las teorías «estándar» frente a los exámenes *realistas* sobre argumentación jurídica<sup>57</sup>. Pero ¿qué piensa ATIENZA, en cuanto a eso mismo, de los contenidos que traen sus propios estudios? Si acaso éstos no armonizan con los del tipo «estándar», ¿es que tal vez cumplen con las condiciones *específicas* por mí señaladas en cuanto a las teorías realistas?<sup>58</sup> ¿O será que ellos no se corresponden bien con ninguna de esas dos categorías? (¿y cómo es eso?).

Por ser tan insuficiente mi conocimiento sobre el «trabajo» invocado<sup>59</sup>, quedo inhibido de responder yo mismo a las preguntas que aquí he planteado al respecto. Sin embargo, no puedo ocultar que la posición general de ATIENZA me lleva a sospechar —máxime teniendo en cuenta que ella es «esencialmente coincidente con» la de Alexy— que tampoco en aquel tipo de «trabajo» se trata de señalar fallas *estructurales*. No me extrañaría que ahí cupieran sólo unas críticas «suaves» (cierto *uncritical criticism*), por más minuciosas que fueren; o sea, hacer ver simplemente tales o cuales «malos argumentos» de unas «argumentaciones concretas» *en particular*, dejando entre bambalinas el Síndrome y demás. Dadas las inclinaciones teoréticas básicas de ATIENZA, me tomo la osadía de considerar como probable —¡sería para mí un gran gusto topar con pruebas en contrario!— que los análisis efectuados en ese *tipo* de «trabajo»

<sup>53</sup> Vid. mi examen de 1998 acerca de dicho autor, publicado en esta misma *Revista*, 21, 1998, vol. I, 147-170: esp. su § II, y previamente en Alemania (*Rechtstheorie*, 1996, 491-498: esp. su § IV); *cfr.* también *TiA*, n. 72. Menos que menos, desde luego, ALEXY responde ante objeciones *de fondo* si provienen de estudios en lengua española. Se dirá que no es sensato suponer que tales estudios en alemán deban o puedan tomarlos en cuenta unos autores que, como casi todos los de la corriente «estándar», desconocen ese idioma. Bueno, concedamos tal excusa. Pero ello no explica por qué: *a*) el propio ALEXY (y, por derivación, sus seguidores) incurren en tal omisión (ALEXY está al tanto por *Rechtstheorie*; y otros que en *Doxa* comentan sobre ALEXY podrían tener la «curiosidad», digo yo, de interrogarle sobre *por qué* él no considera del caso tomar en consideración lo demostrado por esos relevantes colegas suyos —¡señalamiento al respecto *en español*, en el sitio indicado al comienzo de la presente nota!—); *b*) tampoco en inglés faltan (p. ej., los exámenes de GOODRICH) estudios que no apartan la mirada de eso que pasan por encima los autores «estándar» en general.

<sup>54</sup> ATIENZA, § 3.1, allí hacia el comienzo de su tercer párrafo.

<sup>55</sup> Vid. los rasgos 4), 10), 13) y 14) de la teoría «estándar» (*TiA*, a la altura de la n. 14).

<sup>56</sup> *TiA*, a la altura de la n. 64.

<sup>57</sup> *TiA*, § 11.

<sup>58</sup> *TiA*, esp. a partir del párrafo cuya primera oración termina con la n. 88.

<sup>59</sup> Sí conozco su libro sobre *La guerra de las falacias* (ref. *supra*: n. 1), por cierto muy ilustrativo, pero es poco cuanto de allí concierne directamente a argumentaciones técnico-jurídicas.

no responden a los énfasis *específicos* subrayados por teorías *realistas* de la argumentación jurídica. En efecto, presumo que dicha orientación de «trabajo» se concentra en advertir sobre ciertos «malos argumentos» que **no** son los *fundamentales* más típicos del razonamiento jurídico en general, se fija sobre todo en circunstanciales particularidades (críticas-poco-críticas) de unas sentencias determinadas.

Yo no puedo asegurar, claro está, que efectivamente sea tal el caso. Pero a cualquiera que esté al tanto de dichos trabajos y pueda compararlos con análisis de argumentaciones jurídicas como los efectuados en estudios *realistas*<sup>60</sup>, no creo que haya de ofrecerle mayor dificultad darse cuenta si es o no es así<sup>61</sup>. De cualquier manera, si mi sospecha está equivocada (las pruebas están entonces en manos de ATIENZA) no significaría sino que, contra todos los pronósticos, mi contradictor habría demostrado **no** ser un teórico «estándar» por cuanto respecta *específicamente* a los contenidos de esos estudios suyos en particular.

Ahora bien, como quiera que ATIENZA no aclara en *qué* estos últimos modificarían los cinco rasgos claves de la teoría «estándar»<sup>62</sup> a los cuales él adhiere en sus dos libros principales sobre teoría de la argumentación<sup>63</sup>, al parecer habría dos *distintos* tipos de estudios suyos acerca de esa temática. Respectivamente versarían acerca de *dos* «mundos», dispares entre sí, de razonamientos sobre cuestiones de derecho: *i*) el universo discursivo constituido por múltiples rubros de elucidaciones con respecto a argumentaciones jurídicas *ideales*, teoría «estándar» —a ello mismo dedica ATIENZA dichos libros—, *ii*) unos exámenes «críticos» (aunque no mucho, tal vez) sobre argumentaciones producidas efectivamente en la *práctica* de los juristas —de esto *otro* se ocupa ATIENZA en su «trabajo de “campo”»—. Por mi parte, en el artículo de marras me ocupo de *i*); ATIENZA, por su parte (en el pasaje suyo que estoy comentando), se refiere a su ocupación con *ii*). Yo me referí a X, ATIENZA me contesta por la tangente Z.

## 5. EN DEFINITIVA: ¿DE QUÉ «RACIONALIDAD» SE TRATA? (*las cinco reglas básicas del «rigor» practicado por ATIENZA*)

He aquí la conclusión más general que ATIENZA extrae de las observaciones presentadas en su anti-«crítica crítica». Según él:

«... H. ... ni siquiera ha planteado sus críticas con el *rigor* exigible para ser sometidas a una discusión *racional* (y crítica) ... lo único que me queda para terminar este escrito de contestación a su trabajo es pedirle que lo haga»<sup>64</sup>.

No está de más recordar que términos como «rigor» y «racional», cuando su uso no va precedido de precisiones intersubjetivamente netas al respecto, vienen a ser apenas unas *Leerformeln* (fórmulas vacías) retórico-emocionalizantes, con las que cada quien califica sus propios planteamientos y se las niega a quienes discurran de maneras que a

<sup>60</sup> Así los de autores como los ya mencionados (*supra*: a la altura de las nn. 51 y 53). Y *vid.* TiA, § 11.

<sup>61</sup> Con todo gusto me ofrezco hasta a hacerlo yo mismo, si ATIENZA me hace llegar alguno de esos análisis que él considere lo suficientemente ejemplares de *sus* trabajos en general sobre tales cuestiones.

<sup>62</sup> *Supra*, a la altura de las nn. 31 a 34.

<sup>63</sup> *Supra*, n. 42.

<sup>64</sup> Son las líneas finales del Comentario.

él mismo le resulten chocantes. Es verdad que en estudios de epistemología hay quienes no han omitido aclarar el sentido *específico* en que acuden a esas palabras; lo han fijado así, eligiendo para tales efectos un (o unos pocos) sentido(s) precisos, destilados del seno de aquella insondable multiplicidad de los semánticamente posibles por unas u otras costumbres lingüísticas que se presentan en los usos de estos términos. ATIENZA, por su parte, no proporciona ninguna pista en tal sentido, es decir, para saber de *qué* «racionalidad» y «rigor» entiende estar hablando él. ¿Será, por acaso, alguna (¿pero cuál?) de las acepciones para «racionalidad» consignadas en un detallado estudio que yo mismo efectué al respecto?<sup>65</sup> ¿O, tal vez, puede ser alguno de los dos sentidos muy específicos (uno es nada menos que la bien conocida definición de racionalidad formal establecida por M. WEBER) que destaqué en mi *Metodología jurídica irreverente*?<sup>66</sup> (lo hice con el propósito, justamente, de no dar pie para malentendidos en los pasajes donde allí empleo dicho término; por eso mismo me preocupé también por diferenciarlo en forma bien neta frente a otra palabra que es más ambigua aún, y singularmente manipulable, el término emparentado «razonable»)<sup>67</sup>. O bien, ¿será que ATIENZA no tiene *in mente* nada que sea igual o bastante parecido a alguna de dichas acepciones, sino otra muy diferente? (aunque ha preferido no especificarla aquí). ¡Sepa Dios...!

Sin embargo, voy a intentar adivinar. Se me ocurren dos vías para ello. Una es recurrir a lo que ATIENZA ha señalado en otro sitio, donde sí indica «una serie de reglas que deben seguirse para que el juego de la discusión *racional* pueda jugarse de manera efectiva»; allí consigna un profuso cuadro de condiciones para ello<sup>68</sup>. En fin, si de *eso* mismo es que ha de tratarse también aquí, al parecer su reclamo de «rigor» y tratamiento «racional», exigencias que supuestamente yo habría pasado por alto, se referirían —cabe entender— a la circunstancia de que, según él, yo habría violado al menos alguna(s) de esas reglas. La pregunta del millón: ¿cuál o cuáles?

Pero dije, un poco más atrás, que cabe también otra vía para tratar de descubrir qué habrá querido decir ATIENZA cuando pide «rigor» y «racionalidad» para el tratamiento de estas cuestiones. Esa vía consiste en tomar como ejemplo de ello, paradigmático, las maneras de argumentar que el propio ATIENZA ha desempeñado justamente aquí. Como es de suponer que él considera —¿me equivoco?— bastante «rigurosos»/«racionales» los *argumentos* que ha presentado para criticar mis (supuestos) puntos de vista, no es un despropósito, digo yo, inferir de ahí mismo, vale decir, ni más ni menos que de *su* propia práctica argumentativa, unas reglas principales sobre *qué* es argumentación «racional» a su juicio. Poco importa si estas últimas armonizan o no —¡yo diría que no!— con otras suyas como las antes aludidas<sup>69</sup>, pues lo cierto es que son justamente aquellas mismas las que han llevado la batuta *de veras* en los planteamientos del Comentario.

<sup>65</sup> Se trata del caleidoscopio de significados (¡y hay muchos más!) que he consignado en la entrada correspondiente del *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, 337-340, 1988 (2.ª ed. 1993). Mucho menos detallado, en *Metodología...* (ref. *supra*: n. 49): Sección B.I.6 (97 ss.).

<sup>66</sup> En efecto, yo mismo he ofrecido dos definiciones estipulativas para ese término; véase, en la obra indicada al final de la n. anterior, los §§ 3 y 4 de la Sección B.I (esp. las definiciones presentadas en las nn. 82, 84 y 86).

<sup>67</sup> *Vid.*, en la obra señalada en las dos notas precedentes, esp. los §§ 5 y 8 de la Sección indicada.

<sup>68</sup> *El derecho como argumentación* (ref. *supra*: n. 42): 267-269.

<sup>69</sup> *Cfr.* los pasajes indicados en la nota anterior.

Pues bien, estas reglas de «racionalidad» son, en la *práctica* argumentativa que ATIENZA pone en ejecución allí mismo, principalmente cinco. Helas aquí (para cada una dejaré especificado entre corchetes, inmediatamente a continuación de enunciarla, en qué sitio preciso del presente texto se hallan las respectivas *pruebas* principales):

*Regla 1:* Al interlocutor imputarle una o más aseveraciones fundamentales que este **no** ha hecho ni por asomo [sobre todo: § 2.b)].

*Regla 2:* Inferir de tales afirmaciones (las inexistentes) o de otras que sí fueron hechas por aquél, unas ideas —para adjudicárselas igualmente a ese interlocutor— que *no* se siguen de ahí, ni explícitamente ni por necesidad lógica [§ 2.a)].

*Regla 3:* Sostener que el interlocutor ha omitido señalar determinados aspectos importantes, aun cuando **sí** lo ha hecho expresamente (§ 3).

*Regla 4:* Presentar unas calificaciones muy indeterminadas con respecto a puntos de vista, efectivos o supuestos, del interlocutor, esto es, sin aclarar **cuál** de los variados sentidos o aspectos del término usado respectivamente para efectuar cada una de tales calificaciones ha de entenderse como mentado en concreto allí [§ 2.c-d)].

*Regla 5:* Efectuar unas puntualizaciones que, si bien no faltan a la verdad (y hasta pueden ser muy atinadas), **no** son contradictorias con las tesis que aquéllas estarían destinadas a refutar (§ 4).

Mediante todo ello se configura un cuadro de conjunto que constituye, para decirlo con palabras del propio ATIENZA, ni más ni menos que «cometer la falacia consistente en *eludir* la cuestión»<sup>70</sup>. Aquí esta «cuestión» es (mejor dicho, sería bueno que lo hubiera sido en el Comentario) concentrarse en «tomar por las astas» tales o cuales de las IDEAS propiamente dichas —¡sean cuales fueren las *actitudes* de cada quien!— sostenidas de veras en mi estudio de marras. Pero ATIENZA ha preferido terminar invitándome (sus líneas finales transcritas)<sup>71</sup> a muy otra cosa, a juzgar por su propio ejemplo: esto es, dichas cinco pautas sobre *cómo* entiende él lo que es comentar con «rigor» y «racionalidad» los planteamientos efectuados en mi artículo.

## 6. COROLARIO: IDEAS Y ACTITUDES —¿recomendando el BUEN CALLAR como mejor programa para la Teoría del Derecho?—

Pienso que la mayor parte del examen que acerca de mi estudio ha efectuado ATIENZA hubiera presentado contenidos de otra naturaleza en caso de haber él tenido presente allí, antes que nada, los «consejos» 4 y 9 de su propio Decálogo (*supra*: n. 1). Eso sí, dicho Decálogo no contempla dos principalísimos factores de malentendidos en la práctica de las argumentaciones reales, muy activos y muy decisivos en casi todas las discrepancias entre juristas. *a)* indistinciones entre «cuestiones de *palabras* y cuestiones de *hechos*»<sup>72</sup>, *b)* confusión entre «desacuerdos de sobre *creencias*» y «desacuerdos en *actitudes*»<sup>73</sup>. Me parece que justamente en este último tipo de desacuerdos es donde

<sup>70</sup> *Supra*, n. 1.

<sup>71</sup> *Supra*, a la altura de la n. 64.

<sup>72</sup> Cfr. C. VAZ FERREIRA, 1910, *Lógica viva*, Montevideo (hay reediciones en Montevideo y Buenos Aires): *vid.* allí el capítulo correspondiente.

<sup>73</sup> Respectivamente: «disagreements in *belief*» y «disagreements in *attitude*» (cfr. la conocida obra de C. L. STEVENSON, *Ethics and Language*, 1944). [Tal diferencia, fundamental, en sustancia había sido advertida

reside, al fin de cuentas, la auténtica discrepancia fundamental que ATIENZA tiene (dicho con exactitud: lo que él «siente») con respecto a las principales puntualizaciones que trae mi artículo.

[Voy a sustituir la traducción literal «creencias» por el término *ideas*. Éste me parece más cercano, en español, a apuntar hacia el sentido propio que «beliefs» tiene en inglés para el contexto de sentidos a que ello se refiere específicamente: distinguir entre dos *tipos* fundamentales de «desacuerdos». (En español, no pocas veces la palabra «creencia» se usa comportando la connotación de que se trata de unas ideas fantasiosas o al menos poco justificadas, y en todo caso meramente subjetivas.) Los *beliefs*, que traduciré por «ideas», señalan tales o cuales *hechos*: ya sean reales o supuestos, individuales o relativamente generales, de carácter discursivo o datos del mundo físico o ciertos aspectos (éstos pueden ser psicológicos o material-conductuales) de comportamientos humanos. La diferencia clave con respecto a las actitudes es que con respecto a esas ideas, sean cuales fueren, tiene sentido la pregunta fundamental: ¿lo sostenido en cada una de éstas es respectivamente, en su totalidad o en parte, *verdadero-o-falso*? En cambio, las actitudes no son susceptibles, en sí mismas, de tal pregunta; ellas simplemente *son*, ¡sin más! Un sentimiento es un sentimiento: sea cual fuere, y obedezca a los motivos que fuere, él es in-discutible *como tal* (pero véase la precisión efectuada más abajo: n. 81). Si bien tanto las actitudes como las ideas son pensamiento, esas dos categorías de fenómenos mentales difieren sustancialmente entre sí por la dirección, la respectiva *intentio* fenomenológica, hacia la cual apunta cada una de ellas por su lado. Las ideas conforman esencialmente los planos *intelectuales* de la conciencia, las actitudes corresponden esencialmente a unos planos *emocionales* de ésta, por más que ambos planos guardan íntimas conexiones entre sí y en la práctica suelen presentarse entremezclados en nuestros pensamientos. Pero es una labor *intelectual* precisamente, ¡y de las más elevadas!, aprender a no confundirlos entre sí.]

No hay conducta humana que no responda en última instancia a motivaciones básicas emocionales que se traducen en actitudes, sin que en ello hagan excepción los discursos científicos y los académicos en general, sean sobre lo que fuere. De ahí que resulte absolutamente primordial saber distinguir bien lo uno de lo otro, precaverse de disimular nuestras actitudes ante uno mismo y ante los demás, justamente para que nuestros *conocimientos* sobre las materias plasmados en ideas —y, por ende, los exámenes de verdadero-o-falso acerca de estas mismas— no resulten «enturbiados» por la vida emocional que comanda nuestras actitudes.

En el conocimiento científico y hasta en el filosófico, de todas las ramas, se da por descontado que estos mismos consisten esencialmente en sostener *ideas*, y en tratar de probarlas o refutarlas como *tales* (contexto de validez), sean cuales fueren las *actitudes* de sus locutores (contexto de descubrimiento) que con esas ideas vayan combinadas. Sin embargo, no pocas veces tal principio fundamental es infringido hasta cierto punto por los propios científicos, sobre todo en las ciencias sociales, y ni qué hablar de los filósofos. Entonces ellos permiten que tales o cuales actitudes que se corresponden con sus preferencias en cuanto a enfoques del pensamiento académico, compartidas

---

ya desde mucho antes: *cf.*, p. ej., E. RIGNANO, *The Psychology of Reasoning* (ed. or.: *Psicología del razonamiento*, 1920), N.Y., 1923, esp. 256 s.].

con otros colegas, sea en extendidas escuelas teoréticas o en unas capillas profesoras, les lleven a no diferenciar bien entre lo uno y lo otro. Vale decir, no cuidarse suficientemente de: ¡dar al César (ciencia) lo que es del César (ideas) y a Dios (emociones) lo que es de Dios (actitudes)! Yo diría que mucho de esto último es lo que muestra el Comentario.

\* \* \*

Pongámoslo sin eufemismo alguno: para nadie que lea dicho documento podrá ser un secreto que a mi querido colega no le *piace* que se señalen buena parte de (por no decir: todas) las cosas más subrayadas en mi estudio; y menos aún le *piace* que, por añadidura, yo las haya dicho allí tal «cómo»<sup>74</sup> las digo. Ahora bien: ¿es ESO todo el asunto, cierta cuestión de «gustos»? Uno se sentiría tentado de pensar que semejante pregunta es, en sí misma, disparatada. Cabría dar por descontado que, en definitiva, lo que a ATIENZA le interesa hacer ver sobre todo son *otras* cosas: poner en evidencia que muy buena parte de cuanto allí he señalado no puede ser *verdad*, «es equivocado» dice él<sup>75</sup>. (Cabe entender, y supongo que no me desmentirá al respecto, que con estas palabras quiere decir justamente eso mismo: «equivocado» en el sentido de *no-verdad*.) Sin embargo, la manera cómo él desarrolla su Comentario hace que, de hecho, al fin de cuentas éste diga mucho más acerca de cuáles son *sus* gustos (actitudes) para hacer Teoría del Derecho que *especificar* cuáles serían las supuestas «equivocaciones» (ideas) en que yo habría incurrido.

Seguramente ATIENZA conoce muy bien la capital diferencia que existe entre dichas dos grandes clases de desacuerdos, pero todo indica que también a este respecto le ocurrió algo similar que en cuanto a aquellos dos «consejos» suyos (*supra*: n. 1). En efecto, al parecer se le pasó por alto tomar la precaución analítica de empezar por preguntarse, al plantear sus objeciones, a cuál de esos dos planos del pensamiento apunta respectivamente cada una de ellas. Esto es: ver si éstas tocan al propio *quid* de determinada *idea* (se halle o no se halle, esta misma, entre las verdaderamente sostenidas por mí) —cuestiones empírico-descriptivas, de verdadero-o-falso, falsables como tales—; o si es que, antes bien, lo señalado por él no consiste sino en comprobar unas *actitudes* (las mías, sean reales o presuntas), para oponerles y recomendar otras actitudes (las suyas) —centrar el debate en poner sobre el tapete dos tipos de direcciones emocionales, la de él mismo frente a la mía—.

Los únicos pasajes en que ATIENZA tematiza netamente que se trata de una cuestión de actitudes, aun sin llamarla así, es cuando confiesa su desagrado sobre «cómo (H.) lo dice»<sup>76</sup> y acerca de unas «cuestiones que pudieran llamarse *estilísticas*»<sup>77</sup> (fuera de alguna que otra calificación secundaria mechada al pasar: p. ej., lo de «machaconamente»)<sup>78</sup>. Mas no le pareció que valiese la pena ocuparse de analizar mis ideas en cuanto tales. Así es cómo no consideró que tuviera por qué habérselas con cuestiones como, por ejemplo, las siguientes:

<sup>74</sup> ATIENZA, § 3 *in limine*.

<sup>75</sup> ATIENZA, § 3.2 *in limine*.

<sup>76</sup> ATIENZA, § 3 *in limine*.

<sup>77</sup> ATIENZA, § 3.2 *in limine*.

<sup>78</sup> ATIENZA, § 2 *in limine*.

— ¿Es verdad o no es verdad que unos u otros ítems del Síndrome se presentan muy a menudo *en la práctica* de las argumentaciones que efectúan los juristas, señaladamente en todas las controversias judiciales donde hay oposición radical entre aseveraciones de unos juristas y aseveraciones de otros?

— ¿Es verdad o no es verdad que cada uno de esos ítems constituye una *falacia* de razonamiento y que, por ende, eso atenta seriamente contra la «racionalidad» o «razonabilidad» de los argumentos asentados en ella?; o en todo caso, ¿cuáles de ellos sí y cuáles no son falaciosos?

— ¿Es verdad o no es verdad que el o los ítems del Síndrome invocados por el jurista decisor resultan *decisivos*, aunque no siempre lo sean únicamente ellos mismos, para inclinar la balanza hacia la conclusión jurídica fundamentada de *esa* manera?

— ¿Es verdad o no es verdad que entre las teorías «estándar» sobre la argumentación jurídica y los autores por mí nombrados de estudios que encarnan aproximaciones «realistas» a esas argumentaciones jurídicas existen las *diferencias* señaladas (sobre todo, el hecho de que los primeros callan lo que los segundos revelan)?

— ¿Es verdad o no es verdad que términos como «racional» y «razonable» carecen de contenido descriptivo bien determinado, intersubjetivamente unívoco entre los locutores jurídicos, por lo cual dichas palabras se prestan a toda suerte de usos *a piacere* en la práctica real de las controversias entre juristas? (¿no es cierto que allí estas palabras suelen funcionar como «fórmulas vacías», cuyo comportamiento pragmático es de naturaleza esencialmente *persuasiva*? —cada posición jura y perjura que lo verdaderamente «racional» es sólo lo sostenido por ella misma, mientras le niega tal atributo a las opiniones contrarias—).

— ¿Es verdad o no es verdad que los teóricos «estándar» suelen dejar *indiferenciado* lo prescriptivo-*ideal* frente a lo *empírico*-descriptivo, distinguen poco o nada entre *propuesta* metodológica y *comprobación* metodológica, en sus estudios sobre la normatividad jurídica? ¿Es verdad o no es verdad que por lo general éstos omiten especificar, ¡diferenciar!, *qué* y *cuánto* de lo por ellos señalado corresponda supuestamente a cuáles discursos jurídicos *reales* —explicación científica propiamente dicha al respecto, comprobaciones acerca de cómo son practicados esos discursos mismos— frente a lo que es sobre todo de naturaleza programático-prescriptiva —ideales («prédica») —? ¿O será que es irrelevante especificar *cómo* y en qué grados coincidiría, en los razonamientos jurídicos que predominan de hecho, lo uno (ideal) con lo otro (realidades)?

Esas *ideas*, así como tampoco ninguna otra de las sostenidas en mi artículo, no aparecen examinadas como tales en el Comentario<sup>79</sup>. Y en cuanto a las *ideas* sostenidas ahí por el propio ATIENZA que supuestamente estarían en condiciones de refutar unas más (sean estas últimas reales o supuestas), ha quedado en evidencia aquí (*supra*: §§ 2-5) que *empíricamente* aquéllas son:

<sup>79</sup> Dicho sea de paso: mi «saña» con unos autores admirados por ATIENZA —quien usa tal palabra para calificar (cfr. su § 3.1: segundo párrafo *in limine*) en especial mis observaciones acerca de ALEXYS— consiste sobre todo en cuestionarles *ideas* como éstas, y asimismo plantear otros cuestionamientos (siempre sobre ideas) no menos inhabituales en el seno de la Teoría del Derecho. Vale decir, es por poner sobre el tapete unos «puntos» que desde luego son bastante más incómodos de evacuar, para *esos* autores (y sus amplias legiones de ecoparlantes), que cualesquiera comentarios con que éstos suelen encontrarse por parte de sus colegas del *establishment* académico (*vid.* también *supra*: a la altura de la n. 53 y ésta misma).

- ya sea no-verdaderas,
- ya sea demasiado indeterminadas para poder «testarlas»,
- ya sea no-contradictorias con respecto a ninguna de mis afirmaciones.

\* \* \*

Sin embargo, reconsideremos aún la presente controversia a la luz en especial de dicha distinción fundamental entre actitudes e ideas. Significa preguntar: ¿en QUÉ suelo afinan, verdaderamente, los *des*-acuerdos de ATIENZA conmigo? Pareciera que esto ya lo he contestado, hasta con lujo de detalles, a lo largo de los numerales anteriores. Allí quedó comprobado que esas observaciones tuyas responden, casi todas, a unos u otros equívocos básicos sobre cuál sea de veras el respectivo *punto* «atacado» en cada una de ellas. Al parecer, entonces todo sería únicamente que ATIENZA erró el «blanco» *intelectual* hacia donde dirigió sus objeciones, estaríamos simplemente ante la circunstancia fortuita de que en la presente ocasión él se distrajo acerca de sus «consejos» 4 y 9.

Así vistas las cosas, uno estaría tentado de pensar que tales discrepancias se deben apenas a *malentendidos* sobre *ideas* justamente, en su lectura del trabajo mío comentado. Pero siendo así, y teniendo en cuenta las pruebas aquí presentadas, al fin de cuentas no se trata de desacuerdos verdaderos, sino sólo aparentes, puesto que las ideas que él objeta *no* son las que allí puse sobre el tapete. ¿Quiere decir entonces que, después de todo, entre ATIENZA y yo *no* hay de veras ningún desacuerdo fundamental? ¡Claro que sí lo hay! En efecto, entre él y yo media un *des-acuerdo capital*, mas éste no afinca fundamentalmente en que uno (yo) afirme y el otro (ATIENZA) niegue determinadas IDEAS que sostuve en mi artículo, tales o cuales contenidos propiamente *descriptivos* (¿cuáles?) de mis opiniones. El enfrentamiento entre nosotros radica principalmente en el plano de las ACTITUDES: nuestras respectivas posiciones emocionales en cuanto a qué se *debe* decir, y también sobre cómo decirlo, acerca de los discursos jurídicos; y también, paralelamente, con respecto a ciertas teorizaciones al respecto. Sólo que, en cuanto a eso mismo como tal, nuestra respectiva posición emocional ante los estudios «estándar», no veo *qué* sea dable discutir *racionalmente*<sup>80</sup> (salvo en otros planos de exámenes)<sup>81</sup>.

Quede claro, eso sí, que yo no le reprocho a ATIENZA, en lo más mínimo, tener actitudes ni hacerlas manifiestas. Y, por supuesto, tampoco mi artículo está libre de expresar actitudes. —¿cómo podría no ser así?—. Ni ATIENZA ni yo nos hemos privado de recurrir a calificaciones emocionalizantes (persuasivas): «afear» *vs.* «cirugía estética», «crítica crítica» *vs.* «crítica-poco-crítica», etc. ¿Sería dable debatir *racionalmente*<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Ante la gran multivocidad del término «racional», aclaro que prefiero tomar esa palabra de acuerdo con las precisiones señaladas en el sitio indicado más atrás (nn. 65 y 66); pero, desde luego, no sería justo presuponer que también ATIENZA debe entenderla necesariamente así. Por tanto, digamos que para aquí puede valer también la definición nominal de «racional» que prefiera el propio ATIENZA; siempre y cuando, eso sí, las notas conceptuales de tal definición sean, cada una de ellas, inequívocamente intersubjetivas. Pregunto solamente: ¿cuál definición es la ahí presupuesta, aunque fuere implícitamente, por él mismo?

<sup>81</sup> Claro que dichas posiciones pueden ser objeto de estudios psicológicos, sociológicos, históricos, antropológicos, etc., y por tanto elucidar allí *racionalmente* ideas planteadas en esos estudios mismos; mas no son *tales* ángulos los abordados en las tesis específicas (Teoría del Derecho) que desarrollo en mi artículo.

<sup>82</sup> *Supra*, nn. 65 y 66.

hasta sobre unos contenidos mismos de tales expresiones? La respuesta es afirmativa, puesto que las expresiones lingüísticas emotivas suelen contener también, cada cual, la referencia hacia ciertos elementos empírico-descriptivos respectivamente. La actitud señalada por esos términos no es un sentimiento hacia la nada, simplemente sin motivo alguno, sino que aquélla considera *verdad* la existencia de tales o cuales *hechos* (reales o presuntos) señalados por ideas al respecto.

De ahí que resulte posible elucidar racionalmente, aunque no las actitudes como tales, sí las *ideas* —¿dicen o no dicen verdad?— en que también se base la *actitud* —emociones, pautas de valor— en cuestión. Esta posibilidad es aplicable, ¿por qué no?, tanto para las actitudes de ATIENZA formuladas en su comentario, como para las mías formuladas en mi artículo y ahora aquí mismo. La cuestión no es, me parece, comprobar si mi crítica es «feroz»<sup>83</sup> (actitud) o si se prefiere que fuera señaladamente más «suave» (actitud), sino saber si ella dice o no dice *verdad* (ideas). Para hacer efectiva tal posibilidad de discusión racional, hay una condición previa: que los respectivos contenidos *descriptivos* —las ideas en juego— estén indicados, sea explícita o implícitamente, de manera lo bastante *neta* como para poder «testar» la verdad-o-falsedad de respectivamente cada uno de ellos. Pero ¿es así en esos ejemplos nuestros de emocionalizaciones señalados un poco más atrás?

De dichas calificaciones emocionalizantes empleadas por mí (aquellas dos que he señalado aquí), no veo cómo pueda resultar dudoso cuáles son las ideas *específicas* mentadas allí: en ambos casos se trata sobre todo del *hecho* consistente en silenciar el Síndrome, y habiendo sido éste definido con todo detalle<sup>84</sup>. En cambio, por cuanto hace a las calificaciones usadas por ATIENZA, esas que él opone a las mías, aquí quedó comprobado que cabe mucha duda sobre cuáles sean sus contenidos propiamente *descriptivos*; y sobre todo, para determinar en *qué* puedan estos mismos, sean cuales fueren, acaso contradecir/refutar *específicamente* a determinados contenidos propiamente *descriptivos* de las principales tesis expuestas en mi artículo (los detalles, *supra*: §§ 2-4). Ahora bien, haya o no haya ahí desacuerdos sobre contenidos descriptivos, y cuáles sean estos mismos «puntualmente» (¡vaya a saber!), lo que sí pone en evidencia la contestación de ATIENZA es que a él no le gusta —*actitud*— para nada que la Teoría del Derecho se ocupe, cuando ésta estudia los razonamientos jurídicos profesionales, de poner inconfundiblemente «el dedo en la llaga» de aquellos elementos de juicio *descriptivos* específicos —¡ideas!— que son del orden (¡*realismo* jurídico!) a que pertenecen los aspectos subrayados en mi artículo. De hecho, tal actitud forma parte decisiva, sea conscientemente o no, del programa de trabajo realizado por los estudios de la teoría «estándar» en general. Todo apunta a que la *actitud* académica de ATIENZA, cualesquiera sean sus ideas, va dirigida a homologar ese «buen callar» como programa ampliamente dominante para llevar a cabo dichos estudios<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> ATIENZA, § 1 *in limine*.

<sup>84</sup> *Supra*, n. 34.

<sup>85</sup> Desde luego, queda por ver si en cuanto a ATIENZA mismo su «muchísimo trabajo de «campo»» constituya acaso una excepción en cuanto a *eso* mismo exactamente o si, en cambio, consiste más bien en unas críticas no-«estructurales» (por ende, más bien «suaves») (véase el lugar indicado en n. 37, *supra*). De todos modos, aun si fuera cierta la primera hipótesis, tal excepción no quita que dicho programa sea la regla *general* para la teoría «estándar».

¿Callar o no callar? Lo decide cada quien, también por cuanto respecta a su propia actitud para hacer Teoría del Derecho. Pero me importa subrayar que, sea como fuere, los principales argumentos presentados por mí, tanto en el estudio comentado como aquí mismo, no están destinados a fundamentar —¿acaso es posible?— mis actitudes básicas, mas tienen la «pretensión» de sustentar las *ideas* que vinculo con aquéllas. Tanto las ideas (propriadamente dichas) señaladas por mí como también las puestas sobre el tapete por ATIENZA, cualesquiera sean de las sostenidas en mi artículo o de las afirmadas en el Comentario o en la presente réplica, ellas sí admiten ser examinadas en cuanto a su coherencia lógica y sobre todo ser «testada» su respectiva veracidad empírica. Sólo que, de la manera en que ATIENZA prefirió plantear sus objeciones, un debate que abordase *así* determinadas *ideas* propriadamente dichas (entre las formuladas de veras por mí) no llegó a pisar el ruedo.

En síntesis: ¿«crítica crítica» o críticas-poco-críticas? La *decisión* de tomar ya sea por uno u otro de estos caminos es cuestión de actitudes; pero no menos cierto es que, en ambos casos, eso conlleva también unas correspondientes ideas. Tratándose de las mías, me gustaría proponerle a ATIENZA que dirija su examen hacia los *proprios* contenidos de estas últimas, en su calidad de tales.

\* \* \*

El asunto tiene remedio todavía, pues ATIENZA me ha prometido que está dispuesta a tener para conmigo hasta la deferencia adicional de contestar aun a mi presente réplica. Espero que no se considere un abuso de mi parte tomarme la libertad de invitarle, supuesto que su desacuerdo conmigo no sea sólo el de unas emociones suyas frente a otras mías, a que en ese nuevo escrito acepte ir «al punto». Esto es, señalar «puntualmente»: ¿cuáles son, total o parcialmente —¡y sobre todo, *qué* de ellas mismas!—, las IDEAS mías cuyos contenidos específicos él entiende reñidos con aspectos de *verdadero-o-falso*? Y también, desde luego, presentar *pruebas* al respecto, si es que las hay: ya sean de orden lógico-formal (especificar inferencias que son incorrectas como tales y acaso unas antinomias) o poner sobre la mesa determinadas falsaciones propriadamente empíricas.

Tengo para mí que un intercambio de puntualizaciones entre nosotros que se ciña (si no exclusivamente, pero en todo caso principalmente) a examinar tales o cuales ideas *en sí mismas*, de las que son básicas para nuestro asunto, puede no estar de más. En el plano intelectual, quién quita que ello termine resultando más provechoso, digo yo, que el resultado alcanzado por ocupar ATIENZA su tiempo en debatir —en «broma» y en veras— sobre unas tesis imaginarias de un autor imaginario (amén de las promovidas por sus inidentificados «consortes»). ¿Es pedir demasiado?



# ENTRE CALLAR Y NO CALLAR: DECIR LO JUSTO \*

Manuel Atienza

*Universidad de Alicante*

**RESUMEN.** En la nueva contestación a HABA, el autor hace algunas puntualizaciones en relación con las falacias que, según este último, HABA habría cometido en el artículo que originó la polémica, para pasar luego a plantear las tres cuestiones que le parecen de mayor interés: el contraste entre una «crítica crítica» (la de HABA) y las «críticas-poco críticas» (las de la teoría estándar); el papel de las actitudes en la teoría del Derecho; y el llamado por HABA «síndrome normativista». Lo que el autor considera como el principal defecto de una concepción «realista» como la de HABA es «su incapacidad para guiar nuestras prácticas».

**Palabras clave:** argumentación jurídica, E. P. HABA, M. ATIENZA.

**ABSTRACT.** In this new reply to HABA, the author makes a few points regarding the fallacies which he considers HABA included in the article which gave rise to the controversy. He then goes on to raise the three questions that he considers to be of greatest interest: the contrast between «critical critique» (HABA's) and «not-so-critical critiques» (that of the standard theory); the role of attitudes in theory of law; and that which HABA calls «normativist syndrome». It is «its inability to guide our practices» that the author considers to be the main defect in a «realist» conception like that of HABA's.

**Keywords:** legal argumentation, E. P. HABA, M. ATIENZA.

---

\* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

**1.** No interpretaré el título («Callar o no callar») de la contestación que E. HABA ha dedicado a mi comentario como una invitación a la desmesura; quiero decir, a la desmesura lingüística, a la verborrea. De lo que HABA me acusa —acusa a la teoría estándar de la argumentación jurídica— es de callar ciertas cosas. Pero no creo que mi inteligente y amable contendiente en este amistoso debate se contentase simplemente con que yo empleara muchas páginas en contestar a todas sus objeciones. «No callar», evidentemente, no quiere decir que haya que emplear páginas y más páginas en escribir cosas que podrían caber cómodamente en un par de párrafos. E. HABA, como se ve, es escritor de prosa suelta y abundante. Yo tiendo a ser más sintético y, por ello, contestaré de nuevo a su réplica utilizando muchas menos palabras de las que él ha considerado conveniente emplear en su intervención. ¿Tendrá eso que ver únicamente con cuestiones de estilo o de actitud? ¿O refleja quizás maneras distintas de enfrentar los problemas, de construir teorías, de ejercer la racionalidad? En todo caso, lo que quisiera dejar claro es que la brevedad (relativa brevedad) de mis intervenciones en este debate no se debe a que yo tenga un menor interés en el mismo del que tiene HABA. Pero tampoco (como podría pensarse después de leer su texto) a que yo tenga cosas que callar, mientras que él estaría en una situación en la que puede decirlo todo (todo lo que resulta relevante al tema), sin callarse nada. Eso justificaría, por cierto, las diferencias de extensión entre sus intervenciones y las mías. Pero, como procuraré mostrar en lo que sigue, no se trata de eso.

**2.** Empezaré con algunas pocas (y breves) puntualizaciones referidas al apartado 2 del escrito de HABA en las que mi interlocutor se defiende de las falacias de las que yo le acusaba. Aclaro, por cierto, que lo de «acusación» tiene un sentido meramente metafórico. Lo que yo hacía era efectuar una movida en un juego dialéctico que tenía como objetivo que la otra parte, HABA, diera a su vez un paso que yo entendía él no había dado: dirigir y formular bien sus críticas. E. HABA no se ha limitado a defenderse del ataque sino que me ha imputado la comisión de falacias aún más graves. Y ahora me toca a mí intervenir de nuevo en el juego para mantener o no mis posiciones iniciales. Lo haré en relación con cada una de las cuatro.

**2.1.** A propósito de la falacia de la indeterminación, HABA entiende que no la ha cometido, puesto que él había enumerado cuáles eran los autores a los que refería sus críticas (los mismos señalados por mí) y las tesis criticadas (caracterizadas por cinco rasgos, cuatro de ellos tomados también de mí). Bueno, creo que aquí ha habido una confusión. Estos cuatro últimos rasgos (junto con otros ocho o nueve), yo los utilizaba para caracterizar no a la «teoría estándar de la argumentación jurídica», como parece haber supuesto HABA, sino a una concepción del Derecho de la que participaría una clase más amplia y heterogénea de autores, señalando además que ninguno de ellos asumía todos los rasgos que allí indicaba, aunque sí un número significativo de los mismos. No tengo mayor interés en depurar responsabilidades para ver quién ha tenido la culpa del malentendido. Constató simplemente que lo ha habido y que sigue habiéndolo. Y que ese malentendido es el que genera la discusión que HABA emprende en el apartado 3 («¿Desconocimiento de diferencias entre los autores “estándar”?») y que no merece la pena proseguir: simplemente, yo no he afirmado nunca que DWORKIN o FERRAJOLI formaran parte de la «teoría estándar» de la argumentación jurídica, y a TOULMIN y a PERELMAN (autores por los que HABA parece sentir mayor simpatía

que por los otros) los calificué en su momento como «precursores» de esa teoría, de la teoría estándar.

2.2. A E. HABA le parece inaudito, a propósito de la falacia de la exageración, que yo haya podido interpretar que él hubiera afirmado que autores como ALEXY, MACCORMICK, AARNIO o PECZENIK habían «incurrido» en el «síndrome normativista». Pues bien, el malentendido en este caso proviene del verbo «incurrir» que yo efectivamente utilizaba en mi comentario. HABA interpreta que la expresión «incurren en el síndrome normativista» (referida a los anteriores autores) implica necesariamente afirmar que ellos cometen los errores que él agrupa bajo ese rótulo («síndrome normativista») y de ahí sus ardientes protestas: la crítica que dirige a esos autores no es por lo que hacen, sino por lo que no hacen; no por lo que dicen sino por lo que callan, etc. Pues bien, es posible que yo no haya elegido el verbo adecuado, pero lo que quería decir con esa frase resulta, me parece, suficientemente claro si uno sigue leyendo el texto que HABA reproduce (las líneas que le siguen tras un punto y coma) o bien la aclaración que había hecho poco antes (al comienzo del apartado 2 de mi comentario): «Con lo de “síndrome normativista” —escribía yo entonces— HABA quiere decir que el conjunto de autores que integran la “teoría estándar” [...] se desentiende de una serie de vicios de razonamiento, de falacias que se encuentran corrientemente en los discursos de los profesionales del Derecho». Como se ve, un buen ejemplo de que, en ocasiones, una lectura atenta (o, si se quiere, «caritativa») de un texto puede ahorrar muchas páginas. El optar por uno u otro tipo de lectura puede también ser la causa de que haya autores que tiendan a ser más «callados» que otros.

2.3. En relación con la tendencia que yo le atribuyo a HABA de presentar la teoría estándar de una manera idealizada, en el sentido de afeada, él me reta a que señale «cuáles son los rasgos complementarios, precisamente los “bellos”, cuya existencia yo (o sea, HABA) habría negado, o al menos disimulado de alguna manera». Tiene razón en que yo no lo había hecho entonces, pero precisamente porque entendía que él no había formulado sus críticas de manera que fuera posible propiamente una discusión al respecto. Lo hago en todo caso ahora. En mi opinión, el lector de HABA (que no lo haya sido también de los otros autores) no se hace para nada una idea adecuada de lo que puede encontrar en las obras de MACCORMICK o de ALEXY. Se sorprendería mucho, me parece, al comprobar que MACCORMICK construye su teoría a partir de casos relevantes del *common law* y que elabora con cuidado y rigor una serie de criterios para evaluar las argumentaciones jurídicas (las nociones de universalidad, coherencia, etc.) que son, precisamente, potentes instrumentos para la crítica (fundada) de las argumentaciones judiciales que de hecho tienen lugar. O al enterarse de que la teoría de la argumentación jurídica de ALEXY —o ciertos elementos de la misma— está sirviendo de guía para muchos tribunales en Europa y en América latina y también para quienes critican las decisiones emanadas de los mismos; lo que hace pensar en que la teoría quizás no se haya elaborado tan de espaldas a la realidad, sino teniendo muy en cuenta la práctica real de la argumentación jurídica y la necesidad de mejorarla. En definitiva, se trata de obras que, aunque parciales y criticables en varios sentidos, nos permiten entender mejor muchos aspectos de las argumentaciones jurídicas y contribuyen también a mejorar nuestras prácticas jurídicas. Y esto, me parece, no se sigue de la lectura de HABA.

2.4. En fin, por lo que hace a lo del «síndrome del crítico», la verdad es que la lectura de los últimos comentarios de HABA me llevan más bien a ratificarme en mi diagnóstico. Si se me permite el tono festivo: la pretensión de que sólo él (y algunos otros pocos autores a los que se refiere como «realistas») son capaces de hablar sobre lo que los otros callan porque al parecer estos últimos participan (participamos) en una especie de «conspiración del silencio» para defender no se sabe qué intereses académicos, parece verdaderamente excesiva y propia de estados más bien febriles, en los que el paciente tiende a deformar la realidad para adecuarla a la imagen de la misma que él ha creado en su imaginación. Sobre esto volveré más adelante.

3. Pero vayamos ya a lo que verdaderamente importa. En la réplica de HABA yo he encontrado tres cuestiones que me parece de interés discutir. Una se refiere al contraste que él establece entre la «crítica crítica» (digamos, la suya) y las «críticas-poco-críticas» (las mías y las de los autores a los que él engloba bajo el rótulo de «teoría estándar de la argumentación jurídica»). Otra tiene que ver con las actitudes y con el papel que las mismas deben —o no— jugar en la teoría, en la teoría del Derecho. Y la última concierne al ya famoso «síndrome normativista», en cuanto HABA, si le he entendido bien, considera que ahí radica el núcleo de sus ideas sobre la argumentación jurídica y de su crítica a los autores de la concepción estándar.

3.1. La diferencia entre la «crítica crítica» y las «críticas-poco críticas» la traza HABA de la siguiente manera: «Por un lado (la “crítica crítica”), las críticas de alcance *estructural* (voy a llamarlo así), esencialmente “incómodas”; suelen ser descalificadas como “negativas” por parte del *establishment* respectivo. Por otro lado (las “críticas-poco-críticas”), las críticas que son antes bien *circunstanciales*, poco o nada “molestas”, se suelen calificar como “positivas” o “constructivas”; son “suaves”, diría yo, más allá de que hasta puedan ser muy minuciosamente analíticas algunas de ellas —eso sí, lo son con respecto a detalles que no “duelen” mayormente al *establishment*—».

Como antes decía, a mí me adscribe, aunque con alguna duda, al grupo de los autores «críticos-poco-críticos» o «acríticamente críticos». Y la duda, creo, se la ha planteado a HABA algo que yo escribí en un libro titulado *La guerra de las falacias* y con lo que él está de acuerdo. Decía allí que consideraba la filosofía como «un arte de la refutación» y que «el saber que proporciona... es, por ello, más *negativo* que positivo». La filosofía, añadía, «no nos enseña tanto a conocer la verdad, cuanto a reconocer el engaño y, por tanto, a *no ser engañados*».

Pues bien, sigo sintiéndome básicamente identificado con esa definición de la filosofía (sobre la que J. MUGUERZA hace algunas interesantes consideraciones en el prólogo del libro recién mencionado), pero es cierto que ese planteamiento no es exactamente el que alguien podría encontrar en mis trabajos sobre argumentación jurídica. Mejor dicho, es el planteamiento que subyace al libro de *La guerra de las falacias*, porque el mismo contiene una serie de artículos de periódico en los que yo trataba de mostrar las falacias, los errores de argumentación que suelen aparecer en las discusiones públicas sobre cuestiones de actualidad y que, por ello, se constituyen en un obstáculo para la discusión racional. Pero no el que inspira el conjunto de trabajos que he publicado sobre argumentación jurídica y en los que la vertiente «constructiva» (y no sólo la «destructiva») tiene un peso considerable. En mi opinión, las tres grandes preguntas a las que debe dar respuesta una teoría de la argumentación jurídica son éstas: cómo

analizar una argumentación, cómo evaluarla, cómo argumentar. Y para lograr entender y llevar a cabo adecuadamente esas tres operaciones, uno no puede limitarse simplemente a develar errores; no puede ejercer simplemente el tipo de crítica que HABA llama *estructural*. Dicho de otra manera, la teoría de la argumentación jurídica (y la teoría del Derecho), tal y como yo la(s) entiendo, no puede(n) prescindir del punto de vista interno característico de un aceptante (aunque sea «moderadamente interno», «hermenéutico», como quiera llamársele). Y esto es así porque, de otra manera, la teoría del Derecho (y estoy pensando en la teoría del Derecho de los Estados constitucionales) no podría cumplir la que, entiendo, es su función fundamental: contribuir a mejorar el Derecho y las instituciones sociales.

En mi opinión, la teoría del Derecho (como también —incluso con más razón— las diversas dogmáticas jurídicas) no puede construirse con pretensiones exclusivamente descriptivas y explicativas. Su función es, sobre todo, normativa, esto es, debe ser capaz de guiar la práctica, las diversas prácticas jurídicas. Mi crítica al realismo jurídico o a cierto realismo jurídico (el de autores como FRANK, como A. NIETO y creo también que como HABA; no valdría, sin embargo, para otros realistas como el «segundo LLEWELLYN») es que no puede dotar de sentido al Derecho, orientar a los juristas en su trabajo. Esos autores pueden quizás aspirar a no ser engañados, pero tienen que resignarse a quedarse fuera de un juego —el del Derecho— en el que ellos no pueden participar porque son radicalmente críticos con el mismo. Digamos, son simples comentaristas, observadores de un juego en el que no pueden —no desean— entrar porque, en el fondo, consideran que el mismo no puede ser jugado respetando las reglas del «*fair play*».

A pesar de ello, yo creo que las críticas efectuadas desde ese punto de vista (al menos, algunas de ellas; digamos, las más «realistas», en uno de los sentidos de la expresión) pueden ser útiles y, en consecuencia, deben ser tenidas en cuenta por los participantes en el juego (que, por ejemplo, en el caso del fútbol incluiría tanto a los jugadores propiamente dichos como a los entrenadores y el resto del personal «técnico» y a los espectadores y aficionados que se hacen cargo de las «servidumbres» del juego: por ejemplo, al diseñar una estrategia hay que partir de que no se trata sólo de jugar bien, sino también de jugar para ganar, etc.). Lo que no parece posible es que esas críticas se asuman como la guía central de la conducta de los participantes. Ello no quiere decir, por cierto, que los participantes no puedan adoptar una actitud crítica o que estén condenados a la «crítica-poco-crítica» a la que se refiere HABA. Dependiendo de las circunstancias, sus críticas deberán ser más o menos radicales y, llegado el caso, deben ser capaces de llegar hasta críticas de alcance estructural. Pero lo que debe guiar esa graduación no ha de ser el propósito de resultar «molesto» o «incómodo» para el *establishment*, como tampoco el temor a que sus comentarios puedan ser calificados de «crítica destructiva» o de «actitud negativa». De lo que se trata es de mejorar un juego, una práctica. En nuestro caso, la del Derecho del Estado constitucional. Las concepciones del Derecho realistas (como la de HABA) deben ser juzgadas también en relación con ese objetivo.

3.2. Al final de su comentario (en el *Corolario*), HABA sugiere que el desacuerdo entre nosotros dos no se sitúa en el plano de las creencias (de las ideas), sino en el de las actitudes. No lo hace para buscar, digamos, una reconciliación entre nuestras

posturas, sino para acusarme de haber «pasado por alto» esa distinción aunque al mismo tiempo piensa que «seguramente» conozco «muy bien la capital diferencia que existe entre dichas dos grandes clases de desacuerdos»; pero yo habría efectuado mi comentario eludiendo llevar a cabo un debate sobre ideas y planteando en su lugar una contraposición entre actitudes con el propósito de recomendar unas de ellas (las mías frente a las de HABA). Ahora bien, las actitudes son para HABA «emociones, pautas de valor», «cuestión de gustos», sobre las que no se puede discutir racionalmente, aunque sí es posible hacerlo sobre las ideas en las que las mismas (o sea, las emociones, los valores, los gustos) se basan. El terreno de la racionalidad queda limitado para él a las cuestiones empírico-descriptivas (bien se refieran a hechos particulares o generales) o de naturaleza lógico-formal (digamos verdades formales). De manera que los únicos criterios de racionalidad serían la «veracidad empírica» y la «coherencia lógica». Una idea de racionalidad que, obviamente, recuerda mucho a la sostenida por el filósofo neopositivista A. J. AYER en un libro de los años treinta del siglo XX; según AYER —como es bien sabido—, los enunciados lingüísticos pueden ser bien analíticos (verdaderos por definición), bien empíricos (verificables recurriendo a la experiencia), o bien metafísicos (carentes de sentido, porque ni son verdaderos por definición ni son tampoco verificables).

En su comentario, HABA no se refiere, que yo recuerde, a la metafísica. Pero aclara que, en su opinión, no es posible recurrir a ninguna noción como la de razonabilidad que, en los últimos tiempos (en realidad, no tan últimos: RECASÉNS SICHES la empleó ya —inspirándose en ORTEGA— en los años cincuenta del siglo XX), ha sido invocada por muchos filósofos y iusfilósofos para ampliar el campo de la razón; HABA señala a este respecto que los términos «racional» y «razonable» «carecen de contenido descriptivo bien determinado, intersubjetivamente unívoco entre los locutores jurídicos», por lo cual son «fórmulas vacías» y que cumplen en el discurso jurídico una función simplemente «persuasiva».

En fin, para HABA, la *decisión* de optar por una «crítica crítica» o por una «crítica-poco-crítica» sería una cuestión de actitudes. Y a propósito de las mías, él constata, a la luz de mi anterior comentario en esta polémica, que no me «gusta —*actitud*— para nada que la Teoría del Derecho se ocupe, cuando ésta estudia los razonamientos jurídicos profesionales, de poner inconfundiblemente “el dedo en la llaga” de aquellos elementos de juicio *descriptivos* específicos —¡ideas!— que son del orden (¡realismo jurídico!) a que pertenecen los aspectos subrayados en mi artículo». Y añade: «De hecho tal actitud forma parte decisiva, sea conscientemente o no, del programa de trabajo realizado por los estudios de la teoría “estándar” en general. Todo apunta a que la *actitud* académica de ATIENZA, cualesquiera sean sus ideas, va dirigida a homologar ese “buen callar” como programa ampliamente dominante para llevar a cabo dichos estudios».

Bueno, este último párrafo constituye, me parece, una manifestación bastante clara del «síndrome del crítico» al que antes me refería. Supongo que podría ocurrírseme al respecto algún comentario sarcástico y quizás incluso ingenioso para salir al paso de las insinuaciones de HABA, pero prefiero no intentar esa vía..., aunque sea también una forma de «callar». Simplemente diré que hay una explicación a por qué muchos teóricos del Derecho no siguen el mismo camino que HABA, y que no tiene que ver con

ningún tipo de actitud claudicante, vergonzosa, etc., como él parece suponer: se trata, como he procurado mostrar en el anterior punto, de que hay razones para pensar que ésa no es la vía más prometedora para hacer teoría del Derecho o teoría de la argumentación jurídica.

Por lo demás, considero que la sugerencia de HABA es, por lo menos parcialmente, acertada. Dejando a un lado los malentendidos a los que antes me referí, yo no creo que él cometa errores lógicos o errores empíricos en lo que afirma; mejor dicho, creo que algunas de sus afirmaciones empíricas (en el siguiente apartado me referiré a ellas) están hechas más bien a ojo de buen cubero, pero esto no es importante a los efectos que ahora me interesan. Quiero decir que si me parece cuestionable el modelo de teoría del Derecho (de teoría de la argumentación jurídica) que parece defender HABA no es naturalmente porque me parezca irracional, sino porque lo juzgo poco razonable. Añado además que lo razonable, en mi opinión (y en la de todos cuantos usan esa expresión), tiene que ver con valores (si se quiere, con actitudes), pero yo no creo que hablar de valores (y por tanto de actitudes) sea simplemente una cuestión de gustos y de emociones.

Me parece que, en efecto, éste es el punto fundamental que nos separa: una concepción más o menos amplia de la racionalidad práctica. La de HABA, en mi opinión (como, en general, la del positivismo lógico), es demasiado estrecha y resulta manifiestamente inadecuada cuando se la usa en el campo del Derecho. Por supuesto, HABA tiene razón en que el concepto de «razonabilidad» no tiene un «contenido descriptivo bien determinado». Pero si usáramos este criterio para determinar qué conceptos (o qué expresiones) podemos usar en nuestros discursos (en los de tipo jurídico, moral o político), habría que llegar a la conclusión de que son muchos los que tendríamos que suprimir. Es posible que alguien como HABA estuviera dispuesto a dar ese paso, pero me parece que eso no arregla las cosas, esto es, no dice nada en contra del uso de conceptos como «razonabilidad», «dignidad», «autonomía», etc. Pues no se trata de que alguien pueda arreglárselas sin esos conceptos (los carentes de «un contenido descriptivo bien determinado»). Se trata de que sin ellos nos quedaríamos sin algunas de nuestras prácticas, como la discusión racional o la motivación de las sentencias. Y éste, me parece a mí, es el verdadero *quid* de la cuestión.

No pretendo hacer aquí un análisis de la noción de «razonabilidad» (para lo que, por cierto, no podría prescindirse de algunos trabajos del propio HABA), pero quizás un ejemplo pueda servir para explicar por qué considero que la razonabilidad es un presupuesto de la discusión racional. En los últimos tiempos se ha discutido mucho sobre la justificación o no de investigar con células madre procedentes de embriones (o de preembriones: el embrión hasta el día 14 de su desarrollo). La Iglesia católica, como es bien sabido, se opone a ello porque entiende que la vida humana empieza desde el momento de la concepción: o sea, entiende que el valor moral de un cigoto es equivalente —pongamos— al de un recién nacido o al de una persona adulta. Los obispos, el Papa, etc., no cometen ninguna falacia (o pueden no cometerla) al argumentar a favor de esa postura. Y la misma no puede combatirse simplemente con argumentos lógico-formales o aduciendo enunciados de tipo empírico (aunque pueda ayudar a ello). La postura de la Iglesia al respecto no es irracional en sentido estricto, pero yo diría que es irrazonable, lo que en cierto modo es todavía peor. Y lo es porque al partir

de las premisas de las que parte impide que pueda haber un debate racional sobre ese tema (puesto que apela a premisas que presuponen un acto de fe y, en consecuencia, no pueden servir como razones para los no creyentes), impide que pueda llegarse a algún acuerdo que permita resolver el problema (al menos en el nivel de las normas jurídicas). Ya sé que la noción de razonabilidad que estoy utilizando no es muy precisa, pero el anterior argumento tiene, con todo, sentido. Abre un cauce para la discusión racional, para poder llegar a entenderse en relación con un problema que necesita una solución. Ahora bien, si uno se enfrentara a ese debate con la actitud de HABA (armado de su concepto estricto de racionalidad), me temo que no es mucho lo que podría decir. Mejor dicho, quizás pudiera decir muchas cosas, pero al final tendría que reconocer que la postura de la Iglesia, como la de los laicos, se basa en juicios últimos de valor que quedan por igual al margen de la razón.

No hace falta, por lo demás, ir a un caso que puede considerarse extremo para ver lo insatisfactorio que resulta una concepción de la racionalidad como la de HABA. Dado que los juicios de valor son omnipresentes en el razonamiento jurídico, la postura de autores «realistas» como HABA lleva necesariamente a sostener que los jueces no pueden propiamente (al menos en muchos casos) justificar sus decisiones. El Derecho estaría gravemente indeterminado porque las decisiones judiciales dependen de juicios de valor que consisten en actitudes, en emociones que, en sentido estricto, no son susceptibles de enjuiciamiento racional. O sea, cuando dos jueces (dos juristas) discrepan en cuanto a cuál es la solución jurídica a un caso, y en la medida en que ello dependa (como suele ocurrir) de juicios de valor, no cabría hablar de que una de las respuestas sea la correcta: con lo que aquí nos encontraríamos sería con un desacuerdo de actitudes, que no puede resolverse racionalmente. Lo cual supone negar que la práctica de la justificación judicial de las sentencias tenga sentido; o, dicho más matizadamente: la motivación de las sentencias (al menos, de muchas de ellas) tendría que consistir simplemente en exponer con claridad los argumentos, las razones, puesto que sobre el fondo de las razones no cabría propiamente una discusión racional. De nuevo, es posible que alguien como HABA esté dispuesto a aceptar que una buena parte de nuestras prácticas jurídicas carece de sentido, se basa en mitos, etc. Pero el problema (uno de los problemas) de pensar así es que, por definición, tampoco él estaría en condiciones de sugerir otras prácticas que poner en lugar de las anteriores y que no necesitaran referirse a juicios de valor, actitudes, etc.; o sea, cualquier tipo de práctica, de práctica jurídica sería, me temo, irracional o no racional. De manera que, puesto que no podemos prescindir de tener prácticas de algún tipo, lo mejor que podemos hacer es ver cómo podemos dar sentido a las que tenemos: cómo podemos arreglárnoslas para conseguir con ellas fines valiosos y (a través de una crítica de mayor o menor calado según los casos) para mejorarlas.

3.3. Como antes decía, las ideas fundamentales de E. HABA sobre la argumentación jurídica parecen concentrarse en torno a lo que llama el «síndrome normativista» y podrían sintetizarse así (serían las presuposiciones de las cuestiones a las que considera que yo debería haber contestado —y no contesté— en mi anterior comentario): 1) esos vicios (recuérdese: poner el énfasis en las cuestiones terminológicas, no distinguir «es» y «debe», recurrir a conceptos indeterminados o a fórmulas vacías, etc.) son recurrentes en la práctica de la argumentación jurídica; 2) cada uno de esos vicios constituye una falacia que atenta contra la racionalidad del argumento en que aparece;

3) los vicios en cuestión resultan decisivos para fundamentar una determinada conclusión jurídica; 4) los partidarios de la teoría estándar de la argumentación jurídica callan esos vicios que los «realistas» revelan; 5) términos como «racional» y «razonable» carecen de contenido descriptivo bien determinado, son fórmulas vacías con función meramente persuasiva, y 6) los teóricos estándar manejan un discurso en el que no aparece bien diferenciado lo prescriptivo-ideal de lo empírico-descriptivo.

Pues bien, en mi anterior comentario yo señalaba que los «vicios» a los que HABA se refiere son, podríamos decir, patrimonio común del pensamiento analítico, de manera que no había razón para pensar que los autores de la teoría estándar (aclaremos, autores como AARNIO, ALEXEY, MACCORMICK o PECZENIK: todos ellos iusfilósofos de formación analítica) se hayan «desentendido» de ellos. Decía también que no me constaba que ninguno de ellos se hubiese interesado por el estudio de las falacias. Pero es evidente, por ejemplo, que alguno de los «vicios» a los que se refiere HABA están recogidos en alguna de las reglas del discurso racional sistematizadas por ALEXEY (las dirigidas a evitar las imprecisiones lingüísticas, por ejemplo). Y no me cabe ninguna duda (aunque no me he dedicado a estudiarlo; no sé si merecerá mucho la pena hacerlo) que la denuncia de algunos de esos errores de razonamiento puede encontrarse, por ejemplo, en las obras de AARNIO sobre Derecho civil finlandés. Es verdad, en todo caso, que no prestaba mucha atención al dichoso síndrome, de manera que lo haré ahora. Centrémonos, entonces, en las ideas de HABA sobre la argumentación jurídica, que espero haber caracterizado bien en el párrafo anterior. Mis comentarios al respecto son los siguientes:

1) Esas ideas de HABA (o algunas de ellas: las que tienen un alcance empírico-descriptivo) no parecen ser la consecuencia de alguna investigación de naturaleza empírica efectuada con métodos muy rigurosos. Antes decía que eran más bien observaciones hechas «a ojo de buen cubero»: la experiencia y las intuiciones de HABA le llevan, por ejemplo, a pensar que los vicios en cuestión (o alguno de ellos) tienen un peso decisivo en la presunta fundamentación de las decisiones judiciales. ¿Pero qué es lo que le hace pensar así? ¿A qué tribunales se refiere? ¿De qué país, de qué instancia, sobre qué materia? ¿Hay realmente algún trabajo «empírico» fiable que permita con fundamento generalizar como HABA lo hace? Lo dudo.

2) Mi experiencia me lleva, por el contrario, a pensar de otra manera. En primer lugar, que no se puede generalizar en este terreno, dada la enorme variedad de contextos de argumentación (y de argumentación judicial) existente. En segundo lugar, que conviene ser cauto a la hora de creer haber identificado una falacia. La comisión de una falacia es siempre una cuestión contextual; muchas veces creemos que alguien ha cometido una falacia porque ha dejado sin expresar una premisa que, sin embargo, podría entenderse que estaba implícita; otras veces, porque interpretamos equivocadamente que una frase dice lo que realmente no dice (algún ejemplo de esto lo hemos visto en el transcurso de este debate: no importa si cometido por HABA o por mí), etc. Y en tercer lugar, que en los casos jurídicos difíciles, importantes, pueden aparecer argumentos falaces, pero el centro de la discusión, lo que los hace difíciles, no suele radicar en eso, sino en una discrepancia sobre teoría de la interpretación o de la prueba o sobre teoría moral y política (discrepancias que no se reducen a cuestiones de palabras, a confusiones entre niveles de lenguaje, etc.).

3) Como anteriormente he señalado, me parece dudoso que todos los vicios denunciados por HABA lo sean en realidad. Quiero decir, es cierto, por ejemplo, que expresiones como «racional» y «razonable» pueden usarse como fórmulas vacías. Pero está por ver que no exista un uso legítimo de esos términos (como también de «dignidad», «autonomía», etc.). En general, lo que HABA considera como vicios de razonamientos se basa en una teoría muy estrecha de la racionalidad que, como creo haber mostrado, resulta cuestionable.

4) El afán de HABA por diferenciar con precisión los elementos descriptivos y prescriptivos de las argumentaciones jurídicas me parece equivocado en el siguiente sentido. Es cierto que en ocasiones puede —y debe— hacerse esa distinción, pero no creo que la misma tenga la importancia que él supone. El método más adecuado para el estudio de las argumentaciones judiciales es probablemente uno de naturaleza reconstructiva (el que siguió, por ejemplo, MACCORMICK) que combina elementos descriptivos y prescriptivos: a partir del análisis de las argumentaciones de ciertos jueces se construye un modelo de lo que sería una buena argumentación.

5) HABA nos debe una explicación de por qué, en su opinión, los teóricos de la teoría estándar (y, al parecer, también yo) no tienen (tenemos) más remedio que callar acerca de lo que, al parecer, él sí puede hablar. Sugiere la posible existencia de intereses académicos o de algún otro tipo (en todo caso, «siniestros», para emplear una expresión de BENTHAM). Pero en esto vendría bien, creo, una mayor explicitud. ¿No estará, por cierto (y entre otras cosas), sobrevalorando el poder de lo académico? ¿Por qué cree que nos puede «doler» tanto lo que él escribe?

6) Yo no tengo duda —lo repito una vez más— de que la aproximación «realista» al Derecho y a la argumentación jurídica aporta elementos de gran valor. Y tampoco, por supuesto, de que la teoría de las falacias es un capítulo importante de la teoría de la argumentación jurídica. Lo que no me parece es que debamos suscribir «*in toto*» una teoría de esa especie: como la defendida por HABA. Su principal defecto, en mi opinión, es su incapacidad para guiar nuestras prácticas.

4. Quizás a E. HABA le parezca que con todo lo anterior yo no he hecho otra cosa que evadir la cuestión. De hecho, el principal propósito con el que he escrito este nuevo comentario ha sido el de desplazar la discusión hacia un terreno distinto a aquel en el que estaba planteada. En mi descargo puedo decir que lo he hecho porque éste de ahora me parece más fructífero. Pero, por lo demás, estoy perfectamente dispuesto a recibir una nueva andanada de críticas de todos los tipos que HABA tenga a bien dedicarme. No me extrañaría tampoco que no pocos lectores consideren que me las tengo bien merecidas.

# AVATARES DE LO «RACIONAL» Y LO «RAZONABLE», CUANDO SON EXIMIDOS DE TENER CARNET DE IDENTIDAD \*

(como también sobre unos ecos, en Teoría del Derecho,  
de la perenne dicotomía entre «el científico y el político»)

(versión fragmentaria) \*\*

Enrique P. Haba

Universidad de Costa Rica

**RESUMEN.** Las teorizaciones «estándar» sobre la argumentación jurídica se basan en unas in-distinciones fundamentales: entre las dos grandes clases de juicios de valor (los categóricos y los instrumentales), entre ciertos meta-lenguajes académicos (Teoría del Derecho) y su lenguaje-objeto práctico (discursos jurídicos efectivos), entre ideal y realidad, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, entre verdad y «utilidad», entre conceptualización «amplia» y fórmulas vacías («razonable» y demás), entre recursos discursivos de «política» jurídica y conocimiento propiamente («científico») al respecto, etc. Tales modelos son esencialmente *reduccionistas*: en cuanto al plano semántico, hacen abstracción de las falacias más corrientes («Síndrome normativista») que presentan los discursos jurídicos profesionales; y en cuanto al nivel pragmático de estos mismos (sus factores psicosociales, sus condicionamientos fácticos en general), lo dejan simplemente fuera de foco.

**Palabras clave:** argumentación, racional, razonable, juicios de valor, reduccionismo.

**ABSTRACT.** The Theory of Argumentation—in its «standard» version—is based on some fundamental non-distinctions. This trend of thought does not make clear many capital differences: between the two sorts of value judgments (the categorical ones and the instrumental ones), between a special kind of academic meta-language (Legal Theory) and its practical object-language (real judicial speeches), between ideal and real, between descriptive and prescriptive sentences, between truth and «utility», between concepts with a broad sense and rhetorical empty formulae («reasonable», etc.), between «political» resources of judicial discourses and genuine knowledge (a properly «scientific» one) about legal thinking, and more. The «standard» models bring up an essential *reductionist* approach: on the semantic level, they look away from the most current fallacies (the «normativist Syndrome») in the lawyers' professional way of reasoning; besides, they simply do not pay attention to its pragmatic level (psycho-social factors, and factual conditionings in general).

**Keywords:** argumentation, rational, reasonable, value judgments, reductionism.

---

\* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

\*\* *Nota de la Redacción:* La presentación completa de este estudio excede muy ampliamente los límites máximos establecidos para los artículos que se publican en *Doxa*. No habiendo pasado inadvertida tal circunstancia al autor, él ha propuesto a la Dirección de la Revista que en esta misma se incluya, de dicho estudio, sólo lo siguiente: sus páginas iniciales, las síntesis ofrecidas en los apartados [0] y II.7, más unas líneas finales. Ello permite anticipar, en la forma más apretada, las principales ideas desarrolladas a lo largo de ese trabajo. La versión completa se publicará en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2011.

«... la racionalidad y la irracionalidad. Pocas palabras se usan en manera tan múltiple y contradictoria como estas dos».

MANNHEIM

«... así confío en vencer cualquier obstáculo. A quien no concuerde conmigo, le negaré la facultad de comprender lo racional».

JHERING<sup>1</sup>

**D**eseo, ante todo, subrayar cuánto me complace que M. ATIENZA haya tomado de manera tan positiva la invitación que le formulé al final de mi contestación anterior. Me llena de satisfacción que, ahora sí, pasa a considerar principalmente IDEAS que son claves para nuestro asunto. Mediante este muy bienvenido giro en sus puntualizaciones se logra, como con razón dice él: «... desplazar la discusión hacia un terreno *distinto* a aquel en el que estaba planteada... porque éste de ahora me parece más *fructífero*» (al final del comentario). Inclusive, para no poca fortuna, mía, la paciencia de Manolo hacia mi «prosa suelta y abundante» da para tanto que hasta se manifiesta: «... perfectamente dispuesto a recibir una nueva andanada de críticas de todos los tipos que H. tenga a bien dedicarme» (*ibid.*). Ante lo amplio que es el espectro de cuestiones de fondo que invita a considerar su nuevo comentario, carezco del heroísmo capaz de permitirme resistir a la tentación de cumplir esa premonición suya.

Las observaciones presentadas en ese segundo comentario no insisten, por lo general, en tomar asiento sobre aquellas mismas suposiciones con respecto a las cuales he demostrado, en mi respuesta anterior, que no tienen sustento alguno en mis propios textos. Así y todo, no podré dejar de hacer ver que, también en esta nueva oportunidad, ATIENZA me adjudica no pocas ideas —otras suposiciones más— que tampoco cuadran con lo señalado en dichos textos, ni en cualesquiera otras publicaciones mías. Lo bueno es que aun esas imputaciones, por más distantes que estén de los puntos de vista que he expuesto en mis trabajos, sin duda conciernen a cuestiones *claves* del asunto sobre el cual estamos conversando. De tal manera, mis aclaraciones al respecto no significan simplemente una defensa personal frente a ciertas «calumnias», en cuanto a lo teórico, de que ATIENZA me hace objeto (entiéndase esa palabra con toda suavidad, no supongo intenciones aviesas), sino que tales aclaraciones dan, me parece, justamente en el clavo de aspectos *fundamentales* que los teóricos «estándar» suelen simplemente dejar fuera del ruedo. Por lo demás, es muy cierto que ATIENZA no se limita a «calumniarme», sino que esta vez pone sobre el tapete también unas tesis positivas principales de las que se hace responsable él mismo (en compañía de otros autores), las cuales merecen ser consideradas atentamente. Por ambos lados, me veo ahora en la afortunada circunstancia de complementar mi estudio central con precisiones decisivas sobre cuestiones fundamentales que en este mismo se encuentran apenas insinuadas o no fueron tocadas del todo.

<sup>1</sup> K. MANNHEIM, *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, Buenos Aires, 1969, 38. R. VON JHERING, *Broma y veras en la Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1974, 349.

En efecto, la nueva intervención de ATIENZA lleva a poner sobre el tapete puntos-eje como los siguientes: tipos de juicios de valor y su papel en las decisiones judiciales —diferencia esencial entre los planos de lenguaje considerados—, tipos de pruebas requeridas para sustentar las tesis de Teoría del Derecho —precisiones fundamentales con respecto al funcionamiento discursivo de términos como «racional» y «razonable» (¿se comportan, o no, a modo de «fórmulas vacías»?)—, qué papel pueda caberle a unos estudios de Teoría del Derecho para «orientar»/«guiar» al jurista en sus razonamientos y así «ayudar» a «mejorar» las fundamentaciones de los jueces —aquilatar si tienen o no «sentido» los razonamientos jurídicos habituales y saber si es posible propiamente «justificar» las decisiones judiciales—, ¿inciden habitualmente «argumentos falaces» en el «centro» de las discusiones jurídicas o antes bien estas últimas son cuestión de «discrepancias» libres de aquéllos? —¿no vale mucho la pena, por lo general, «diferenciar con precisión los elementos descriptivos y prescriptivos» en los razonamientos jurídicos?—, cognitivismo axiológico normativista (¿en vez de «positivismo lógico»?) como esencial artículo de fe para las teorizaciones «estándar» (por cierto, considero muchísimo más «fructífero» discutir sobre tales cuestiones, que continuar multiplicando al infinito la producción de *divertimentos* como, p. ej., el cúmulo de traídas y llevadas fijaciones académicas al gusto para la etiqueta «positivismo» jurídico o el listado de los dibujitos lógico-deónticos).

He ahí las principales cuestiones de que tratará el presente examen. Luego de ofrecer una visión sinóptica [0], apenas aforística, de las principales ideas que desarrollará este texto, haré constar algunas aclaraciones preliminares de orden general [I]. Luego pasaré a «desmenuzar» el *quid* de los principales aspectos de fondo suscitados por mi comentarista. La sección principal [II] presenta elucidaciones que, si bien arrancan de puntos de vista planteados en ese comentario suyo, conciernen directamente no sólo a Teoría de la Argumentación, ni sólo a «reproches» específicos que me hace él, sino que ellas llaman la atención sobre unas cuestiones básicas para los estudios de Teoría del Derecho *en general*. Las secciones que siguen se ocupan respectivamente de: [III] aclarar ciertos nuevos *malentendidos* capitales de ATIENZA sobre las aproximaciones realistas al estudio de los razonamientos jurídicos; [IV] añadir aún, finalmente, algunas observaciones complementarias sobre las *limitaciones* esenciales (tratamiento reduccionista) que comporta el tipo «estándar» de aproximación a dichos razonamientos.

#### SUMARIO (muy sintético):

##### 0. Ideas cardinales.

I. *Puntualizaciones liminares*: 1. Estilos contrapuestos. 2. ¿A qué se le ha de llamar teoría «estándar»? 3. ¿Una «conspiración» del silencio...? 4. ¿«Positivismo lógico»?

II. *Precisiones metodológicas fundamentales*: 1. Tipos de juicios de valor, planos de lenguaje. 2. El asunto de las «pruebas» (¿qué métodos de investigación?, ¿qué tribunales?). 3. ¿«Concepción estrecha» o una mucho «más amplia» acerca de «racional», «razonable», etc.? (papel de tales «fórmulas vacías»). 4. Contra el capital reduccionismo que comportan las visiones racio-argumentativistas. 5. ¿Es posible, y cómo, «ayudar» a «mejorar» («El político y el científico»)? 6. Eventual «fertilidad» cognoscitivo-heurística en Teoría del Derecho. 7. Recapitulación.

III. *Precisiones sobre «realismo» jurídico*: 1. ¿Tienen «sentido» los razonamientos jurídicos? 2. ¿Las tesis realistas implican negar que las sentencias se pueden «justificar»? 3. ¿Las aproximaciones realistas «no pueden» servir para «orientar»/«guiar» al jurista práctico?

- IV. *Precisiones complementarias sobre reduccionismo de las teorizaciones «estándar»:*
1. Cognitivismo axiológico normativista («mons razonabilis»). 2. La «cirugía estética» razonabilista. 3. ¿Es falso que la teoría «estándar» se «desentiende» del Síndrome normativista?
  4. ¿Las discusiones jurídicas se asientan en «argumentos falaces» o consisten esencialmente en unas «discrepancias» sin más? 5. ¿No vale la pena «diferenciar con precisión los elementos descriptivos y prescriptivos»?

## 0. IDEAS CARDINALES

Ese comentario de ATIENZA contiene dos rubros de elucidaciones: una cara «negativa» y una «positiva», por así decir. Tienen finalidad «negativa» sus observaciones críticas sobre varias ideas fundamentales que él me imputa. Como «positiva», en cambio, bien puede calificarse su contraposición, frente a aquello «negativo», de ciertas ideas a las que reconoce validez primordial él mismo, las cuales coinciden con postulados básicos compartidos por los autores «estándar» en general. Tanto lo primero como lo segundo se asientan en determinadas pre-suposiciones, respectivamente, de las cuales depende —al menos en buena parte— el posible acierto de lo afirmado por ATIENZA en función de ellas. Pero si estas mismas resultan dudosas, por decir lo menos, con ellas tambalean igualmente, o hasta se vienen abajo del todo, las principales aseveraciones negativas o positivas en que mayor hincapié hace ATIENZA.

□ **ÁNGULO NEGATIVO.** La presuposición esencial de las críticas formuladas por ATIENZA es que mis puntos de vista fundamentales son los mismos que, o en todo caso muy parecidos a, los del *positivismo lógico* (así lo señala expresamente) (*infra*, I.4). Según mi comentarista, yo aplicaría justamente *esos* cartabones para enjuiciar el pensamiento jurídico. Ahora bien, lo decisivo en este caso no es simplemente que ATIENZA *crea* tal cosa, no poco alejada de la verdad. Mas tal creencia empapa hasta tal punto sus observaciones específicas a mi respecto, que le lleva a considerar antes bien lo que al respecto pudiera tal vez haber dicho algún positivista lógico (ignoro si hay o haya habido tal específicamente), en lugar de concentrar sus objeciones sobre lo escrito en mis propios textos. Así es cómo esa capa de «positivismo lógico» con que ATIENZA cubre, por su propia cuenta, lo señalado en esos textos *mismos*, logra que su «lectura» de éstos venga a «decirle», particularmente a él, ni más ni menos que dos órdenes de cosas: por un lado, le hace suponer que sostengo ideas que en modo alguno sostengo (en mis trabajos no se afirma nada por el estilo, ni explícita ni implícitamente); por el otro, hace que en *tal* lectura no se puedan echar de ver, en cambio, mis ideas principales que no calzan con dicha presuposición. Una y otra vez toparemos con esas dos clases de malentendidos; no sería extraño que, en efecto, tengan su origen en dicha presuposición generalizada.

□ **ÁNGULO POSITIVO.** La otra cara de las consideraciones efectuadas por ATIENZA son las tesis avaladas por él mismo, especialmente unas que subraya en esta segunda ocasión. Ello tiene su propia base epistemológica, la cual depende sobre todo de cierto «artículo de fe»: al parecer, ATIENZA se basa en un *cognitivismo* axiológico, la suposición de que hasta los fines/valores últimos es dable «conocerlos» mediante tales o cuales criterios propiamente «objetivos». En este caso, se trata de un cognitivismo que presenta la singularidad de ser específicamente normativista-«razonabilista» («mons razonabilis») (*infra*, IV.1). Ahora bien, por ser ello un postulado de nivel *último* en la

concepción que ATIENZA defiende, vale decir, un principio fundamental puesto allí como axiomático (funciona como artículo de fe básico en ella), no es posible pedir ningún tipo de «pruebas» al respecto. Los axiomas no se demuestran, pues son ellos mismos quienes constituyen el punto *básico* de arranque, «ratio» *última*, para las demostraciones posibles dentro del sistema de pensamientos —en este caso es el «razonabilismo» argumentativista— asentado sobre aquéllos. Por eso, mientras que acerca de unas afirmaciones «negativas» de ATIENZA podré demostrar que no corresponden a los hechos por él invocados (en este caso, hechos discursivos: mis propios textos), en cambio con respecto a esas bases «positivas», al tratarse de postulaciones que se toman ahí como válidas en sí y por sí mismas (axiomas), no es posible ni demostrarlas ni falsarlas: cada quien sabrá si «cree» en ellas o no. Lo que resulta posible, sí, es hacer ver ciertas derivaciones lógicas de esos axiomas y también unos efectos empíricos resultantes de aplicarlos. De tal manera, quien sostiene los axiomas se hace solidario también con esos dos órdenes de consecuencias vinculados directamente con aquéllos, las cuales no pocas veces son disimuladas por la doctrina en cuestión. Este último es el caso, según veremos, de las teorizaciones argumentativo-razonabilistas.

Por ambas vías, la «negativa» y la «positiva», ATIENZA pone sobre la mesa una serie de afirmaciones que vienen a conjugarse, todas ellas, hacia el mismo punto fundamental: desviar la vista del *reduccionismo* propio de las teorizaciones «estándar». La idea central del presente trabajo es salir al paso de tales intentos de justificación para ese modo tan unilateral de abordar las cuestiones jurídicas. De tal manera procedo a complementar los señalamientos que en mi estudio básico efectué sobre la naturaleza esencialmente «escapista» de dicha orientación; las puntualizaciones que presentaré aquí traen a colación precisiones que son de importancia primordial, a mi juicio, en cuanto a aspectos que no fueron especificados suficientemente en dicho estudio.

\* \* \*

Como el presente escrito es un tanto detallado, voy a adelantar ya, sólo aforísticamente, mis afirmaciones principales (indicando también dónde se encuentran desarrolladas en el presente trabajo). Así el lector queda en condiciones de elegir a cuáles de ellas desea prestarle su atención, si prefiere no detenerse en la totalidad de esos aspectos que considero oportuno aclarar.

— NO he sostenido, ni directa ni indirectamente, ninguna de las principales ideas siguientes (ATIENZA me las imputa):

- Que la base metodológica de los estudios de Teoría del Derecho sería deseable conformarla a las tesis principales del «positivismo lógico» [I.4]<sup>2</sup>.
- Que los juicios de valor no son susceptibles de someterlos a discusiones «rationales» [II.1, III.1-2].
- Que los razonamientos jurídicos no tienen «sentido» [III.1].
- Que las decisiones judiciales no puedan ser «justificadas» mediante fundamentaciones «razonables» y hasta unas «racionales» —es decir, con base en ciertos modelos normativos de razonamiento, que en mayor o menor medida son ideales—; no

<sup>2</sup> Las cifras colocadas entre corchetes remiten al numeral donde hay unas explicaciones sobre ese punto en el presente trabajo.

impugno que tales argumentaciones constituyan la situación más general, ni que estas mismas tengan cierto «peso» —unas veces más, otras menos— entre los factores reales que co-determinan la parte resolutive de las sentencias [III.2].

- Que las falacias no son «contextuales» [IV.4.i].

— Niego, asimismo, que de mis propias consideraciones se desprenda nada parecido a lo siguiente (ATIENZA lo «deduce», por su propia cuenta, de lo que él supone son ideas mías al respecto):

- Que las puntualizaciones realistas acerca de los discursos judiciales (en todo caso, las mías) «no pueden» servir para «orientar»/«guiar» al jurista práctico en sus tomas de decisión (sentencias y demás), o que acaso los realistas no quieran «ayudar» a «mejorar» los discursos jurídicos [III.3].

— SOSTENGO, sí, las siguientes tesis metodológicas fundamentales:

- Que también a los estudios de Teoría del Derecho se aplica la dicotomía señalada por WEBER en cuanto a orientarse como «político» o como «científico» [II.5].

• Que una cosa es la posible *verdad* de tales o cuales tesis sostenidas en el seno de dicha Teoría, mientras otra cosa es la eventual *utilidad* que ellas mismas puedan tener de hecho en las propias prácticas de los juristas profesionales [II.5].

• Que por lo general esas tesis no alcanzan a tener, en el mejor de los casos, más que alguna «fertilidad» cognoscitivo-heurística («ideas para tener en cuenta», entre las cuales puede haber también unas que se invoquen a título de parangón como modelos normativos de razonamiento) [II.6].

• Que es fundamental saber si un juicio de valor se entiende como «categórico» o como «instrumental», y que la abrumadora mayoría de los juicios de valor utilizados por los juristas corresponden decisivamente (al menos en parte) al segundo tipo [II.1.i, II.4].

• Que también es capital no confundir entre los alcances que pueda tener un *meta*-lenguaje como tal —así la Teoría del Derecho— y los alcances que tienen los discursos mismos del lenguaje-*objeto* considerado —así los razonamientos de los propios juristas prácticos— [III.ii].

• Que palabras como «racional», «razonable», etc., se suelen usar como *fórmulas vacías* (o, en todo caso, semivacías) —digamos: sin «carnet de identidad»— en los discursos jurídicos *efectivos* [II.3].

• No quiere decir que esos términos no se pueden definir *teóricamente* en formas que no sean ya tan manipulables, sobre todo «racionalidad» (*cfr.* M. WEBER) —pero *no* es así cómo aparecen en dichos discursos mismos— [II.3].

• Que el carácter de *generales* que tienen las tesis sostenidas en Teoría del Derecho conlleva, debido a la naturaleza misma de esta materia, que si bien es posible señalar ciertos indicios de «prueba» con respecto a ellas y hacerlas objeto de ciertos «controles» discursivos, empero no resulte posible someterlas a «métodos rigurosos» de verificación empírica [II.2].

• Que los «argumentos falaces» (Síndrome normativista y demás) suelen incidir *importantemente* en el «centro» de las discrepancias entre los juristas prácticos [IV.4].

• Que para alcanzar «transparencia» en las fundamentaciones jurídicas es de la más alta importancia saber distinguir *netamente*, en el seno de cada una de ellas, en-

tre elementos «descriptivos» y elementos «prescriptivos», porque estos dos tipos de elementos corresponden respectivamente a «gramáticas» cuyos requisitos de «prueba» son de muy distinta naturaleza «categorial» para los primeros que para los segundos [IV.5].

- Que, sin perjuicio de lo anterior, desde luego ambos tipos de enunciados se pueden «combinar» entre sí, como incluso: *a*) es corriente que la selección de los elementos descriptivos venga determinada por unos elementos de juicio valorativo-prescriptivos, y *b*) que el alcance jurídico otorgado a los segundos dependa de comprobaciones acerca de los primeros [IV.5].

- Que nada de lo señalado significa descartar la presentación de modelos *ideales* para el razonamiento jurídico (hasta yo mismo he ofrecido uno de «cuatro pasos»), ni negar que eventualmente algunos de éstos puedan tener cierto valor heurístico para juristas que se resuelvan a tomarlos en cuenta; siempre y cuando no deje de hacerse la advertencia, pero en forma *inconfundible*, de que tales modelos *no* constituyen comprobaciones sobre cómo el Derecho funciona *realmente* (aunque de seguro ellos comprendan también unas similitudes con razonamientos jurídicos habituales) [IV.5].

- Que el cognitivismo axiológico normativista en que se basan las teorizaciones «estándar» no es otra cosa que un *postulado de fe* (... del «*wishful thinking*» al «*mons rasonabilis*») [IV.1].

- Que la diferencia esencial entre las aproximaciones «estándar» y los enfoques realistas reside en que las primeras constituyen unas visiones muy *reduccionistas* acerca de los discursos jurídicos; por lo demás, las maneras cómo dichas aproximaciones presentan a estos últimos constituyen una «cirugía estética» al respecto [II.4, IV].

- Que las aproximaciones realistas, para ser tales, no tienen por qué desconocer la importancia práctica *efectiva* que puedan tener las argumentaciones presentadas en los tribunales (por ende, tampoco descartarán la pertinencia de tales o cuales observaciones contenidas en teorías «estándar», en cuanto éstas no confundan unos ideales con dichas prácticas en sí mismas) [II.6].

- Que todo cuanto de dichas teorías sea rescatable para orientar realmente unas *prácticas* jurídicas, o al menos lo sea como *heurística* para mejor conocimiento de ciertos aspectos de estas mismas, ciertamente será bienvenido por el realista (p. ej., ello puede caber dentro del 1.<sup>er</sup> «momento» del modelo procedimental jurídico-realista de «cuatro pasos» expuesto por mí) [II.6].

- Pero el realismo jurídico<sup>3</sup> no se queda *abí* (conformarse con elucidaciones limitadas a poner sobre la mesa unos *topoi* del pensamiento jurídico, sean o no «razonables», para dicho «1.<sup>er</sup> momento»), sino que va mucho más allá: exige completar el examen meramente *semántico*-argumentativista (aquel «1.<sup>er</sup> momento») con decisivas consideraciones de orden discursivo-*pragmático* (así, al añadir los «tres pasos» de análisis indispensables para esclarecer lo más posible las dimensiones *prácticas* de los argumentos presentados en su «paso» inicial) [II.6].

\* \* \*

<sup>3</sup> Cuando escribo «el» realismo o «el» realista, no es cuestión de entender que ignoro diferencias y también contradicciones entre distintos autores conocidos como «realistas».

## II.7. Recapitulación (*muy aforística*) (de la sección II)

1. CONFUSIONES CATEGORIALES. Los planteamientos de ATIENZA incurren en unos básicos «errores categoriales», consistentes en no distinguir entre planos de pensamiento que, si bien están relacionados, *no* son necesariamente homogéneos entre sí, aunque sus respectivos contenidos pueden presentarse siendo llamados de manera igual o muy similar. ATIENZA «mete en un mismo saco»: por un lado, el plano de los juicios de valor categóricos y el plano de los juicios de valor instrumentales; por el otro, el plano de los razonamientos jurídicos profesionales corrientes en sí mismo (lenguaje-objeto) y el plano de las elucidaciones de Teoría del Derecho (meta-lingüísticas) acerca de los primeros. Tales indistinciones originan múltiples confusiones, tanto para saber a *qué* exactamente entienda referirse ATIENZA en muchos de sus pasajes (¿a cuál de los dos planos de un nivel o si es a ambos a la vez?) y también porque las respectivas exigencias de fundamentación son disímiles.

2. «PRUEBAS». No queda para nada claro qué *clases* de «pruebas» —si es que hacen falta— pide ATIENZA para los enunciados de Teoría del Derecho, en general. Pareciera que solicita unas de cierto tipo, «métodos muy rigurosos», para tesis que no le simpatizan, mas no ofrece pista alguna acerca de *cuáles* serían las requeridas (¿«metódicas» o no?, ¿sometidas a qué «rigores» o libres de ellos?) para solventar tesis como las sostenidas por él mismo y en general las de los teóricos «estándar»; a no ser que, para él, sólo las primeras requieran comprobación, mientras que las segundas estarían, por principio, eximidas de toda exigencia al respecto.

3. LO «RACIONAL», LO «RAZONABLE», ETC. Para términos claves como «racional» y «razonable» —también: «universalidad», «coherencia». etc.—, según ATIENZA es inadecuado hacerlos objeto de una «concepción estrecha» (así la de WEBER); considera muy preferible que ella sea mucho «más amplia». La cuestión, no respondida por él, es: ¿«más amplia» en *qué* y hasta *dónde*? (aun si nos abstenemos de pregunta el «para qué»). ATIENZA no suministra ninguna indicación acerca de cuál sería por lo menos algún «poco» de contenido descriptivo, «algo» que permita diferenciar *intersubjetivamente* tal mínimo —¡aunque fuere solo esto!— frente a cualquier otra suerte de razonamientos. Tampoco ofrece ninguna pista acerca de *cómo* saber (intersubjetivamente) si lo «razonable» es A o no-A, cuando esto se halla en disputa; o si será que basta con que determinados locutores digan que es *así*, ya sea lo uno o lo otro, para tenerlo por tal. El uso de esos términos suele responder, de hecho, al encanto irresistible de conjurarlos como fórmulas vacías. ATIENZA dice que hay, a pesar de todo, un uso «legítimo» para tales palabras, mas no señala *cómo* distinguir (intersubjetivamente) este mismo frente a los eventuales usos «ilegítimos».

4. REDUCCIONISMO. La visión «estándar» acerca de los discursos jurídicos es esencialmente *reduccionista* y en general *extra-pragmática*. Opera como una autocensura, de quien se ciñe a ella, limitándole a fijarse en *ciertos* aspectos abstracto-*semánticos* de dichos discursos (incluso dejando fuera de foco las falacias más corrientes en dichos discursos) y haciendo en general abstracción de las dimensiones *pragmáticas* de ese lenguaje (sobre todo, de aquellas que resultan ser las más decisivas de hecho).

5. «MEJORAR». En la forma en que lo plantea ATIENZA, la cuestión de *cómo* «ayudar» a «mejorar» los discursos jurídicos de los jueces no se puede examinar propiamente, ni siquiera con cierto grado de aproximación, pues se omiten las aclaraciones

más elementales para determinar *qué* sea específicamente lo que se desea «mejorar» y cuáles serían los *parámetros* para juzgar al respecto. Por lo demás, él no distingue entre *verdad* y «utilidad» en cuanto a los contenidos teóricos de los eventuales proyectos de «mejora». Al parecer, da simplemente por presupuesto el principio platónico de que ambos planos se corresponden por fuerza: Verdad = Bien (útil). De tal modo pasa por encima, sin más, de la conocida antinomia entre «El político y el científico» (WEBER); o sea, desconoce la neta diferencia categorial (advertida por KELSEN) que hay entre *a*) «ciencia (conocimiento) jurídica», y *b*) la «función jurídico-política» en sí misma [utilidad] de los discursos desempeñados en la *práctica* profesional de los juristas. Al fin de cuentas, el reduccionismo propio de las teorías «estándar» obedece justamente a que, para poder ser «útiles» (política) —¡si acaso!—, ellas suscriben sin más el *sacrificium intellectus* de «no mentar la soga (Síndrome normativista y demás) en la casa del ahorcado»...: se conforman con «decir lo *justo*» (no-callar-pero-callar), así le llama ATIENZA.

6. POSIBLE «FERTILIDAD». Abstracción hecha de la medida en que la Teoría del Derecho procure ser «política» (en el sentido señalado: 5), es verdad que algunos de los saberes producidos en esa disciplina pueden tener cierta «fertilidad» *cognoscitivo-heurística* («ciencia» acerca del Derecho), en mayor o menor medida. Inclusive las teorizaciones «estándar» contienen buenas porciones de ello, aun dentro del reduccionismo que las caracteriza. Eso sí, los contenidos auténticamente cognoscitivos están en condiciones de llegar a ser mucho más amplios, y sobre todo ir muchísimo más a fondo, si el investigador se inspira, a diferencia de aquellas teorizaciones, en el *principio heurístico de no-callar*. Justamente este último constituye el principal objetivo de la corriente *realista* en general. Es así cómo, en efecto, buena cantidad de los trabajos que pueden considerarse como pertenecientes a ella han sacado a luz aspectos decisivos de la discursividad jurídica, justamente unos elementos de juicio que en los otros tipos de estudios de dicha Teoría —los ampliamente dominantes en su seno (así en la generalidad de los pertenecientes a teóricos «estándar») — se quedan simple y llanamente «entre bambalinas».

\* \* \*

No podría finalizar mi comentario sin poner especial énfasis en subrayar aquello que, justamente por haber sido llevada adelante nuestra discusión de la *manera* en que ha tenido lugar, debiera llamar la atención por encima de cualquier otra cosa en la presente controversia. Tengo para mí que su resultado más estimulante es hacer ver que aun en nuestros tiempos, a pesar de todo el encerramiento académico en capillas cuyos respectivos dogmas cada una exige tener por intocables, sigue siendo todavía posible llevar a cabo un debate de ideas *SIN* condicionarlo a no impugnar esos dogmas mismos. Pues sí, se trata ni más ni menos que del viejo principio cardinal proveniente de la Ilustración:

«... la ausencia de restricciones al derecho de discusión y de crítica, aplicado no solamente a los resultados parciales, sino a los FUNDAMENTOS y a los MÉTODOS»<sup>4</sup>.

Se dirá: ¿quién va a estar en contra de un principio como ése? De palabra, ¡por supuesto que nadie! (en el medio académico). Mas en los hechos... La circunstancia de

<sup>4</sup> R. ARON, «Introducción», en M. WEBER, *El político y el científico*, Madrid, 1994, 28 (vers. e.p.h.).

que un escritor bien conocido de nuestra disciplina, y por añadidura director de la más connotada revista de esa materia en idioma español, haya abierto espontáneamente las páginas de ella misma a un debate de *tal* naturaleza, vale decir, sabiendo de antemano que su contendor no se iba a andar allí con «paños tibios», no es cosa de hallar así como así en nuestros círculos profesoriales. Por eso, ¿qué importa, al fin de cuentas, si en definitiva no serán muchos, posiblemente, quienes terminen estando de acuerdo con razones como las presentadas por mí en este debate? Yo sería el más feliz de los mortales si el ejemplo suministrado por mi paciente crítico consigue convencer, ¡sobre todo!, de proceder como M. ATIENZA en lo más importante: que también otros acepten poner la justificación de *sus propias* posiciones «en juego» ante comentaristas muy poco complacientes. Mentiría si me manifiesto como optimista al respecto, pero también es verdad que a veces hasta los buenos ejemplos logran provocar algún que otro eco análogo por ahí.

# ALGUNAS OBSERVACIONES CRÍTICAS AL TRABAJO DE ENRIQUE P. HABA \*

Óscar Sarlo \*\*

*Universidad de la República (Uruguay)*

**RESUMEN.** El autor considera que la crítica que HABA efectúa contra la teoría estándar de la argumentación es acertada «en la mayoría de los casos», pero no tiene en cuenta algunos aspectos relevantes que permitirían atribuirle cierto valor. En particular, SARLO considera la posibilidad de entender esa teoría como un tipo ideal en sentido weberiano; o de partir de la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación para rescatar al menos una cierta dimensión de «racionalidad argumentativa». Por lo demás, SARLO comparte con HABA la posibilidad y conveniencia de «disponer de una teoría de la argumentación en sentido descriptivo/explicativo»; el principal obstáculo epistémico para ello, en su opinión, radica en la «pereza intelectual» de muchos académicos, poco dispuestos a «reflexionar sobre su propia realidad, como demandaría una teoría jurídica sensible a los hechos».

**Palabras clave:** argumentación jurídica, E. P. HABA, M. ATIENZA.

**ABSTRACT.** The author considers that the criticism which HABA directs at the standard theory of argumentation is right «in most cases», but that he does not take into account certain relevant aspects which would then give it a certain value. SARLO particularly considers the possibility of understanding this theory as an ideal type in a Weberian sense; or starting from the distinction between context of discovery and context of justification, in order to rescue at least a certain dimension of «argumentative rationality». Apart from this, SARLO agrees with HABA with regard to the possibility and advisability of «having a theory of argumentation in a descriptive/explanatory sense». In his opinion, the main epistemic obstacle to this lies in the «intellectual laziness» of many academics who are unwilling to «reflect upon their own reality, as is demanded by a legal theory sensitive to the facts»

**Keywords:** legal argumentation, E. P. HABA, M. ATIENZA.

---

\* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

Esta nota tiene su *petit histoire*, que debe ser consignada aquí. El 20 de enero de 2010, mi amigo y colega E. P. HABA me envió —como suele hacer desde hace años— uno de sus largos artículos de largo título de la larga serie crítica que viene desarrollando: «Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación. *Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional*». Ese mismo día le envié unas observaciones críticas muy primarias, que, como suele suceder, Enrique tomó con gran entusiasmo. A partir de allí, se fue tejiendo una trama polémica con M. ATIENZA, en la cual Enrique se las arregló para incluirme. Pero claro, aquellas rápidas líneas e-pistolares, debían «arreglarse un poco» como me pidió Enrique, a los efectos de su eventual inclusión en una sección de *Doxa*. Por consiguiente, éstas siguen siendo unas observaciones críticas dirigidas a Enrique, manteniendo el estilo casi coloquial, con algunos desarrollos más prolijos, y unas mínimas referencias. Ello se justifica porque es sólo un episodio de un intenso intercambio *e-pistolar* que mantenemos con Enrique desde hace más de quince años, originado en los ya lejanos tiempos en que unos admirables cursillos que dictara en Montevideo en 1993 y 1994 me ayudaron a «despertar del sueño dogmático»; cursillos admirables por su erudición, claridad y agudeza crítica, que renovó en su última visita del año 2006. La reelaboración de este comentario sólo se debe a la insistencia de Enrique y a la amable invitación de Manolo para que lo concretase.

\*\* Catedrático de Filosofía y Teoría del Derecho en la Universidad de la República (Uruguay).

## 1. INTRODUCCIÓN

Como recordarás, en mi primer comentario decía que «tu crítica de la llamada “teoría estándar (de la argumentación)” resulta acertada en la mayoría de los casos, pero me parece que desatiende aspectos relevantes que permiten reivindicar cierto valor suyo:

1. No consideras (más que como una hipótesis descartable) la posibilidad de entenderla como un tipo ideal weberiano, en cuyo caso podrías criticarla como mal construida. Arrancas directamente a criticar la intención disimuladora o encubridora, sin considerarla (caridad interpretativa) como tipo ideal.

2. No consideras la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación a propósito de los discursos jurídicos prácticos. Si aceptamos esta distinción, entonces vemos que siempre se exige una fundamentación y que podemos distinguir la calidad de unas argumentaciones, independientemente de cuál sea la intención o la motivación del abogado o juez. Para esa tarea de crítica de la justificación (especialmente en tribunales de alta jerarquía, que se suponen de alta racionalidad) es necesario contar con esquemas racionales para analizarlos críticamente, ¿si no, qué queda? ¿Sólo podremos juzgar intenciones o intereses? Si no rescatamos una cierta dimensión (por más débil que sea) de racionalidad argumentativa para la crítica, entonces la distinción entre derecho y política (o economía) queda desvirtuada».

En lo que sigue desarrollaré un poco más esas observaciones críticas sobre tu crítica a la «teoría estándar de la argumentación» (en adelante: TEA)<sup>1</sup>, sólo para darte la oportunidad de precisar mejor tu crítica, y mantener afilada la espada!<sup>2</sup>.

Según entiendo, tu crítica contra la TEA se concreta en las siguientes afirmaciones:

a) La TEA consiste en «teorizaciones pseudodescriptivas con respecto a los razonamientos jurídicos», aunque reconoce que «no dejan de hacer referencia [...] a ciertos aspectos que efectivamente suelen formar parte de los discursos jurídicos». La TEA examinaría el pensamiento jurídico en su dimensión semántica, desdeñando una dimensión pragmática, que —precisamente— permitiría apreciar que «las realidades psicosociales que en la práctica condicionan, decisivamente, la producción de los discursos desempeñados por los operadores jurídicos», que son «esencialmente retórico-contingente, basados en falacias del Síndrome normativista».

b) La TEA es «una nueva ideología de legitimación para las formas con que el gremio de los juristas desempeña sus discursos [...] en los tribunales [...] tomando el lugar de la forma silogística», aunque reconoces, con todo, que constituye «una caracterización señaladamente menos simplista que la del silogismo judicial».

En lo que sigue, trataré de especificar qué aspectos encuentro criticables de tu ensayo, y por qué.

<sup>1</sup> Esta sigla representa, además, una bella metáfora: bien podría ser que ese emprendimiento teórico (TEA) simbolice la función paradójica de las «teas»: astilla resinosa que, encendida, sirve para iluminar, pero en la misma medida se consume por el fuego.

<sup>2</sup> De aquella nota original dejaré de lado mis observaciones a tu periodización de la obra de PERELMAN, por considerarlo ahora fuera de interés; en su lugar, te remito copia de mi viejo trabajo sobre PERELMAN de 1994.

## 2. EN CUANTO AL *STATUS* EPISTÉMICO DE LA TEA

### 2.1. Sobre la caracterización de la denominada TEA

Como blanco de tu crítica tomas la TEA, según la caracterización que hiciera ATIENZA, en la cual efectivamente parece predominar una concepción basada en los supuestos racional-idealistas de TOULMIN, ALEXI, etc.; en esa constelación de ideas, si bien es cierto que no hay un lugar para trabajos como los de LAUTMANN o SCHEUERLE —según tu conocimiento de estos autores—, cabe reconocer que no se deja de señalar los intereses cognitivos que debería satisfacer una teoría de la argumentación aún por hacerse.

Esto quiere decir que —en puridad— la TEA no pretende —más allá de utilizar la denominación de «teoría»— ser una teoría en sentido explicativo o descriptivo. ATIENZA, en nombre de esa constelación de pensadores, parece fundamentalmente interesado en adoptar un punto de vista crítico o político, más allá de todos los esfuerzos analíticos.

Si así fueran las cosas, entonces pierde sentido tu crítica de la TEA como teoría, pues ésta no pretende —al menos en la perspectiva elegida— ser una teoría científica: no da cuenta o se interesa por la *realidad* sino por la *calidad* de la argumentación. Más aún: la propia TEA niega (punto 5 de la caracterización de ATIENZA) la distinción entre una perspectiva teórica (punto de vista externo) y las propias prácticas profesionales que se quieren teorizar, para abrazar una concepción ideal de la argumentación. De esta manera, tu crítica, al tomar como parámetro tu concepción de una teoría de la argumentación, podría incurrir en una suerte de reduccionismo epistémico.

### 2.2. La TEA como «tipo ideal»

Ahora bien, el hecho que la TEA en la versión dominante se incline por una concepción ideal-racional de la argumentación con fines críticos, no imponía ésa como la única interpretación posible. En efecto, la caracterización que hace ATIENZA de la TEA es suficientemente abierta (comprende una vasta gama de aportes, aunque es cierto, no los realistas que señalas), problematizada (no deja de plantear muchas tensiones internas) y dinámica (la muestra como un programa inacabado) permitiría interpretar que allí están las bases de un tipo ideal en sentido weberiano.

En su lugar, vos partís de una de las posibles interpretaciones de la supuesta «teoría», la que resulta más vulnerable a la crítica. Habrá que esperar hasta el párrafo 9 de tu escrito («Excursus: distintas funciones discursivas de lo ideal») para que nos presentes otras posibles interpretaciones de las propuestas de la TEA. Pues bien, yo pienso que bien podrías haber explorado —como una alternativa igualmente válida y en competencia— el interpretar buena parte de los logros de la TEA como un *tipo ideal* en sentido weberiano.

No estoy improvisando una opinión sobre esto, ya que cuando años atrás estudié la obra de PERELMAN, me planteé su *status* epistémico, y allí llegué a la conclusión que

desde una perspectiva epistémica, la mejor forma de entenderla era como un tipo ideal weberiano<sup>3</sup>. Bajo esta óptica, las elaboraciones englobadas bajo el rótulo de TEA podrían considerarse como aportes a ese tipo ideal.

### 2.3. Sobre el carácter de «racionalización escapista» de la TEA

Es indudable —y vos lo reconoces— que los autores incluidos en la TEA han aportado refinamientos categoriales y refinamientos conceptuales que enriquecen a una teoría de la argumentación. Desde esta perspectiva, las críticas a la TEA resultarían exageradas y no harían justicia a sus aportes positivos.

Yo parto de la base que entendemos las acciones que cumplen los abogados y jueces (juristas en contextos institucionales) como acciones dotadas de sentido, esto es, no son meramente reactivas. El «sentido» aquí significaría —según WEBER— el mentado y subjetivo de los sujetos de la acción, queriendo significar con ello que se trata de acciones comprensibles (de acciones locas o incomprensibles, no nos ocuparíamos). Si no suponemos alguna racionalidad en los actores, pues entonces ya no sólo sería imposible teorizar, sino siquiera hablar de ello.

Como bien sabes, porque sos un estudioso de WEBER, el tipo ideal, se elabora «acentuando unilateralmente uno o varios puntos de vista y encadenando una multitud de fenómenos aislados, difusos y discretos, que se encuentran en gran o pequeño número, y que se ordenan según los precedentes puntos de vista elegidos unilateralmente para formar un cuadro de pensamiento homogéneo». No obstante, «el tipo ideal como tal no tiene que corresponder con ninguna “realidad”: es solamente un instrumento para conocer la realidad».

Como decía WEBER, el tipo ideal designa un conjunto de conceptos que el especialista de las ciencias humanas forma con el único fin de la investigación, es el modo de formar conceptos propios del método histórico o individualizante, el cual tiene por objeto estudiar la realidad y los fenómenos en su singularidad, combinando así los juicios históricos individualizantes y los enunciados generales.

Pero también destaca WEBER que los tipos ideales carecen de validez absoluta, sino que «en razón de la variación inevitable de las ideas de valor rectoras, no puede haber conceptos históricos verdaderamente definitivos, a modo de fin último general, sino que debe admitirse que, teniendo en cuenta que al formarse conceptos ríguosos y unívocos para el punto de vista singular que orienta el trabajo, cabe percibir cada vez claramente los límites de su validez». Esto me permitirá luego formular algunas consideraciones sobre contexto de descubrimiento del modelo.

Viene bien, además, recordar que para WEBER la fijación de «cómo se hubiera desarrollado esa acción de haberse conocido todas las circunstancias y todas las intenciones de los protagonistas y de haberse orientado la elección de los medios —a tenor de los datos de la experiencia considerados por nosotros como existentes— de un

<sup>3</sup> Ó. SARLO, «La teoría de la argumentación o Nueva Retórica de Perelman», en AA.VV., *Hermenéutica y racionalidad*, Montevideo, FCU, 1994, 95.

modo rigurosamente racional con arreglo a fines, es el criterio que hace posible luego la imputación de las desviaciones a las irracionalidades que las condicionan. [...] La construcción de una acción rigurosamente racional con arreglo a fines sirve en estos casos a la sociología —en méritos de su evidente inteligibilidad y, en cuanto racional, de su univocidad— como un tipo (tipo ideal), mediante el cual comprender la acción real, influida por irracionalidades de toda especie (afectos, errores), como una desviación del desarrollo esperado de la acción racional».

Y todavía nos advierte WEBER: «Este procedimiento no debe, pues, interpretarse como un prejuicio racionalista de la sociología, son sólo como un recurso metódico; y mucho menos, por tanto, como si implicara la creencia de un predominio en la vida de lo racional. Pues nada nos dice en lo más mínimo hasta qué punto en la realidad las acciones reales están o no determinadas por consideraciones racionales de fines (no puede negarse la existencia del peligro de interpretaciones racionalistas en lugares inadecuados. Toda experiencia confirma, por desgracia, este aserto)» (*Economía y sociedad*, 7).

Lo que quiero significar es que entendida de esta manera —caridad interpretativa— la teoría de la argumentación constituye (en el caso de PERELMAN) o sienta las bases de (en el caso de la TEA) un tipo ideal de las acciones argumentativas, en especial, las que se cumplen en contextos judiciales.

Sólo a partir de un tipo ideal de ese estilo estamos en condiciones de juzgar críticamente las prácticas argumentativas. ¿Cómo podríamos decir que un juez no justificó el fallo o que su justificación es irracional? O, más aún, ¿cómo podríamos simplemente decir que está argumentando? Si no presuponemos algún ideal de racionalidad, no estaríamos en condiciones de comprender las acciones realizadas, y en especial no estaríamos en condiciones de criticarlas.

#### **2.4. Sobre el carácter racionalizante de la TEA**

Vistas así las cosas, entonces se me aparece claro que tu crítica hubiera sido más productiva si la hubieras centrado no ya sobre el carácter «ideal» de las propuestas, sino sobre las estrategias en conflicto en la base de la teorización de la argumentación jurídica. En efecto, la construcción de un campo teórico —y de los tipos ideales que permitan su manejo— supone adoptar algunas decisiones estratégicas (interés cognoscitivo/valorativo) de carácter pre-teórico. En este sentido, creo que está la disputa más importante para una auténtica teoría de la argumentación y los tipos ideales que permitirían orientarse en su estudio: o suponemos que la racionalidad de la argumentación jurídica gira en torno a criterios de corrección moral (ALEXY y la TEA) o de racionalidad instrumental (eficacia retórica, PERELMAN).

No me voy a detener ahora a discutir este punto, pero me parece que éste debería ser —y parece estar en la base de tu preocupación— el centro de la discusión; pero desde ya quiero señalar que a mi juicio esto no puede resolverse analizando los discursos jurídicos aisladamente, sino en el marco de una teoría institucional del Derecho.

En esta confrontación, tiendo a estar de acuerdo contigo: creo que una auténtica teorización (comenzando por la construcción de un tipo ideal) debería partir de la base que las disputas judiciales no giran en torno a una corrección (o racionalidad) moral abstracta y total, sino en torno al logro de decisiones razonadas, justificadas en términos institucionales, en el marco de una indudable discrecionalidad interpretativa (tópica) de los tribunales. Ésta es la imagen a la cual llega PERELMAN en su *Traité*, y que me parece una buena base de teorización. Pero, más allá de las disputas pre-teóricas del medio europeo, creo que los tipos ideales deben construirse —como recomendaba WEBER— interpretando contextos individuales e históricamente situados. En materia social no podemos universalizar fácilmente.

## 2.5. Sobre el carácter idealizante (pseudodescriptivo o poco pragmático) de la TEA

En tu artículo señalas con insistencia —nunca está de más— la falta de compromiso con los hechos que trasunta la TEA.

Pero, una vez más, hay que ser cuidadoso —y caritativo en términos interpretativos— en la crítica, porque el proceso de teorización no implica necesariamente que el teorizador —incluyendo a quien formula el tipo ideal— se ocupe de realizar investigación empírica: es suficiente que las categorías utilizadas en la teorización sean útiles para «ver» o «distinguir» mejor algunos aspectos de la realidad, que de todas maneras es también —me refiero a «la realidad»— una construcción discursiva, al menos en buena medida.

Pero además, no debe descartarse que en muchos casos los autores de la TEA analizan casos paradigmáticos, para corroborar aspectos de su teoría, al menos, su rendimiento crítico.

Entonces, la crítica me parece exagerada, porque la cuestión sería ésta: ¿la TEA aporta categorías de análisis útiles para escudriñar las prácticas argumentativas en el derecho? Y ello independientemente de que sus autores hayan hecho o no investigación empírica. Personalmente diría decididamente que sí. Muchas de las categorías analíticas aportadas por los argumentativistas son de enorme utilidad para el estudio, la crítica —y hasta para la práctica— de las argumentaciones reales. Al respecto me bastaría con hacer referencia a experiencias personales.

a) En al menos un caso importante y difícil, pude elaborar un argumento novedoso recurriendo a una de las estrategias descritas por PERELMAN para el manejo de la realidad. En ese caso —que ameritó una discusión doctrinaria luego— no me creí que hubiera ganado el juicio «gracias a la teoría de la argumentación» o «gracias a que el tribunal se comportó racionalmente» o por haber aceptado que «se trataba de una cuestión de corrección moral» tal como parece suponer la TEA; nada de eso. Lo único que digo es que en un caso difícil, la teoría de la argumentación me permitió (o facilitó) armar una argumentación que a su vez facilitó al tribunal encontrar una salida justificada, cuando todos los precedentes estaban en contra. Sin esas herramientas teóricas, no me hubiera sido tan sencillo hacerlo. Puedo decir, además, que los demás abogados que actuaban en mi equipo me confesaron que no se les hubiera ocurrido la salida

propuesta. El conocimiento de las teorías y de los tipos ideales sirve, además, para eso: saber cómo funcionan las «conexiones de sentido» entre premisas, para descubrir falacias (o para generarlas hábilmente) en la práctica, etcétera.

b) Puedo decir, además, que la teoría de la argumentación me ha permitido realizar críticas de jurisprudencia de un nivel más sofisticado que el habitual en la dogmática. Mostrar unas premisas ocultas, o una contradicción en las premisas, etc., es un arma formidable, a condición de que exista un auditorio que valore y comprenda la racionalidad argumental. Es obvio que no siempre ello se da en la realidad, pero en el *long term*, comportarse irracionalmente tiene también sus costos. Criticar la racionalidad de unos fallos importantes no significa que *de hecho* y siempre los tribunales puedan ser total y absolutamente racionales, pero ésa es una de las maneras de hablar intersubjetivamente sobre cuestiones debatibles.

c) Finalmente una experiencia en el campo de la investigación académica. Entre los años 2006-2007 se desarrolló en mi Facultad un proyecto de investigación denominado «Análisis sobre la racionalidad técnica y argumentativa del discurso parlamentario en torno al tema de la despenalización del aborto»<sup>4</sup>, en el cual actué como consultor y para ello recomendé utilizar como categorías para el análisis de contenido, algunas extraídas de la teoría de ALEXY, entre otras. Ello permitiría «observar» cuáles eran los intereses en juego, las ideologías dominantes, las irracionalidades que afloran aquí y allá, etc. Sin esas herramientas teóricas, el análisis de los debates parlamentarios no habrían pasado de un relato de las discusiones, hubiera sido sencillamente imposible extraer conclusiones más ilustrativas, bajo el supuesto —claro— de que existe un modelo racional de comportamiento argumental.

### 3. ALGUNAS «FALACIAS DE GENERALIZACIÓN» EN LA CRÍTICA

Sin entrar en detalles, estimo que tu crítica incurre en generalizaciones falaciosas, que creo poder señalar en varios sentidos.

#### 3.1. No distingue, o destaca debidamente, los logros analíticos de la TEA

En efecto, la TEA comprende muchas cosas: una cierta concepción de la racionalidad práctica, una cierta idea del derecho, unos criterios de corrección, etc. Pero también contiene o aporta una serie de categorías analíticas que pueden resultar de gran interés teórico, y que son relativamente independientes o independizables de aquellos supuestos básicos de la TEA. Esto vos mismo lo reconoces, «en letra chica», digamos.

Para mencionar sólo un ejemplo: la distinción entre justificación interna y justificación externa (en cualesquiera de sus versiones) permite comprender mejor la distinción entre casos fáciles y casos difíciles. Y por ahí, podemos tener una guía sensata para saber cómo (o criticar cuando) se argumenta en dichos casos. Por ejemplo, podríamos

---

<sup>4</sup> Proyecto financiado por la Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC) de la Universidad de la República, Alicia Castro (responsable), y equipo integrado por Gonzalo Calviño, Marcela Vigna y Constanza Farfalla, finalizado en marzo de 2007.

encontrar ridículo que para rechazar la registración de un instrumento notarial o impugnar una multa por cruzar un semáforo en rojo (actos básicamente técnicos), un abogado invocase el derecho natural o argumentase moralmente. Que los jueces tomen esto en cuenta o no, no invalida la herramienta analítica si queremos orientarnos acerca de cómo argumentar o criticar a quienes lo hacen de manera poco racional. La distinción entre casos fáciles y difíciles puede basarse en razones estructurales, morales o lingüísticas, pero no cabe duda que —empíricamente— los sistemas jurídicos funcionan gracias a que «de hecho» sus operadores tienen presente o intuyen todo el tiempo esas dos categorías. Y por lo tanto, toda herramienta conceptual que nos permita orientar esa distinción, es teóricamente relevante, independientemente que sea utilizada conscientemente en la práctica.

### 3.2. No distingue entre los diversos contextos prácticos de la argumentación

Al postular radicalmente la inutilidad o falsedad de la TEA, no tomas en consideración las diferencias relevantes que —a mi juicio— existen entre las prácticas judiciales de los distintos tribunales. En otras palabras: ¿es igual la «realidad» forense de un tribunal rural en Uruguay o Perú, que un tribunal constitucional europeo o la Corte de La Haya? O sea: ¿existe la misma distancia epistémica (grado de correspondencia) entre la TEA (en su dimensión representativa) y esas prácticas judiciales?

Me parece que tu crítica no repara en esa diferente racionalidad que creo se da en los extremos de la larga gama de tribunales que hoy existen en el mundo.

Si hemos de dar razón a la teoría de la racionalidad en general (que vos mismo has desarrollado con erudición y claridad) o a la teoría de la argumentación de PERELMAN en particular, es claro que la racionalidad de los argumentos es una variable dependiente del grado de intersubjetividad que exista en la comunidad argumentativa o al menos en el auditorio. En este sentido, entonces, se impondría reconocer que existen auditorios dotados de una racionalidad alta<sup>5</sup>. Como seguramente recordarás, el propio WEBER señalaba que la «racionalidad» de los cálculos matemáticos descansan en «hábitos mentales» (*Economía y sociedad*, 6). Por consiguiente, no es descabellado pensar —más bien ésa es la evidencia— que existen ámbitos institucionales integrados por personas con un alto entrenamiento y propensión a reaccionar ante argumentos bien hechos.

El origen de esta falacia se origina —a mi modo de ver— en que no hayas tomado en consideración el contexto de descubrimiento de la TEA<sup>6</sup>; ésta se produce en —y está motivada por— el contexto de actuación de los tribunales constitucionales europeos, y en especial la Corte Constitucional alemana, que ALEXY toma como laboratorio

<sup>5</sup> Entendiendo por tal cosa, por ejemplo: cuerpos de expertos (abogados y magistrados) con un alto consenso o acuerdo intersubjetivo acerca de la conceptualización de los hechos (uso del lenguaje descriptivo) o los criterios de validez normativo (regla de reconocimiento), y sensibles a las conexiones de sentido semántico entre premisas formuladas lingüísticamente.

<sup>6</sup> Te aclaro que aquí utilizo la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en el sentido propio en que se utiliza en epistemología, y no en el sentido análogo en que lo hace la propia TEA. Aquí sólo quiero distinguir entre las motivaciones y circunstancias contextuales e históricas que explican la formulación de una TEA *qua* teoría.

experimental. Estos tribunales están integrados por jueces de una alta racionalidad, que son capaces de desarrollar argumentaciones con pretensiones de racionalidad muy completa o mucho más completa de lo que podría o estaría en condiciones de hacer —o podría exigírsele a— un tribunal ordinario, sin preparación y acuciado por cientos de expedientes, como ocurre en Latinoamérica, sin ir más lejos.

Por cierto que comparto las críticas en cuanto al efecto enmascarador o ilusionista que cumple la TEA en contextos ajenos al que le dio origen, pero, en ese caso, la responsabilidad, ¿es de los autores o de los difusores y receptores que descontextualizan la TEA? Pienso que esto demandaría un estudio más detenido para poder juzgar con evidencias más sólidas.

### 3.3. No mira el problema en una perspectiva histórica

Encuentro que tu crítica radical no toma en cuenta la dialéctica o interacción histórica que puede existir entre unos modelos ideales (incluso normativos) y las prácticas correspondientes.

Aún si tomamos en consideración la dimensión pragmáticamente normativa o encomiástica (en su «peor» versión) de la TEA, de lo cual sin duda algo tiene, tu crítica incurre en la falacia de aislar a la TEA de una perspectiva histórica<sup>7</sup>. Ejemplificando: podemos estar de acuerdo en que los principios y derechos fundamentales proclamados en 1789 o todavía en 1948 eran fantasiosos o idealistas, pero ¿podemos afirmar tajantemente que no provocaron ningún resultado virtuoso en el devenir histórico?

Entonces: ¿Podemos afirmar *sic et simpliciter* que la «ideología racionalista» no tendrá consecuencias racionalizantes en las prácticas judiciales? Para esto, nuevamente, me parece que es necesario moverse con prudencia, y realizar investigaciones empíricas, debidamente contextualizadas, tomando series históricas largas, comparando prácticas de distintas épocas, etcétera.

De un modo intuitivo, tiendo a creer que la humanidad ha evolucionado en el sentido de una *judicialización del mundo de la vida*, y que en ese marco, las prácticas judiciales han evolucionado sensiblemente. Pienso que la aparición de un nuevo tipo de jurisdicción de alta racionalidad —la jurisdicción internacional, la comunitaria y la constitucional— integrada con expertos de gran jerarquía académica, dotados de un estatuto que garantiza un grado de independencia inimaginable en épocas anteriores, o actualmente en contextos ordinarios, muestran una evolución nada desdeñable en lo que vos llamas «la realidad». Pensar que la realidad judicial anterior a la II Guerra Mundial era igual o mejor que la actual, me parece que es no registrar un cambio significativo. Y si estuviéramos de acuerdo en ello, no cabría negar la posibilidad de que esa

---

<sup>7</sup> Viene a mi mente la opinión de un racionalista como POPPER, quien admitía que inclusive las teorías filosóficas, aparentemente irrefutables o dogmáticas, podían someterse a un examen crítico desde la racionalidad falsacionista, preguntándose si sus consecuencias prácticas eran beneficiosas o no (*Conjeturas y refutaciones*, Paidós, 1983, 63 y 244). Por consiguiente, no basta con señalar el carácter idealista o dogmático de una concepción, sino que cabría discutir —mediante evidencia empírica— su inutilidad o perversidad práctica para el conocimiento o el progreso de una determinada ciencia.

evolución se profundizase. Es más: cabría pensar que una teoría de la argumentación bien administrada haya tenido que ver y pueda seguir incidiendo en esa evolución.

El problema, en tal caso, se trasladaría a otra cuestión: la racionalización que promociona la TEA (situación ideal de habla o diálogo libre de presiones), ¿es deseable o no?, ¿podemos avanzar sensiblemente hacia ella o no?, ¿es sustentable o no?, ¿avanzaría mejor por la vía de meras idealizaciones o requiere de más investigación empírica? lo cual ya es otro tema, que no discutes y que tampoco yo lo haré ahora.

#### 4. CONCLUSIÓN

He procurado —no sin esfuerzo— encontrar puntos poco claros, insuficientes o poco justificados en tu crítica, con la esperanza que ello te permita fortalecer tu argumentación.

Al igual que vos, pienso que es posible y conveniente disponer de una teoría de la argumentación en sentido descriptivo/explicativo. Para ello precisamos construir un tipo ideal, que sólo podrá partir de una comprensión convincente de las prácticas reales.

En ese camino, creo que hay mucho camino hecho y aportes valiosísimos en la TEA, pero el gran obstáculo epistémico viene siendo —creo— la pereza intelectual de muchos académicos, más prestos a repetir modelos europeos acríticamente, que reflexionar sobre su propia realidad, como demandaría una teoría jurídica sensible a los hechos.

# PARA ACUDIR A LA TEA COMO «MAL MENOR» (Puntualizaciones en torno al comentario de Óscar Sarlo) \*

Enrique P. Haba

*Universidad de Costa Rica*

**RESUMEN.** En relación con el comentario de Ó. SARLO, «Algunas observaciones críticas...», la presente respuesta acepta que la mayor parte de ellas son acertadas, pero haciendo notar que no están en contraposición (aunque su propio autor pareciera pensar que varias sí) con lo sostenido en el estudio «Razones para no creer...». No obstante, se hace ver también unas confusiones centrales que forman parte sustancial aun de tales «observaciones»: 1) A dicho estudio se le imputa una posición de lo más absurda, desconocer que hay también «modelos ideales» con efectos prácticos; ello a pesar de que en ese mismo estudio se encuentra subrayado, a texto expreso, justamente lo contrario de tal suposición. 2) Se cae en unas no-diferenciaciones, despistadoras, emergentes de dos confusiones «categoriales» básicas: a) indistinciones entre unos ideales (como los del tipo «estándar») y la realidad (jurídica); b) indistinciones entre utilidad y verdad. En cuanto a que unos estudios de la TEA puedan brindar ciertas indicaciones que ocasionalmente resulten «útiles» para argumentar en los tribunales: aquí se reconoce que esa corriente doctrinaria, a pesar de ser esencialmente reduccionista y no poco disimuladora, contiene también importantes exámenes en donde se llama la atención sobre ciertos aspectos de superficie de la discursividad jurídica que bien merecen ser tomados en cuenta. De ahí que la TEA venga a constituir un «mal menor» para el pensamiento jurídico. No sólo lo es en comparación con la dogmática jurídica profesional corriente, sino también frente a la mayor parte de cuanto en los últimos tiempos se viene publicando para la disciplina Teoría del Derecho.

**Palabras clave:** teoría «estándar» de la argumentación (TEA), confusiones «categoriales», «utilidad», verdad, modelos ideales.

**ABSTRACT.** In relation to Ó. SARLO's commentary, «Some critical observations...», this answer accepts that the majority of these observations are right, but draws attention to the fact that they do not contradict what is held in the study «Reasons not to Believe...» (although the author himself appeared to think a number of them did). However, some unclear concepts which still constitute a substantial part of such «observations» can be found: 1) «Reasons not to Believe» is considered to take an extraordinarily absurd position, namely that it ignores the fact that there are also «ideal models» with practical effects; this is the case despite the fact that in the study itself it is explicitly underlined that precisely the opposite is true. 2) In SARLO's «observations» there are misleading non-differentiations, which originate in two basic «categorical» unclear concepts: a) a lack of distinction between ideals (like those of the «standard») and (legal) reality; b) a lack of distinction between utility and truth. In reference to the fact that studies on STA can provide certain indications which occasionally turn out to be «useful» when arguing in court: here, what is acknowledged is that this line of thought, despite being essentially reductionist and rather unclear, also contains significant studies in which attention is drawn to certain superficial aspects of legal discourse which are well worth taking into account. As a result the STA constitutes a «lesser evil» for legal thought. This is not only the case compared to the professional legal dogmatics of today, but also with respect to most of what has recently been published in the field of Theory of law.

**Keywords:** «standard» theory of argumentation (STA), category-mistakes, «utility», truth, ideal models.

---

\* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

«... sobre todo, corresponde distinguir de la manera más nítida posible la interpretación del derecho que efectúe la ciencia jurídica y la interpretación realizada por órganos jurídicos [jueces, administración, etc.]».

KELSEN

Agradezco muy especialmente a mi amigo, Ó. SARLO, sus enriquecedoras observaciones. Yo diría (pero tal vez no es la opinión de él mismo) que no se hallan en contraposición, propiamente, con lo señalado en mi estudio básico<sup>1</sup>. Según veo eso yo, casi todas ellas aportan más bien unos ángulos de enfoque complementarios con respecto a lo mío. Creo que la diferencia fundamental reside en que mis propias anotaciones se ubican sobre todo en un plano crítico-*descriptivo*, mientras las suyas se preguntan principalmente sobre la *utilidad* que la «teoría estándar de la argumentación» (TEA) pueda revestir para los razonamientos en la práctica jurídica. Es verdad que no he dejado de referirme también a esto último, hasta aludo a ello como acotación dentro del título general de dicho estudio («... inocuidad...»). Empero, si bien se mira, lo señalo apenas como una consecuencia secundaria de todo lo demás explicado allí. Hasta podría ser que eso último no fuera del todo exacto, sobre todo si se introducen ciertas precisiones en cuanto a lo de «utilidad» (o «ayudar» a «mejorar», como dice ATIENZA: *cfr.* HABA-3: II.5), pero aun así quedaría en pie la pregunta principal en cuanto a la *mayor parte* de lo señalado por mí: en cuanto a *esto* mismo, lo descriptivo, ¿qué habría de *no-verdad* en mis afirmaciones?

Mucho de lo planteado por SARLO tiene su respuesta dentro de mis puntualizaciones sobre el segundo comentario de ATIENZA. Me parece que los principales errores de mi compatriota, o al menos se trata de unas no-diferenciaciones que resultan engañosas, emergen de dos confusiones «categoriales» básicas: *a*) indistinciones entre unos ideales (como los del tipo «estándar») y la realidad (jurídica); *b*) indistinciones entre utilidad y verdad. No me cabe la menor duda de que SARLO no ignora estas elementales distinciones; sólo que, al parecer, se le ha pasado por alto tenerlas presentes al escribir ese comentario.

Seguiré el mismo orden del escrito de SARLO, así el lector podrá fácilmente ubicar los pasajes a que me refero; pero mis subtítulos tienen diferencias con respecto a los colocados por él y las cursivas en las transcripciones van siempre por mi cuenta (salvo advertencia en contrario).

## 1.

¿La TEA es un «tipo ideal»? Voy a pasar por encima de esta pregunta, ella me demandaría entrar en precisiones que puedo obviar aquí. Sea o no que a la TEA se la considere ubicable bajo dicha categoría, a mi juicio la pregunta más importante es qué papel desempeñe aquella *realmente*.

<sup>1</sup> HABA-1 («Razones para no creer...»). Voy a utilizar las mismas abreviaturas indicadas en la n. 3 de «Avatares de lo “racional” y lo “razonable”...»; este último estudio lo identificaré como HABA-3.

Dice SARLO: «... siempre se exige una *fundamentación* y que podemos distinguir la *calidad* de unas argumentaciones ... es necesario contar con esquemas racionales para analizarlos críticamente [a los discursos jurídicos] ...». Nunca he sostenido lo contrario, antes bien he enfatizado tal cosa en distintos contextos<sup>2</sup>. Eso sí, yo subrayo que no es correcto asimilar sin más las elucidaciones «críticas» en Teoría del Derecho (metalenguaje) con los razonamientos que son operantes en los razonamientos judiciales mismos (lenguaje-objeto)<sup>3</sup>. No es imposible que algunas de aquellas elucidaciones lleguen a tener alguna influencia en algunos de estos últimos; mas esto no puede darse por descontado, ni mucho menos.

## 2.

### 2.1. Caracterización de la TEA

Dice SARLO: «... la TEA ... no pretende ... ser una teoría científica: no da cuenta o se interesa por la *realidad* sino por la *calidad* de la argumentación». □ Como por «teoría científica» se pueden entender discursos muy diversos, no haré hincapié en esa calificación—. Ahora bien, ¿es verdad que dicha teoría se *desinteresa* de la «realidad» y se interesa solamente —o, en todo caso, *muy* principalmente— por la «calidad de la argumentación»? Desde luego, ¡es justamente eso [«... se *desinteresa*...»] lo que he insistido en subrayar yo, una y otra vez! Quienes se vuelcan, por su propio lado, en hacer por DISIMULAR tal diferencia, ¡fundamental!, son justamente los autores de tales teorizaciones. ¿Dónde y cuándo se ha visto que uno de ellos comience sus conferencias haciendo la advertencia siguiente más o menos?: «Vean, señoras y señores, no se les vaya a ocurrir pensar que vengo a hablarles de qué pasa realmente en los tribunales. Yo me ocupo de otras cosas: de lo que se trata, para mí, es de exhibir ciertos criterios para apreciar «críticamente» si son o no son *recomendables* unos tipos de argumentaciones. Esto es para cuando alguno de ustedes tenga ganas de seguir estos nobles consejos, o simplemente de curiosear sobre si razonan o no razonan así unos colegas...». [Acotación. SARLO menciona el «punto cinco de la caracterización de ATIENZA». Pero recuérdese que yo no entiendo ocuparme sino, *específicamente*, de los rasgos subrayados por mí (uno de los cuales, ¡nada menos que el principal!, es precisamente el omitido por ATIENZA)<sup>4</sup>. Los demás rasgos, así ese «punto cinco», no afectan a lo señalado por mí, salvo en cuanto lo contradijeren propiamente; además, recuérdese que el propio ATIENZA señala que esos autores *no* comparten necesariamente la totalidad de dichos rasgos.]

### 2.2. TEA como «tipo ideal»

Dice SARLO: «... pienso que bien podrías haber explorado ... el interpretar los logros de la TEA como un *tipo ideal* en sentido weberiano» [curs. del autor]. Sí, tal vez podría

<sup>2</sup> Cfr., p. ej., mi *Metodología jurídica irreverente* [ref. como (2006a) en la bibliografía ubicada al final de HABA-1]: esp. secs. A (Tesis 11), B.I, C y D.

<sup>3</sup> Cfr. HABA-3, II.1.ii.

<sup>4</sup> Cfr. HABA-1, § 2.

haberlo hecho; mas no veo en qué ello habría invalidado la pertinencia de mi *descripción* de la TEA así como ella *es* (aunque no, tal vez, como ella podría o debería ser).

### 2.3. «Sentido», «ideal de racionalidad»

Dice SARLO: «Yo parto de la base de que entendemos las acciones que cumplen los abogados y jueces ... como acciones dotadas de *sentido*...». ¡Jamás he dicho lo contrario!<sup>5</sup>

Agrega: «Sólo a partir de un tipo ideal ... estamos en condiciones de juzgar críticamente las prácticas argumentativas. Si no presuponemos algún *ideal* de racionalidad, no estaríamos en condiciones de *comprender* las acciones realizadas, y en especial no estaríamos en condiciones de *criticarlas*». Siempre dejando de lado el examinar lo de la calificación como «tipo ideal», esta puntualización señala, con otras palabras, lo que básicamente he insistido en subrayar yo también: el papel no menos inevitable que decisivo de *ideales*, sean cuales fueren, en los razonamientos jurídicos<sup>6</sup>. Eso sí, «comprender» y «criticar» son dos niveles diferentes; puede crear confusión no distinguirlos entre sí, dependiendo de *qué* se quiera hacer notar.

### 2.4. Las «decisiones razonadas» lo son «en términos institucionales»

Dice SARLO: «... creo que una auténtica teorización (comenzando por la construcción de un tipo ideal) debería partir de la base que las disputas judiciales no giran en torno a una corrección (o racionalidad) moral *abstracta* y total, sino en torno al logro de decisiones razonadas, justificadas en términos *institucionales*, en el marco de una indudable *discrecionalidad* interpretativa (tópica) de los tribunales. Ésta es la imagen a la cual llega PERELMAN en su *Traité*, y que me parece una buena base de teorización. (...) En materia social no podemos *universalizar* fácilmente». ¡Estoy completamente de acuerdo! Por eso mismo es que, al oponer la posibilidad de una teoría *realista* sobre la argumentación jurídica a las teorías «estándar» acerca de ésta, señalé justamente que PERELMAN I (*Traité*), a diferencia de PERELMAN II (*Logique juridique. Nouvelle rhétorique*), debiera servir como una fuente de inspiración para aquélla<sup>7</sup>.

### 2.5 [a]. «Utilidad» de la teorización (y la TEA como «mal menor»)

Dice SARLO: «... el proceso de teorización no implica necesariamente que el teorizador —incluyendo a quien formula el tipo ideal— se ocupe de realizar investigación *empírica*: es suficiente que las categorías utilizadas en la teorización sean útiles para «ver» o «distinguir» mejor [¿o peor?] algunos aspectos de la realidad...». También con eso estoy muy de acuerdo<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. HABA-3, III.1.

<sup>6</sup> Cfr. HABA-1, § 9.

<sup>7</sup> Cfr. HABA-1, § 1.

<sup>8</sup> Cfr. HABA-3, II.6.

Agrega SARLO: «Entonces, la crítica me parece exagerada, porque la cuestión sería ésta: ¿la TEA aporta categorías de análisis *útiles* para escudriñar las prácticas argumentativas en el derecho? (...) Muchas de las categorías analíticas aportadas por los argumentativistas son de enorme utilidad para el estudio, la crítica —y hasta para la práctica— de las argumentaciones reales. Al respecto me bastaría con hacer referencia a experiencias personales ...». Sobre este asunto, el de la «utilidad», las básicas precisiones indispensables están en mi segunda respuesta a ATIENZA<sup>9</sup>. Incluso, allí mismo señalo *expresamente* que aun las teorías «estándar» pueden desempeñar eventualmente algún papel de orientación en el seno de los razonamientos jurídicos: «... pueden conseguir dirigir la atención hacia ciertos aspectos *semánticos* que tienen su *importancia...*»<sup>10</sup>. Eso sí, yo no disimulo para nada el carácter tan *reduccionista* que tiene semejante «utilidad», restringida a unos aspectos simplemente *semántico*-«razonabilistas», aun en caso de haberla; por eso le he contrapuesto otro tipo de aproximación, consecuentemente *realista*, eso que he llamado «modelo de cuatro pasos»<sup>11</sup>. Esta aproximación no tiene por qué prescindir de ninguna eventual «utilidad» que de modo efectivo puedan llegar a tener unas indicaciones suministradas por teorías «estándar», pero va sensiblemente *más allá*<sup>12</sup> de cuanto permita «ver» el mero racio-semanticismo propio de estas últimas.

Teniendo en cuenta estas puntualizaciones, las «experiencias personales» que señala SARLO u otras similares no tienen por qué extrañarme; tampoco veo en qué contradigan a las tesis expuestas por mí. Yo mismo he subrayado, en otros sitios, que no cualquier dogmática jurídica viene a ser más o menos «la misma cosa»<sup>13</sup>. Mi posición no podría ser más neta al respecto: en todo cuanto las teorías «estándar» puedan *efectivamente* ayudar, ¡bienvenidas sean! No creo que la medida de tal posibilidad suele ser elevada ni frecuente<sup>14</sup>, pero también es cierto que, después de todo, más vale poco que nada. Desde tal punto de vista, bien puede decirse que las aproximaciones «estándar» vienen a ser como un «mal menor» para el pensamiento jurídico profesional (*infra*: 2.5.b). Eso sí, aun la existencia de tales «ayudas» —si se dan— no quita que, como conocimiento, esas teorías sean esencialmente disimuladoras y encogedoras (reduccionismo) del pensamiento jurídico<sup>15</sup>.

De una u otra manera, lo cierto es que como *conocimiento* de las efectivas dinámicas semántico-pragmáticas de los discursos jurídicos, dichas teorías son muchísimo menos reveladoras que los estudios al respecto presentados por autores realistas. Asimismo, aun los alcances *prácticos* de ellas no suelen ser capaces —por dicho reduccionismo y

<sup>9</sup> Cfr. HABA-3, esp. II.4-6 y IV.2.

<sup>10</sup> Cfr. HABA-3, II.6, esp. a la altura de la n. 47 y hasta el final de dicho numeral; también más adelante, a la altura de las nn. 60 a 62.

<sup>11</sup> Para los efectos de mera comprensión de la dinámica «racional» de los *topoi* que se «juegan» en el «marco» (KELSEN) establecido por el «primer paso» de dicho modelo, allí donde tienen reservado su papel también unas pautas semánticas como aquellas de que se ocupan las teorizaciones «estándar», pienso que sería mucho más iluminador referir tales pautas a unos esquemas de «Autoridades» como los que he explicado en otros sitios [cfr. el estudio señalado como (1994) en la bibliografía ubicada al final de HABA-1 y mis trabajos precedentes al respecto indicados en aquel mismo].

<sup>12</sup> Cfr. HABA-3, IV.

<sup>13</sup> Cfr. *Metodología...* (ref. *supra*: n. 2): sec. A, Tesis 11 (esp. a la altura de la n. 35).

<sup>14</sup> Cfr. HABA-3, II.5.

<sup>15</sup> Cfr., HABA-1, sec. III y § 10; HABA-3, IV.2.

también por la vaguedad de sus conceptos fundamentales («razonable», etc.)— de llamar a intervenir ciertos conocimientos científico-*empíricos* como los demandados por procedimientos realistas (p. ej., en el modelo de «cuatro pasos»). Pero, así y todo, unas indicaciones suministradas por teorías «estándar» pueden resultar más aclaradoras, en tales o cuales aspectos, que ciertos artificios «celestiales» de la dogmática jurídica corriente, como también que unas formulaciones del discurso jurídico carentes de todo respaldo analítico [p. ej.: una «ponderación» de principios constitucionales sometida a los requisitos que señala ALEXY puede resultar no tan «caprichosa» —a pesar de lo disimuladora (*infra*: a la altura de la n. 22)—, y hasta ser un tanto realista, a diferencia de cuando los jueces aplican alguna jerarquía entre principios jurídicos sin someterla a ningún esfuerzo de análisis propiamente dichos].

## 2.5 [b]. Variedad de auditorios (y la TEA como «mal menor»)

Dice SARLO: «La teoría de la argumentación ... es un arma formidable, a condición de que exista un auditorio que valore y comprenda la racionalidad argumental». Pues sí, ¡ahí está la madre del borrego! Aunque lo de «formidable» me parece bastante exagerado, de cualquier manera es muy cierto que la acogida que pueda tener cualquier teoría depende siempre de *cómo* esté conformada la mentalidad de los auditores. El auditorio en que piensa SARLO sería, al parecer, uno constituido por juristas profesionales prácticos, principalmente los jueces. En este caso se aplica, pues, lo que he señalado un poco más atrás (a la altura de la n. 13), en cuanto a que ello depende del «nivel» que tenga la formación intelectual dominante entre los juristas del país en cuestión; sobre todo, a qué grado de *exigencia* en tal sentido hayan sido sometidos allí en las Facultades de Derecho. Si esa formación es «chambona», como sucede en no pocos países, ahí la «cabeza» de los jueces no dará para razonamientos que puedan exigirles algún esfuerzo mental por encima de correr por unos trillos suyos cotidianos. Entonces es probable que no puedan «entrarles» ni siquiera unos moldes argumentativos como los presentados por tales o cuales teorías «estándar», a pesar de que, al fin de cuentas, éstas no suelen poner en jaque los pilares básicos del normativismo jurídico. Empero, justamente por «hacer la vista gorda» con respecto a esos pilares mismos (Síndrome normativista y demás), sí es posible que unas «pistas» argumentativas sugeridas por dichas teorías logren convencer a jueces con formación dogmático-jurídica exigente.

También es cierto que tendrían muchísimo menos posibilidades de ser acogidos, aun por jueces como esos últimos, los planteamientos integralmente jurídico-realistas; o sea, unas razones no complacientes con ningún *sacrificium intellectus* (reduccionismo, un «justo» no-callar-pero-callar)<sup>16</sup> como estos que las teorías «estándar» comparten con el auditorio-juristas en general. De ahí que, por ejemplo, una propuesta de modelo analítico-realista como el procedimiento de «cuatro pasos», desde luego no tiene, ni remotamente, la posibilidad de ser visto allí con buenos ojos, salvo por jueces de lo más excepcionales<sup>17</sup>. En efecto, ni siquiera aquellos jueces a quienes están en condiciones de convencer ciertas razones como esas de factura «estándar» empleadas por SARLO, u

<sup>16</sup> Cfr. HABA-3, esp. los dos párrafos que siguen a la n. 42.

<sup>17</sup> Cfr. HABA-3, II.5, esp. a continuación de la n. 33.

otras de similar especie y proveniencia, muy probablemente tampoco ellos serían, en su abrumadora mayoría, «un auditorio que *valore y comprenda* la racionalidad argumental» en caso de que ésta fuese integralmente realista. Yo sería otro *wishful thinker* más, si no lisa y llanamente un mentiroso, de no estar dispuesto a reconocer ese hecho general correspondiente a la naturaleza *política* del derecho (*cfr.* KELSEN)<sup>18</sup>. Y por esto mismo, atento a que la TEA no pone para nada en jaque los mitos básicos promovidos por *tal* naturaleza, es que sus teorizaciones constituyen, a diferencia de todo programa realista para los discursos jurídicos, un «mal menor» que puede resultar compatible con los hábitos mentales básicos de la profesión jurídica<sup>19</sup>.

### 3.

#### 3.1. Sobre «logros analíticos de la TEA»

Sería no poco asombroso si en los cientos de páginas publicadas por los teóricos «estándar» no hubiera ideas acertadas, o hasta muy acertadas; y éstas son muchísimas más, desde luego, que las destacadas aquí por SARLO. No veo cómo a alguien, con dos dedos de frente, se le podría ocurrir negarlo. Por supuesto, yo mismo me he adelantado a reconocer eso desde el primer instante: *cfr.* HABA-1 *in limine* (donde incluso se subraya, a modo de conclusión general: «dichas teorías pecan no tanto por todas las cosas que DICEN... ¡sino sobre todo por lo que NO dicen!»). Reitero: la TEA puede ocasionalmente servir como «mal menor».

#### 3.2. Hay tribunales y tribunales...

Dice SARLO: «... no tomás en consideración las *diferencias* relevantes que —a mi juicio— existen entre las prácticas judiciales de los distintos tribunales». Es verdad que no he hecho tal aclaración, y hubiera correspondido hacerla. También es cierto que, por lo mismo, a tal respecto es aplicable lo ya señalado en cuanto a posibles diferencias entre unos y otros auditorios judiciales (*supra*: tercer párrafo de 2.5.a).

Así y todo, aun sin negar ni tampoco menospreciar la enorme importancia que pueden llegar a tener dichas diferencias, no creo que mis «críticas en cuanto al efecto enmascarador o ilusionista que cumple la TEA» sean aplicables exclusivamente «en contextos *ajenos* al que le dio origen» (dice SARLO). Reconozco que en muchos de esos países «ajenos», los *niveles* de «racionalidad»<sup>20</sup> (o «razonabilidad», si se prefiere llamarle así) de sus discursos judiciales se hallan muy por debajo de «los tribunales

<sup>18</sup> *Cfr.* HABA-3, II.5, esp. a la altura de la n. 40.

<sup>19</sup> También a este respecto cabe, pues, lo que en otro sitio he señalado a propósito específicamente de los discursos jurídicos sobre «derechos humanos». *Cfr.* E. P. HABA, 2008, «El lenguaje de los derechos humanos como un “mal menor” (Anotaciones complementarias sobre la “practicidad”, extracientífica, de los discursos con que se reclaman esos derechos)»; *Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II. *Teoría y metodología del derecho*, Madrid, 607-628, esp. § V. Versión revisada en *Criterio Jurídico*, vol. 8, núm. 2, Cali (Colombia), diciembre 2008, 25-44, (pdf: [http://criteriojuridico.puj.edu.co/publicaciones.php?seleccion=ver\\_publicacion&id\\_publicaciones=15](http://criteriojuridico.puj.edu.co/publicaciones.php?seleccion=ver_publicacion&id_publicaciones=15)). *Vid.* también HABA-3, a la altura de las ns. 55 y 56.

<sup>20</sup> No tengo inconveniente en aceptar la definición que SARLO presenta en su n. 6.

constitucionales europeos, y en especial de la Corte Constitucional alemana» que SARLO, siguiendo a ALEXY, indica como modelos por excelencia. Pero ¿qué se entiende demostrar con eso? ¿Será que ALEXY y Cía. formularán palmariamente la advertencia que lo de la teoría «estándar» es aplicable *solamente* a esos mismos tribunales, o en todo caso también a unos pocos más que tal vez se parezcan a aquéllos? Supongo que SARLO no contestaría afirmativamente a esta pregunta, y por supuesto se cuidan mucho de hacerlo esos autores mismos (por algo es que ni ALEXY ni ninguno de sus seguidores chistan palabra sobre lo demostrado por otros autores alemanes para Alemania justamente)<sup>21</sup>. Pero si lo que SARLO quiere decir, es que esto constituye un ideal y que es *aconsejable* aplicarlo cada vez que se pueda (en la medida en que se pueda), y que se conocen casos en que ha sucedido así aun fuera de dichos tribunales...: nuevamente, ¿dónde y cuándo he negado tal cosa? Ya lo dije: «... en todo cuanto las teorías “estándar” puedan *efectivamente* ayudar, ¡bienvenidas sean!» (*supra*: 2.5.a). En *qué* «ayuden» en cada caso, y *qué* disimulen allí mismo, se contesta caso por caso. [Pues sí, en Alemania se ha dado todo aquello sobre lo que ALEXY hace *mutis por el foro*. ¿Será que en los últimos tiempos no ocurre ya o no se presenta sino en raras excepciones? Que yo sepa, ningún partidario de ALEXY ha osado plantearle a él mismo tal pregunta. Por lo demás, asimismo no deja de ser bien sintomático que el *cálculo* presentado por ALEXY como fórmula para la «ponderación» de principios no constituye sino una “pseudoobjetividad”<sup>22</sup>, es un nuevo expediente de la «*ficción* para mantener el ideal de la seguridad jurídica» (KELSEN)<sup>23</sup>.]

### 3.3. Interacción entre ideales y práctica

Dice SARLO: «... tu crítica radical no toma en cuenta la dialéctica o interacción *histórica* que puede existir entre unos modelos ideales (incluso normativos) y las prácticas correspondientes». Así SARLO está dando por supuesto que mis planteamientos conllevan, en todo caso implícitamente, unas tesis como las dos siguientes: *a*) que en general las ideas racionalistas, incluidos (agrego yo) unos ideales humanistas, *no* serían capaces de tener repercusión alguna en los contenidos de las doctrinas jurídicas ni en las aplicaciones prácticas de éstas; *b*) que el derecho sería históricamente inmovible en tal sentido, o sea, que las prácticas jurídicas dominantes en la actualidad en todos los países serían *iguales* o poco menos, en cuanto a tales contenidos, que las de siglos atrás, como también sería igualmente imposible mejorarlas *en nada* para el futuro. Si doy por supuesto (no me atrevo a dudarlo) que, en mi artículo básico [HABA-1], SARLO leyó a dicho respecto no solamente las palabras finales del último subtítulo (el ahí colocado entre paréntesis), entonces no alcanzo a ver de dónde pueda haber sacado tal «no toma en cuenta» [*i. e.*, (*a*) y (*b*)].

Para desmentir (*a*), me remito a lo señalado más atrás: 2.5.a y 3.1. En cuanto a la afirmación (*b*), estar al tanto de que no ha sido así es algo tan trivial, un hecho tan obvio para cualquiera que no esté desprovisto de los conocimientos más elementales acerca del derecho, que no alcanzo a comprender cómo se pueda

<sup>21</sup> En el estudio indicado en la n 72 de HABA-1, *vid.* esp. su § 2.

<sup>22</sup> *Cfr.* HABA-1, a la altura de las nn. 3 y 63, y esas mismas notas.

<sup>23</sup> *Cfr.* HABA-3, a la altura de la n. 71.

suponer que algún jurista sea víctima de semejante desconocimiento; a menos que éste hubiere afirmado *expresamente* lo contrario o que eso mismo sea conllevado *necesariamente* —aunque su autor no hubiere alcanzado a percibirlo así— por otras afirmaciones suyas. Si SARLO, o quien sea, entiende que esto último es justamente mi caso, o al menos el de ciertas afirmaciones mías en particular, siento la más alta curiosidad por ver si tal vez alguien pueda ayudarme a descubrir cuáles serían estas *mismas*.

#### 4. CONCLUSIÓN

Dice SARLO: « Al igual que vos, pienso que es posible y conveniente disponer de una teoría de la argumentación en sentido *descriptivo/explicativo*. Para ello precisamos ... partir de una comprensión convincente de las prácticas *reales*. (...) [E]l gran obstáculo epistémico viene siendo —creo— la pereza intelectual de muchos académicos...». Si bien estoy muy de acuerdo con esta conclusión, por mi parte añadiría dos precisiones. *a)* La TEA deja mucho que desear en *tal* sentido, sobre todo. Aun cuando ella contiene incluso elementos de carácter *descriptivo* (*supra*: 3.1), los autores de esa tendencia *no* diferencian con nitidez entre estos elementos mismos y los de orden estimativo-prescriptivo-*ideal*<sup>24</sup>; en los modelos «estándar» de comprensión se suele dar por presupuesta, así sea implícitamente, la equivalencia en general entre ambos niveles. Por lo demás, allí lo propiamente descriptivo es encarado de maneras esencialmente *reduccionistas*<sup>25</sup>. *b)* Aun en caso de obtener unas teorías de la argumentación que no fueren tan encubridoras como la TEA, en el nivel de la *comprensión*, ello no asegura para nada que además sean tomadas realmente en cuenta en los razonamientos mediante los cuales se conforman las *prácticas* de los discursos judiciales.

Tengo la impresión de que SARLO se aferra básicamente a la siguiente pre-concepción platonizante, ampliamente generalizada en los medios académicos, muy propia del *wishful thinking* profesoral: si tenemos una *teoría* cuyos contenidos estén lo más cerca posible de señalar verdades importantes en cuanto a la materia examinada, entonces los profesionales corrientes de esa materia reconocerán sin más esas verdades y en consecuencia las aplicarán para alcanzar mejor unos fines *prácticos* señalados para ella. Tal suposición, que en muy buena medida se cumple en cuanto a tecnologías basadas en ciencias de la naturaleza, en cambio resulta verificada sólo por excepción para el ámbito de las ciencias sociales<sup>26</sup> (sin perjuicio de lo señalado más atrás: 3.3). Pero SARLO, en su comentario, pareciera dar por descontado que si unos señalamientos de Teoría del Derecho llegan a resultar «útiles» para resolver mejor ciertas cuestiones planteadas ante los tribunales, con eso queda demostrado que las teorías correspon-

<sup>24</sup> ATIENZA mismo señala expresamente que, a su juicio, por lo general no tiene mayor importancia efectuar tal distinción: «El afán de HABA por *diferenciar con precisión* los elementos descriptivos y prescriptivos de las argumentaciones jurídicas me parece equivocado...» [cfr. ATIENZA-2, 3.3.4 (aquí cursiva añadida); y *vid.* HABA-3, IV.5]. Si bien no he visto una confesión tan llana en otros autores de la TEA, las maneras en que ellos encararan las cosas en sus estudios concuerdan ni más ni menos que con esta opinión de ATIENZA.

<sup>25</sup> Cfr. HABA-3, I.4 y IV.

<sup>26</sup> Cfr. mi libro sobre la concepción «misionera» de los científicos sociales en la bibliografía ubicada al final de HABA-1 (2010).

dientes son también *verdaderas* sin más<sup>27</sup>. Ello parece deberse, en su caso personal, a que efectivamente él mismo ha alcanzado algún «éxito» en sede judicial recurriendo a unas indicaciones de la TEA. Dicho *wishful thinking* ha encontrado así un apoyo de «experiencia vivida», nada menos que directamente por él mismo —y, por supuesto, no han de faltar *algunas* otras análogas—, lo cual sería prueba suficiente para darla por *general* sin más.

Esa presuposición utilidad=verdad constituye el «error categorial» más básico en que cae SARLO, del cual así vienen a derivarse sus principales malentendidos con respecto a mis tesis. Pero pienso que, si de sus comentarios descarto las suposiciones suyas de que yo mismo sostendría tales o cuales tesis *absolutamente* negativas en cuanto a ciertas posibilidades «utilitarias» de la TEA (*supra*: 3.1), y hago abstracción también de su general inclinación profesoral a sobredimensionar (*wishful thinking*) las consecuencias prácticas de sostener o no sostener teorías como las que aquí estamos discutiendo, creo que en cuanto a lo propiamente *descriptivo*, pero también en cuanto a los *ideales* que vale la pena apoyar, no estamos lejos el uno del otro. La mayor diferencia, me parece, es que por mi parte, eso sí, me resisto indeclinablemente a no poner en todo instante sobre la mesa que hay su buen trecho entre lo que *son* las realidades jurídicas y lo deseable que sería conseguir ajustarlas a tales o cuales *ideales*. Por más profundamente que podamos sentir estos ideales, y por mejor dispuestos que acaso estemos a poner mucho de nuestra parte para contribuir a realizarlos hasta donde sea posible, sólo el *wishful thinking* quita todo obstáculo a saltarse semejante gran diferencia. En esto último, el apartar la vista de la zanja cognoscitiva *inconmensurable* que hay entre «ciencia» del derecho y las prácticas discursivas *mismas* en los tribunales, SARLO se hermana —¡es su buen derecho!— con unas ensoñaciones «misioneriles»<sup>28</sup> tipo TEA. Hace abstracción, pues, de las observaciones que justamente sobre *tal* desfase fueron formuladas, pero hace ya mucho tiempo, por los autores más lúcidos de Teoría del Derecho (así, KELSEN<sup>29</sup>).

\* \* \*

En definitiva. Aunque esencialmente reduccionista y no poco disimuladora, la TEA contiene también importantes exámenes donde, a pesar de aquello, se llama la atención en cuanto a aspectos de la discursividad jurídica que bien merecen ser tenidos en cuenta. Cabe reconocer que, a pesar de todo, los principales autores de tal orientación han puesto sobre la mesa elementos de juicio mucho más «terrenales» que las elucidaciones en que se entretienen otras corrientes de moda en la Teoría del De-

<sup>27</sup> No puedo examinar acá el punto, ciertamente crucial, que SARLO plantea en su n. 8. No creo que la idea de POPPER, señalada ahí, corresponde entenderla en el sentido de que *no* hay diferencia fundamental entre las categorías epistémicas «inutilidad o perversidad práctica» y *verdad*. Si no la hubiera, tendríamos que concluir en que es válido, por ejemplo, ni más ni menos que el llamado «*argumentum ad hitlerum*»...

<sup>28</sup> *Cfr.* la obra señalada en la n. 26 (*supra*), *passim* y esp. el Apéndice al final.

<sup>29</sup> «Naturalmente, esto no significa que los juristas encargados de la interpretación no puedan recomendar una determinada interpretación de la autoridad jurídica..., pero esto no puede hacerse —como tan a menudo ocurre— en nombre de la ciencia... En este caso (el jurista) está realizando una función de POLÍTICA jurídica pero no de *ciencia política*» (KELSEN, *¿Qué es la teoría pura del derecho?* [ref. en HABA-3, n. 40]: 30, aquí versalitas E.P.H.). Es la misma idea expresada en las palabras de dicho autor que como *motto* encabezan el presente comentario, tomadas de su clásico *Teoría pura del derecho* [ref. en HABA-3, n. 17]: § 47, 355 (negr. E.P.H.). *Cfr.* HABA-3, a la altura de las nn. 17, 40 y 73.

recho (en aquélla no se trata, p. ej., de meros pedantismos como los estudios de lógica deóntica; tampoco, p. ej., de plantear unos crucigramas en «posición original», para adivinar cómo tales o cuales asuntos serían resueltos por la estirpe de ciudadanos cumplidamente racionadores con que supo soñar RAWLS). SARLO tiene razón en llamar la atención sobre esa «otra cara de la moneda», a la cual por cierto *no* me he referido. En virtud de eso, justo es reconocer que la TEA constituye, quiérase o no, un «mal menor» para el pensamiento jurídico. Así es, en efecto, no sólo si la comparamos con mucho de la dogmática jurídica profesional, sino también frente a la mayor parte de cuanto en los últimos tiempos se viene publicando para la especialidad denominada Teoría del Derecho.



# ¿ES REALISTA LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA? ACOTACIONES BREVES A UN DEBATE INTENSO \*

Juan Antonio García Amado

*Universidad de León*

**RESUMEN.** Al hilo del debate entre E. HABA y M. ATIENZA, se trata de resituar y justificar la distinción entre teoría descriptiva y teoría normativa de la argumentación, resaltando la utilidad de elaborar patrones ideales de racionalidad argumentativa con los que medir aproximativamente la racionalidad de las argumentaciones reales. Seguidamente, se mantiene la tesis de que la teoría estándar de la argumentación jurídica no ha rendido muchos instrumentos útiles para el análisis argumentativo de sentencias porque se ha dado la mano con un iusmoralismo cercano a las teorías de la única respuesta correcta y que ve en la argumentación la vía para el descubrimiento de tal respuesta, en lugar de una herramienta para la justificación razonable de elecciones discrecionales bajo condiciones de inevitable incertidumbre.

**Palabras clave:** argumentación jurídica, E. P. HABA, M. ATIENZA, Ó. SARLO.

**ABSTRACT.** In order to continue the debate between E. HABA and M. ATIENZA, what is necessary is to reposition and justify the distinction between a descriptive theory and a normative theory of argumentation, underlining the usefulness of making ideal patterns of argumentative rationality with which to roughly measure the rationality of real argumentation. After this, the thesis is held that the standard theory of legal argumentation has not provided many instruments useful for the argumentative analysis of decisions because it comes together with a legal moralism which is close to the theories of the only correct answer, and which sees argumentation as the route to the discovery of such an answer, as opposed to a tool for the reasonable justification of discretionary choices under conditions of unavoidable uncertainty.

**Keywords:** legal argumentation, E. P. HABA, M. ATIENZA, Ó. SARLO.

---

\* Fecha de recepción: 9 de mayo de 2011. Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2011.

Los dos admirados colegas y queridos amigos que polemizan, E. P. HABA y M. ATIENZA, me solicitan una especie de arbitraje con el que dejar *aquí* zanjados —que no resueltos— sus desacuerdos teóricos. Les agradezco la confianza que el encargo demuestra, aun cuando me pese la responsabilidad que supone. Sea como sea, no me considero ni llamado a poner paz, puesto que guerra propiamente no hay, sino sanísimo debate, ni a dictaminar de qué parte está la razón o está en medida mayor, pues quién sabe si tal fallo, si fuera capaz de darlo, lo podría argumentar racionalmente. Como también estoy llamado a ser breve, y excluido queda que me extienda en mi propia versión del caso y las soluciones posibles, entro al trapo sin más preámbulos, opino sobre lo que en los escritos de HABA (en adelante E. H.) y ATIENZA (en adelante M. A.) he entendido y expongo lo que me han sugerido, teniendo bien en cuenta igualmente la valiosa aportación de otro apreciado colega, Ó. SARLO. También en aras de la brevedad, doy por conocidos por los textos anteriores de cada interviniente y no me entretendré en resumirlos.

1. Es parte fundamental de las tesis «realistas» de E. H. sobre la argumentación judicial la insistencia en los factores de todo tipo (ideológicos, gremiales, culturales, profesionales, circunstanciales, políticos...) que *de hecho* pueden y suelen determinar las decisiones de los jueces. En lo que sean los jueces conscientes de la influencia de tales factores empíricos y circunstanciales sobre sus decisiones, se verán impelidos y hasta compelidos a ocultar dicha incidencia en sus personales motivos, y en la sentencia ese ocultamiento lo llevarán a cabo disfrazando los mismos de muy objetivas y profesionales razones.

Ya el realismo jurídico de antaño nos había contado que cuantos más métodos le demos al juez, con ánimo normativo, para encauzar su razonamiento hacia la decisión correcta, tanto más ampliamos su libertad decisoria y mayor campo ofrecemos para que sus personales motivos imperen a sus anchas, pues de entre dichos métodos (v. gr. los distintos cánones de la interpretación que la metodología normativa de la interpretación ofrece) escogerá el juzgador en cada ocasión aquellos que mejor le sirvan para disfrazar su opción subjetiva de determinación objetiva por el Derecho y la razón jurídica. Más recientemente, unos cuantos autores del movimiento *Critical Legal Studies*, tan bien expuesto aquí hace años por J. A. PÉREZ LLEDÓ, resaltaron la fuerza con que los intereses políticos y corporativos del juez y su afán por hacer carrera dirigen tan a menudo su «política» decisoria, la estrategia que subyace a sus sentencias.

Lo que E. H. subraya es que el tipo de «racionalidad» que en las sentencias se hará patente es el mismo que con carácter general impera entre los juristas, sean prácticos, dogmáticos o iusfilósofos, ideología llena de mitos, mistificaciones, idealismos más o menos ingenuos y manipulaciones, empezando por todo tipo de artificios semánticos y por la fe en más que problemáticas y fantasmagóricas nociones, como naturalezas jurídicas, naturalezas de las cosas, justicias objetivas y dignidades sustanciales; es decir, lo que E. H. describe bajo la etiqueta, quizá no muy afortunada, de «síndrome normativista» y que a otros quizá nos gustaría más denominar ideología gremial dominante entre juristas.

Verdad es, o parece, que disciplinas jurídicas enteras quedarían poco menos que al desnudo y sin referencias si tuvieran que explicar su objeto sin esencialismos metafísi-

cos, sin realismos conceptuales descaradamente inanes y sin la obsesiva convicción de que si la realidad empírica y la praxis corriente no se adecuan a los árboles genealógicos de conceptos, a las esencias definitorias, a las naturalezas jurídicas y a los dogmas que ya sentaron hasta el fin de los tiempos ULPIANO y GAYO, peor para la realidad y para la praxis y bastará con no ocuparse de ellas y seguir explicando tal o cual materia desde el puro cielo de los conceptos, mera jurisprudencia en broma pero que se piensa sería y no se sabe risible y, más que nada, inútil, en el mejor de los casos.

La acusación principalísima que E. H. formula contra la teoría «estándar» de la argumentación jurídica, representada por autores de la talla de ALEXY o ATIENZA, es que no sólo prescinde de cualquier visión «realista» de la argumentación de los jueces, del modo como de hecho los jueces argumentan y de cómo de hecho pueden argumentar, al estar sometidos a todo tipo de determinaciones ideológicas, prácticas, políticas y hasta laborales, sino que, además, oculta tal realidad mediante crudas idealizaciones. En suma, que tal teoría de la argumentación reemplaza la realidad por el ideal y acaba presentando el ideal como si fuera real. Al final, y por causa de ese desplazamiento de la perspectiva, ya no vemos al juez de carne y hueso, sino al juez Hércules (permítaseme expresarlo así, de mi cosecha) y ya no examinamos la argumentación de las sentencias que están en el papel, sino la hipotética de aquellas que a lo mejor se dictarían si esto fuera una comunidad ideal de diálogo, la comunión de los santos o una comunidad «hercúlea».

2. Uno de los ejes de este debate se halla en la distinción entre lo *descriptivo* y lo *normativo*. Parece que E. H. presenta las teorías normativas de la argumentación judicial como teorías que evitan o, incluso, suplantán las descripciones de dicha argumentación, las teorías descriptivas de tal argumentación de los jueces. Por esa vía acontecería la idealización perniciosa que tanto preocupa a E. H., por la vía de dejar de hablar de cómo los jueces de hecho argumentan y de por qué lo hacen así, para referirse nada más que al modo como argumentarían si fuesen ellos perfectamente racionales y su situación social y profesional les permitiera mostrarse así en sus sentencias.

Dos comentarios importa hacer en este punto esencial de la discusión. El primero para restablecer la diferencia entre teorías normativas y teorías descriptivas y resituar la función de unas y otras en la teoría jurídica. El segundo para analizar si hay algo de razón en la acusación de E. H. de que la teoría estándar de la argumentación idealiza y oculta al juez real y sus circunstancias y, de ser así, para preguntarse por qué habría ocurrido tan paradójico efecto.

2.1. Comencemos con una comparación y esperemos que sea pertinente a los efectos que ahora importan. Algún médico o profesor de medicina podría escribir un tratado de la perfecta salud. En él se irían enumerando los parámetros de perfecto estado y perfecto funcionamiento de cada parte del cuerpo humano o, incluso, de cada órgano. ¿Tendría sentido una obra tal? Por qué no. Al fin y al cabo, la enfermedad o la dolencia corporal no es más que la deficiencia de alguno de esos parámetros de salud perfecta. Ante un tratado así, podría algún E. HABA afirmar, con perfecto criterio, que no existe el individuo humano totalmente sano y que todos cojeamos de algún pie, o de los dos. Basta hacerse revisiones médicas cada tanto, o unos simples análisis sanguíneos de vez en cuando, para darse cuenta de cuánto de puramente teóricos o meramente ideales tienen aquellos patrones de la salud sin tacha: cuando no te fallan los triglicéridos.

dos, se altera el colesterol o te sube la bilirrubina. Pero, sostengo, aquel tratado teórico de la salud perfecta seguiría teniendo sentido. Cosa distinta sería que en las facultades de Medicina no se estudiaran y analizaran las enfermedades, sino únicamente un tratado así; que nada más se glosaran las virtudes de la vida saludable o las delicias del cuerpo sano, pero no se adiestrase a los médicos en el diagnóstico y tratamiento de sus defectos, de las enfermedades. Aquel modelo ideal y «contrafáctico» de persona saludable sólo tiene sentido y utilidad si sirve de referencia para, por contraste, detectar, graduar y tratar la enfermedad.

Otra comparación, para acercarnos un poco más a la razón práctica o a la práctica de una cierta razón. Cuando decimos que la democracia sueca es de calidad superior a la democracia venezolana (con perdón de los venezolanos que adoren a su pintoresco presidente), estamos comparando, sí, pero sobre la base de algún patrón normativo de democracia, sepamos explicitarlo en todo su detalle o no. Mas si lo explicitáramos y fuéramos capaces de enumerar los caracteres constitutivos de lo que entendemos por democracia perfecta, se nos podría objetar, con razón, que no se ha plasmado nunca en los hechos ni podrá verse de verdad un sistema tan magnífico; que el ideal, en suma, en ideal se queda, y que tampoco Suecia lo cumple, aunque la pongamos la primera en la clasificación. Mas sería posible replicar dos cosas. Una, que no hemos dicho que Suecia sea la democracia perfecta, sino que, como democracia, es mejor que Colombia (perdón, estábamos con Venezuela). Y dos, que cualquier comparación de este tipo presupone un ideal de referencia, un patrón de medida que es «contrafáctico»: no se da de hecho, pero sirve para medir y escalonar los hechos. Cuando yo opino que la señora A me amó más que la señora B, no me sirve que me digan que no existe, en los hechos, el amor perfecto; yo ni lo afirmo ni lo pretendo, pero sin presuponer un patrón ideal de amor no puedo diferenciar entre quienes me amaron, si es el caso.

Ésa es la diferencia entre los dos tipos de ciencias o disciplinas que solemos distinguir, las naturales y las sociales o las duras y las blandas: que unas tienen un patrón bastante «real», en cuanto eminentemente empírico, mientras que las otras deben construir patrones ideales con los que medir los peculiares hechos cargados de valoraciones con los que ellas trabajan. No es que en ese terreno que a veces se llama de la razón práctica se esté abocado al idealismo; es que, sin referencias un tanto ideales para medir y clasificar, a lo que estamos condenados es al silencio y la indiferencia, o al egocentrismo más «instrumental»: no sabríamos qué país tiene una democracia mejor; y tendríamos que preguntarnos por qué lo llamamos amor, si propiamente tangible no hay más que el sexo.

En tal sentido, me parece perfectamente admisible y útil todo intento de elaborar patrones ideales de racionalidad argumentativa. No por ser ideales son inútiles, aunque sean irrealizables en su plenitud. Si yo le propongo a mi esposa que vayamos hoy a la playa a Gijón, mi tierra, y ella, no muy convencida, me pregunta que por qué, me pide razones; y si yo le respondo que porque en este momento brilla el sol en el Sur de Australia, mi argumento es, en principio y a falta de mejor aclaración, seriamente defectuoso. Si un juez dice en su sentencia que interpreta tal norma en determinado sentido y que lo hace así porque le da la real gana, que para eso es juez, o porque se le apareció en sueños San Raimundo de Peñafort y le susurró que ésa era su voluntad, estaríamos de acuerdo, nosotros y E. H., que alguna regla «ideal» de la argumentación

que quiera ser racional se está violando ahí. Creo que la manera de esquivar esa presencia de la racionalidad argumentativa consistiría en sostener que el tipo de racionalidad que rige o impera en la decisión judicial es distinto, no es de carácter argumentativo o «conversacional», y que así *debe* ser. Pero, en tal caso, deberíamos, primero, decir cuál es o debe ser ese modelo de racionalidad que de los jueces esperamos, y, segundo, tendríamos que pensar que ese juez que ha dado esas justificaciones tan raras que acabamos de ver en el caricaturesco ejemplo, puede estar procediendo de modo perfectamente racional aunque nos ofenda con esas majaderías en su motivación. Pero, entonces, ¿por qué lo obligamos a motivar sus decisiones? Como ha escrito Ó. SARLO, terciando también en la polémica, «si no presuponemos algún ideal de racionalidad, no estaríamos en condiciones de comprender las acciones realizadas, y en especial no estaríamos en condiciones de criticarlas»<sup>1</sup>.

Si rige para los jueces la obligación de motivar sus sentencias, es porque en nuestros sistemas jurídico-políticos no nos conformamos con que la sentencia sea un mero ejercicio de autoridad. Autoridad la tienen también, pero pedimos que los jueces den razones. ¿Sus razones? No, razones admisibles, razones que nos hagan pensar que cualquier persona normal y formada, y decente, también podría haber dictado una sentencia así, si le hubiera tocado hacer de juez en ese caso. El juez debe argumentar para hacernos presentable a nosotros (a las partes, a los especialistas, a cualquiera que pueda entender algo del asunto y examinarlo) esa decisión que es «suya». Si el «sistema» no le deja, de hecho, cumplir honestamente con esa exigencia, será porque el sistema es perverso o indecente, no porque la petición de razones al juez esté fuera de lugar; si es tal o cual juez el que prefiere darnos gato por liebre e ir nada más que a lo suyo, medrando a golpe de sentencia complaciente para los que mandan y reparten (algo sabemos en España de eso), la culpa no será de los ideales de la racionalidad argumentativa, sino de la muy real deshonestidad de ese juez en particular. Por supuesto, si mantenemos que todo está perdido y que ni el sistema ni un solo juez se libran de la indecencia constitutiva y definitiva, apaga y vámonos. Más nos valdría dejar la Teoría del Derecho y dedicarnos a criar ovejas o a vender armas, pues de nada servirían ni siquiera las descripciones del realismo más realista: a nadie se convence de que cambie para mejor a base de describirle simplemente cómo es él y sin mostrarle —o imponerle— alguna alternativa *debida e ideal*.

¿Que los móviles pueden ser unos y las razones presentadas otras y que las segundas ocultan los primeros? No es tan grave. Juzgamos de lo que podemos conocer. Cuando invito a un compañero a cenar en mi casa no quiero que venga en bermudas y camiseta de tirantes, sino aseado y con una indumentaria de cortesía. A lo mejor aparece muy bien vestido y, para sus adentros, se pasa el rato despotricando contra mí y contra los platos que le ofrezco. Pero lo que en su fuero interno piensa y siente no lo sé y, por tanto, no puede importarme. En cambio, si viene sucio, lo veo, lo padezco y tomo su actitud como desconsideración o falta de respeto. Sólo puedo juzgar de lo que

<sup>1</sup> Cuestión distinta, en la que aquí y ahora no podemos entrar, es si el modelo ideal que subyace a teorías como la de ALEXI se deja catalogar como ideal weberiano o si debemos verlo aún más «idealizado», como resultado de la gran influencia de HABERMAS y su idea de que las exigencias de racionalidad argumentativa son, en general, consecuencia de los presupuestos mismos de la acción comunicativa. Creo que las peculiaridades del «ideal» de racionalidad argumentativa constituyen una de las diferencias principales entre los distintos autores de esta corriente, incluso de los que podemos encajar en la teoría estándar.

me consta, y vivir en la sospecha por lo que pueda estar oculto conduce a la melancolía y a la manía persecutoria. ¿Que estoy presuponiendo unas reglas ideales de cortesía o un modelo puramente teórico de comensal invitado? Sí, pero sin él no podría nadie criticar a quien se le aparezca en casa desnudo, borracho y agresivo, por ejemplo.

Aquí y ahora podemos elaborar un modelo ideal mínimo de argumentación racional. E. H., el mismo E. H., está presuponiendo uno así cuando en sus escritos argumenta con tanta pertinencia y académica contundencia. También lo presupone —y esto es más importante aún— cuando señala los «vicios» en que de hecho suelen incurrir o se ven abocados a incurrir los jueces cuando fallan y argumentan. No hay vicio sin contraste con un modelo de virtud. Si yo critico a un juez por hacer una inferencia errónea, estoy presuponiendo un modelo de inferencia correcta, estoy presuponiendo el juego debido de las reglas de la lógica deductiva. Si reprocho al juez la presencia de alguna falacia en su razonamiento —como E. H. tan abrumadoramente señala—, estoy dando por sentado un modelo de razonamiento correcto, como razonamiento exento de falacias. Es un modelo ideal y, en su idealidad, inalcanzable; pero no puedo dejar de presuponerlo si no quiero renunciar a cualquier ejercicio de la crítica.

2.2. Otra cosa, ciertamente, es el uso que se haga de esos modelos ideales, tan útiles como inevitables. Si en el punto anterior se hacían precisiones críticas a E. H., en éste toca, quizá, concederle algo de razón. Si Hugo Chávez se dedica, en sus breves intervenciones en televisión, a glosar el modelo ideal de democracia con el propósito de persuadir a los venezolanos, con esa sola mención repetitiva de las virtudes del modelo, de que ellos ya viven en la mejor democracia posible y en plena y suprema realización del ideal, nos hallaremos ante una utilización espuria y tramposa de aquel ideal inevitable cuando calificamos y clasificamos democracias reales.

¿Cumplen las teorías estándar de la argumentación jurídica ese inconveniente y hasta ilegítimo papel? No es fácil responder taxativamente, ni haría justicia a la variedad de tales teorías. Así que demos un rodeo. Lo que me parece bien cierto es que hay una diferencia importante entre los inicios de tal tipo de doctrinas y aquello en lo que esas teorías «estándar» han ido a parar. En otras palabras, que, globalmente, prometían más de lo que han dado en cuanto herramienta para el análisis crítico de la argumentación judicial; o que han dado cosas distintas de las que prometían; quién sabe —va en gustos— si mejores o peores, pero distintas. Justifiquemos antes que nada esta afirmación última. Y justifiquemos que también aquí se hable genéricamente de «teoría estándar», a sabiendas de que hay diferencias entre los autores y hasta discusión sobre qué autores encajan bajo esa etiqueta. Pero, al fin y al cabo, es como cuando se decreta la muerte del positivismo jurídico y tampoco se paran algunos a definirlo o a diferenciar entre sus cultivadores. A base de generalizar nos volvemos imprecisos, y cuando precisamos nos hacemos insostenibles, por extensos y pesados, y, aun así, siempre nos responden que todavía nos faltó un matiz. De todos modos, al lector que no quiera o no pueda pensar en un conjunto indeterminado de cultivadores de una teoría de la argumentación que es la estándar, le recomiendo que se quede con ALEXY, al que nadie le negará que está en el «núcleo de significado» de la teoría de la argumentación jurídica. Así, además, cualquier otro de esa corriente podrá decir que él no es ALEXY, sino que está en la «zona de penumbra» y que lo que viene no le afecta mayormente. Sin problema.

Tomemos cualquiera de las doctrinas «estándar» de la argumentación jurídica e intentemos extraer de ella herramientas prácticas para el análisis argumentativo de sentencias, sea en clave descriptiva o sea en clave normativa de modelos de racionalidad. En mi opinión, nos daremos de bruces con dos conclusiones bien sorprendentes. La primera, que apenas nos servirán esas doctrinas para tales propósitos de análisis de materiales *prácticos*. Ciertamente hay algún intento notable, como el de ATIENZA, para construir modelos analíticos para el examen de la estructura argumentativa de la sentencia, de la ilación entre argumentos y entre éstos y el fallo. Pero el enfoque es más descriptivo que normativo, aunque algo pueda tener también de esto último.

La segunda de esas conclusiones es que casi todo lo que de útil se hizo en ese terreno de brindar instrumentos normativos para el análisis *práctico* se hizo sobre todo en los primeros tiempos o, incluso, entre los precursores de la teoría de la argumentación. Luego la teoría «estándar» se fue por otros derroteros. ¿Qué derroteros serán éstos? Avanzaré mi hipótesis en el subapartado siguiente, pero antes déjenme que concrete un poco más a qué me refiero cuando hablo de análisis práctico de la argumentación desde parámetros normativos de racionalidad.

¿Cómo se hace bien, adecuadamente, un argumento interpretativo de tipo teleológico? Es un mero ejemplo, pero nos basta para lo que se quiere mostrar. ¿Basta señalar que el fin de la norma que se interpreta es tal o cual o es necesario argumentar de determinada manera esa asignación de fin? ¿Y cómo se justifica que la interpretación elegida sirve mejor, por las consecuencias de aplicar la norma con ese sentido, que las interpretaciones alternativas con las que se enfrentaba? ¿Cómo se debe elaborar correctamente un argumento consecuencialista de ese estilo? Si en la teoría «estándar» de la argumentación buscamos indicaciones sobre temas como las exigencias de correcta justificación argumentativa de la aplicación de argumentos, criterios o cánones de interpretación, no vamos a hallar mucho más ni mucho mejor material que el que encontramos en obras de otras orientaciones; poco, en todo caso. Y no digamos si andamos buscando pautas del correcto argumentar sobre los hechos del caso y sobre su prueba y la valoración de ésta. ¿No era a eso a lo que se supone que debería haber ido descendiendo la teoría de la argumentación, una vez sentada la utilidad de los modelos generales de racionalidad argumentativa y asumido que la praxis del Derecho puede ser inserta en ese tipo de racionalidad o, al menos, analizada críticamente desde ahí?

2.3. Lo que, según mi hipótesis, ha pasado es que muchos de los autores que se pueden integrar en esa teoría estándar, empezando por el propio ALEXEY, han acabado juntando en un mismo paquete su modelo de racionalidad argumentativa de la práctica jurídica decisoria y su idea de que existen pautas morales objetivas (objetivismo) y cognoscibles (cognitivismo) que, bajo la forma que sea (normas jurídicas positivas con especial carga moral, como principios y valores mencionados en las constituciones, o normas extrapositivas, no positivadas, que sin embargo también serían parte del Derecho), ofrecen un referente cierto y objetivo al juez, ya sea porque desde esa amalgama jurídico-moral se presupone única respuesta correcta para cada caso difícil, ya porque en tal conjunción se encuentran por lo menos las reglas que excluyen toda una serie de soluciones positivamente posibles como soluciones incorrectas.

Sea, pues, más radical la versión iusmoralista o menos, esa alianza de iusmoralismo y teoría de la argumentación desplaza decisivamente el foco. De los casos difíciles ya sólo van a importar destacadamente los casos *moralmente* difíciles. Cuando la dificultad afecta meramente a las alternativas interpretativas de la norma o a las valoraciones de las pruebas de los hechos, pero no está en juego un valor moral tenido por importante, el tratadista se desentiende bastante, y de ahí esa pérdida de interés por tales cuestiones, que pasan a verse como asuntos menores y cuyo tratamiento no se cultiva con particular esmero. Ahí el juez que argumente como buenamente pueda y, todo lo más, que sea adecuada la justificación interna, que sean correctas las inferencias que realice. Ahí que subsuma en vez de ponderar.

Las consecuencias de ese cambio de rumbo parecen claras: la teoría de la argumentación pierde buena parte de su utilidad para el juez corriente que lidia con casos que no son moralmente dramáticos o trágicos y que se las ve ante todo con dilemas de interpretación o prueba, entre otros problemas eminentemente prácticos y poco emocionantes cuando los valores que haya de por medio no se escriban con mayúscula.

Esa selección de los casos difíciles que en verdad interesan ahora, que son los casos moralmente difíciles nada más (o muy principalmente), hace que la correlación que importe sea la que se da entre racionalidad argumentativa y justicia (o cualquier valor moral a ella reconducible), razón por la cual lo que en la teoría de la argumentación se busca es el respaldo definitivo para la unión de Derecho y moral: a la teoría de la argumentación se le pide que nos indique los modelos, las pautas y el método para la decisión... *justa*. Aquella tesis de ALEXY sobre el razonamiento jurídico como *caso especial* del razonamiento práctico general alcanza toda su virtualidad y muestra sus consecuencias, y la distribución de los casos difíciles viene a quedar así: cuando el caso es técnicamente difícil para el juez, por razón de la norma o de los hechos, se subraya la parte especial de la racionalidad y basta con señalar que para eso están la letra de la ley, los precedentes jurisprudenciales y las construcciones de la dogmática; que elija como pueda y que razone con solvencia lógica. Cuando el caso sea moralmente difícil, ganará la moral a esos otros criterios jurídico-positivos y, por ello, especiales.

También tienen su papel, por ejemplo, los cánones interpretativos, entre los que, según ALEXY, hay hasta una cierta jerarquía. Lo que pasa es que todas las prioridades, sean de las normas y su tenor, sean de los precedentes, sean de los criterios de interpretación, son nada más que prioridades o preferencias *prima facie*. Esto viene a decir que, si no hay problema moral implicado, podemos proceder como perfectos positivistas y hasta asumir una discrecionalidad judicial que no necesita siquiera ir acompañada de gran esfuerzo argumentativo en su ejercicio. Pero si las soluciones propuestas en cualquiera de esas instancias que *en principio* prevalecen ordenadamente se muestran como soluciones moralmente inaceptables, o si las alternativas decisorias se dan entre normas cuya carga es esencialmente moral, como ocurre con los principios en ALEXY, entonces debemos afirmar la respuesta *moralmente* correcta (o evitar la lista de las respuestas que *moralmente* sean incorrectas), y para eso, para justificar esa corrección de las elecciones que son morales o de razón práctica general, tiene que servirnos un método argumentativo movido por esa idea muy fuerte y ambiciosa de racionalidad argumentativa.

Naturalmente, desde el instante en que la racionalidad argumentativa se pone al servicio de la calidad moral de las decisiones judiciales y siempre que, obviamente, no se quiera que esa argumentación opere en el vacío o sea nada más que puro subterfugio o disfraz de la arbitrariedad, se tiene que estar presuponiendo algún tipo o grado de objetivismo moral y de cognitivismo. En autores de la relevancia de ALEXY estaban ambos, pero se mostraban con cierta timidez, había que captarlos entre líneas. En otros ha sido más clara la toma de conciencia de esa implicación o más honesta la exposición de los presupuestos, y se cierra más coherente y expresamente esa alianza entre iusmoralismo y teoría de la argumentación. Me parece que este debate, aquí, entre E. H. y M. A. no se entiende cabalmente ni se capta siquiera la razón de tanta pasión si no se toma conciencia de que están discutiendo, en el fondo, por esto y sobre esto, lo mencionen más o lo mencionen menos y aunque se vayan a ratos por los cerros de Úbeda o nos dispisten con variados pormenores sobre la obra —muy importante— de cada uno.

3. ¿Será buena o mala, positiva o negativa, esa deriva de la teoría estándar de la argumentación? Cada cual la juzgará desde los parámetros de la iusfilosofía a la que se adscriba. Para el realismo jurídico duro de E. H., después del primer PERELMAN no va quedando en dicha teoría apenas nada más que quimera especulativa y una enésima contribución al disfraz de la muy prosaica práctica jurídica y judicial con galas que no son de su penosa talla, un instrumento más para ocultar, bajo los ropajes ideales de una razón muy práctica, la práctica de cada día, que poco sabe de la razón y sus deliberaciones y mucho de cierta fuerza normativa de lo fáctico.

Para la concepción antipositivista de M. A., no podemos conformarnos con diagnosticar las penas y penurias de la práctica real y tenemos que tratar de orientarla hacia una mejor y una más plena consumación de los presupuestos del Estado constitucional que, si mal no entiendo —y creo que no—, son presupuestos morales antes que nada y yacen en alguna esfera del ser (objetivismo) esperando para ser descubiertos por la razón (cognitivismo) cuando haya un litigio que los toque de cerca.

Para este que suscribe, que se dice positivista, pero que transita por parajes más cercanos a un cierto normativismo (espero que sin síndrome, o con síndrome leve) que al agreste realismo —sin quitar su importancia al conocimiento de los hechos y sus causalidades, pero convencido de que metodológicamente no debemos confundir hechos y normas, descripciones de procesos empíricos con modelos normativos—, la señalada evolución, de ser cierta, tiene dos vertientes, una de las cuales me resulta un tanto indiferente, mientras que la otra la lamento un tanto.

Por un lado, no tiene especial emoción ni es acicate para nuevos debates el que el programa más o menos oculto de buena o alguna parte de esa tal teoría estándar acabara siendo la enésima reedición del iusmoralismo y una nueva razón para seguir declarando la muerte y eterna condena de cuantos positivismos hayan sido o sean, a fin de que cuando uno tenga un pleito pueda invocar la norma positiva en lo que le convenga y la moral cuando ésta le dé más ventajas, pero con la tranquila conciencia de que, sea lo uno o lo otro lo que uno miente, será Derecho eso que en cada ocasión mienta uno.

Pero, por otro lado, sí lamento que los empeños teóricos de tantos autores tan capaces se hayan concentrado principalmente (con las excepciones de rigor, pocas) en

la renovación de los planteamientos que otrora fueron propios del iusnaturalismo y de rancias teorías materiales de los valores. No es, por supuesto que no, que los iusmorralistas argumentativos sean iusnaturalistas o aplicados discípulos de un SCHELER, por ejemplo, sino que toman el testigo para renovar más sutilmente el viejo afán de moralizar el Derecho al poner a los jueces a bailar al son de una ética que todos dicen ahora que es la de la Constitución, pero cuyos contenidos no coinciden en (casi) ninguno. No lamento ese paso porque hagan tal cosa, sino por lo que han dejado de hacer por lo común: análisis del discurso jurídico y de la decisión judicial ordinaria, en los casos ordinariamente difíciles y no en esos otros en los que pareciera que pleitean ángeles y demonios y no ciudadanos del montón. Y no es que sea incompatible hacer lo uno y lo otro, pero a quién puede interesarle meter tiempo al despiece analítico de un argumento sistemático o del argumento sobre la prueba pericial, cuando puede uno dedicarse a pontificar sobre el bien y el mal y a indicarles a los jueces cómo deben decidir tal o cuál caso, y no meramente cómo han de argumentar su discrecional decisión cuando las normas y las cosas están dudosas.

4. Y fin. No sólo es probable que sea erróneo cada uno de los diagnósticos recién expuestos sobre (el trasfondo de) las tesis de mis amigos E. HABA y M. ATIENZA y sobre la evolución y estado de una teoría de la argumentación estándar que, al parecer, casi nadie sabe exactamente qué es ni quién la hizo —y sería inmodestia que me considerase yo la excepción—. Es que, además, por razones de espacio, tiempo y carácter, he tenido que incurrir yo mismo en cuantas falacias mis dos queridos colegas han venido manejando, y hasta es probable que, diestros como son en el lanzamiento de falacia, me imputen con buenos argumentos unas cuantas más. Pero, como tengo entendido que este debate ha de seguir y que habrá nuevos asaltos y sobresaltos, me comprometo a deshacerlas todas a base de pergeñar otras nuevas y más rotundas, como es habitual en el gremio.

**ARTÍCULOS**

*ARTICLES*



# ESBOZO DE UNA INTERPRETACIÓN HERMENÉUTICA DEL REALISMO ESCANDINAVO. REINTERPRETANDO A A. ROSS \*

Aulis Aarnio

*The Tampere Club (Finlandia)*

**RESUMEN.** En este artículo se lleva a cabo una relectura de A. Ross desde una nueva perspectiva que posibilita identificar las reales diferencias y similitudes entre el denominado realismo jurídico escandinavo, representado por Ross, y la moderna teoría de la argumentación.

**Palabras clave:** A. Ross, realismo jurídico escandinavo, teoría de la argumentación.

**ABSTRACT.** In this article a rereading of A. Ross is carried out from a new perspective. This makes it possible to identify the real differences and similarities between the so called Scandinavian legal realism, as represented by Ross, and the modern theory of argumentation.

**Keywords:** A. Ross, Scandinavian legal realism, theory of argumentation.

---

\* Fecha de recepción: 10 de diciembre de 2010. Fecha de aceptación: 10 de enero de 2011.

**E**n esta contribución haré un esfuerzo por releer a A. ROSS desde una nueva perspectiva, que posibilite identificar las reales diferencias y similitudes entre el denominado realismo jurídico escandinavo, representado por ROSS, y la moderna teoría de la argumentación.

A. ROSS (1899-1979) fue, sin duda, uno de los más grandes filósofos escandinavos e, incluso, de los pensadores jurídicos europeos del siglo XX. Era como un roble alto, a cuya sombra sólo podían persistir unas pequeñas plantas. En los países nórdicos está en el nivel de A. HÄGERSTRÖM cuya filosofía le proporcionó a ROSS su primera escuela intelectual. En este espíritu, ROSS tomó una posición fuerte acerca de la naturaleza normativa de la moral (y de las valoraciones) en sus escritos de los inicios de los años treinta. De acuerdo con él, cosas tales como las obligaciones morales son sólo expresiones de un juicio de deber. Debido a este antecedente, tenemos una buena razón para relacionar a A. ROSS con el legado intelectual del realismo escandinavo<sup>1</sup>.

Sin embargo, para entender a ROSS y a sus contemporáneos, debemos recordar también que ROSS escribió en la tradición pragmática iniciada en Dinamarca por V. OERSTEDT y continuó con los trabajos de H. USSING y de F. VINDING KRUSE. Como veremos luego, A. ROSS era un pensador profundamente nórdico. Relacionarlo, por ejemplo, con el «prediccionismo robusto» representado de un modo extremo por el realismo americano (instrumentalismo pragmático) es una completa distorsión del contexto de su aprendizaje y de sus compromisos básicos en la teoría del Derecho. Por otro lado, la versión escandinava de realismo encontró su esplendor al tiempo que el optimismo por la ingeniería social conquistaba la mente de Occidente. Nadie dudaba del poder de la ciencia ni de la habilidad humana para cambiar la sociedad<sup>2</sup>.

En cuanto a A. ROSS y a su pensamiento en la ciencia del Derecho, debemos ser cuidadosos en separar sus «dos roles». Primero, el A. ROSS *analítico*, cuyas conclusiones fueron elaboradas en los países nórdicos por la denominada escuela analítica de la ciencia del Derecho, y el segundo ROSS, que aquí analizamos a profundidad, es decir, el *realista (jurídico)* A. ROSS. Esta dimensión del pensamiento de ROSS nunca ha encontrado realmente su lugar en los países nórdicos.

Lo que a A. ROSS le interesaba como realista era la naturaleza de la ciencia del Derecho. Para ser considerada como parte de la ciencia, sus proposiciones debían (al menos en principio) ser verdaderas o falsas del mismo modo que lo son las de la ciencia en general. El propio ROSS formuló así su programa científico:

<sup>1</sup> *Vid.*, por ejemplo, en *Scandinavian realism* así como la versión rossiana de él, ILLUM, 49 y ss., JOERGENSEN, 1969, 389 y ss., así como en ZAHLE, 1959, 227 y ss. Algunas perspectivas críticas son también planteadas por BJARUP, *Reason and Passion*, 152 y ss., y BJARUP, 1978, *passim*. *Vid.* también HART, 1983, 161 y ss., y LAGERSPETZ, *Opposite Mirrors*, 107 y 128 y ss.

<sup>2</sup> SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Realism*, 28 y ss. SUMMERS describe así la atmósfera intelectual: «Los escritos del instrumentalismo están llenos de analogías y metáforas que identifican al Derecho y al gobierno con “instrumentos”, “herramientas”, “mecanismos” e, incluso, “máquinas”. El Derecho es visto como una tecnología, los operadores jurídicos como “ingenieros sociales” y los usos del Derecho como “ingeniería social”» (30). *Vid.* también AARNIO y PECZENIK, *Ratio Juris*, 1995, 142 y ss., por ejemplo, donde los autores critican la idea de la ingeniería social representada por los realistas escandinavos.

«La idea principal de este trabajo es desarrollar los principios empiristas, en el campo del Derecho, hasta sus conclusiones últimas. De esta idea surge la exigencia metodológica de que el estudio del Derecho siga los tradicionales patrones de observación y verificación que inspiran a toda la ciencia empírica moderna. De ella surge también la exigencia analítica de que las nociones jurídicas fundamentales sean interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, como la conducta del hombre en sociedad»<sup>3</sup>.

A. ROSS no era un realista únicamente debido a la influencia de A. HÄGERSTRÖM, aunque la sombra de HÄGERSTRÖM se proyectó sobre el joven ROSS. En realidad, el camino de A. ROSS a HÄGERSTRÖM fue a través de H. KELSEN. El libro de ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* (*Teoría de las Fuentes del Derecho*) está profundamente marcado por los pensamientos de H. KELSEN, al punto que, entre otros, su compatriota V. KRUSE, lo criticó por ser demasiado kelseniano. Al parecer fue esta crítica la que llevó a ROSS a terminar su tesis en Uppsala bajo la guía de HÄGERSTRÖM.

Fue así también como ROSS se acercó al ámbito del realismo escandinavo, aunque lo hizo de un modo característico. Es interesante notar que en la introducción al trabajo *Theorie der Rechtsquellen*, ROSS se desligó de los argumentos centrales de su propio libro a la vez que confería un gran trato al pensamiento kelseniano. Esta introducción es como una senda desde un ROSS joven a uno más maduro. El trabajo más significativo e influyente que ROSS publicó en la ciencia del Derecho fue «On Law and Justice» («*Om ret og retfaerdighed*») <sup>4</sup>\*

El propio A. ROSS no estaba totalmente de acuerdo con la traducción inglesa, no así con la versión española (traducida por G. R. CARRIO). Con la colaboración de A. PECZENIK, he intentado hacer algunas correcciones a las inexactitudes de la versión inglesa a favor de ROSS, para no discutir más sobre este tema en este contexto<sup>5</sup>. Sin embargo, hasta donde ha sido posible, he empleado el texto original en danés como base del siguiente análisis.

*Sobre el Derecho y la Justicia* no es más un puro ejemplo de la escuela de Uppsala. Su autor también comparte las ideas principales de empirismo lógico y del denominado Círculo de Viena, por lo que el trabajo debe ser evaluado en el contexto científico de su tiempo. Antes de conocer mejor esta fase del realista ROSS, es conveniente hacer un breve recorrido general por la teoría del Derecho.

De acuerdo con ROSS, los términos «teoría del Derecho» y «filosofía del Derecho» se refieren, literalmente, a la teoría *acerca* del Derecho. Así interpretada, la teoría del Derecho puede ser: 1) una teoría acerca del sistema jurídico, esto es, las normas de estructura y los conceptos; 2) una teoría acerca de la aplicación del Derecho (adjudicación); 3) una teoría de la legislación, o 4) una teoría acerca del estudio del Derecho (la ciencia del Derecho).

<sup>3</sup> Vid. ROSS, 1953 (versión danesa) y 1958 (versión inglesa), *passim*. *Opposite Mirrors*, 107 y 128.

<sup>4</sup> ROSS, *On Law and Justice*, xi. La edición inglesa de 1958 es una versión acortada y parcialmente reescrita del texto original de 1953. El propio ROSS no estaba plenamente de acuerdo con la edición inglesa. Esta es la razón por la cual en mi análisis hago también referencias a la versión danesa, especialmente en aquellos casos donde la versión inglesa no representa la correcta interpretación de las ideas originales de ROSS.

\* *Sobre el Derecho y la Justicia*, en la versión castellana, traducida por G. CARRIO. En lo sucesivo, las referencias a la obra en el texto se harán por el título de la versión castellana, salvo en la bibliografía y notas [N. del T.].

<sup>5</sup> AARNIO y PECZENIK, 1985, 127 y ss.

A menudo ROSS se refirió a la *filosofía* del Derecho en lugar de la *teoría* del Derecho. Este concepto no debe tomarse literalmente. En este sentido, la idea de ROSS es similar a la del último L. WITTGENSTEIN, quien enfatizó que para él no era importante practicar la filosofía, sino analizar los problemas filosóficamente interesantes. La filosofía no es una ciencia, es una terapia que libera al hombre de los problemas innecesarios. En el mismo espíritu, escribe A. ROSS: «No la filosofía del Derecho, sino los problemas iusfilosóficos (*ikke "retsfilosofi", men "retsfilosofske problemer"*)». Pero, ¿qué es un problema iusfilosófico (de teoría del Derecho) para ROSS?

Resumiendo, es el *lenguaje de la ciencia del Derecho*. También en esto era un hijo de su época. Como señaló el propio ROSS, el empirismo lógico, todavía muy dominante cuando se publicó *Sobre el Derecho y la Justicia*, postuló como su declaración programática la siguiente tesis: La tarea de la filosofía es el análisis lógico del lenguaje de ciencia. Por consiguiente, en *Sobre el Derecho y la Justicia* se esfuerza por analizar la naturaleza (el estatus) científica de las proposiciones jurídicas presentadas en la ciencia del Derecho.

El realismo de A. ROSS es, en estricto, el realismo *jurídico*. Todo lo que escribe sobre el Derecho es escrito a través de la ciencia del Derecho. Como veremos, esta actitud es fuente tanto de sus fuerzas como de sus debilidades. Veamos primero uno de sus puntos de partida. Desde sus primeros trabajos el objetivo principal de ROSS fue el Derecho natural. En su fase kelseniana pudo ser considerado como un positivista jurídico, mientras que su pensamiento posterior está más relacionado al positivismo filosófico. En ambas fases mantuvo una *actitud adversa hacia el Derecho natural*. Por consiguiente, una posible lectura de *Sobre el Derecho y la Justicia* consiste en elegir la orientación negativa del autor hacia el Derecho natural como un horizonte interpretativo.

El positivismo filosófico de ROSS puede identificarse en su propósito consciente de formular una teoría empírica para un estudio *científico* del Derecho. De esto se sigue, primero, un esfuerzo por definir *qué es ciencia*, y, segundo emplear dicho criterio para la ciencia del Derecho en la medida que esta disciplina satisfaga la definición de ciencia. Metafóricamente, la definición de ciencia es como la cama de Procrustes. La ciencia del Derecho cabe en la cama tras cortar la cabeza y acortar las piernas. En el caso que la ciencia del Derecho no cumpla con el criterio general de la ciencia, será algo distinto a ella, por ejemplo, política jurídica o pura manipulación o persuasión. En esto, A. ROSS era un auténtico representante del empirismo lógico, lo que no sorprende considerando el fuerte posicionamiento del movimiento en los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial. En este escenario, podemos incluir también, por ejemplo, a Th. GEIGER y H. REICHENBACH entre las almas gemelas de ROSS.

Según el empirismo lógico, los argumentos científicos relevantes son: 1) cualquiera basado en percepciones o, al menos, 2) cualquiera que pueda ser reducido a ellos. ROSS coincide con esta afirmación:

«Es un principio de la ciencia empírica moderna que una proposición acerca de la realidad [...] necesariamente implica que, siguiendo un cierto procedimiento, bajo ciertas condiciones, resultarán ciertas experiencias directas [...] este procedimiento se denomina principio de verificación»<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> ROSS, *On Law and Justice*, capítulo 9 y, especialmente, 39.

Esto significa que el contenido real de una proposición empírica está compuesto de las *consecuencias reales* que la proposición directamente expresa o que pueden derivarse lógicamente de proposiciones que expresan las experiencias directas. Sólo de esta manera la ciencia cumple los requisitos para la verdad (*sandhetskvalitet*). En caso de que una proposición no cumpla este requisito, no pertenece a la ciencia aunque podría ser interesante, estéticamente agradable o apta para evocar sentimientos. Así, sólo las proposiciones empíricas podrían pertenecer a la visión científica del mundo de ROSS.

Esto puede denominarse la *hipótesis del empirismo*. Por otro lado, también pertenecen a la ciencia las afirmaciones (lógicamente) derivadas de las proposiciones empíricas (las implicaciones verificables). Las denominaremos *hipótesis lógicas*. Así, las teorías científicas son complejas combinaciones de estos dos elementos que, resumiendo, son empíricas o lógicas o, dicho en una sola palabra, lógico-empíricas.

Como realista jurídico, A. ROSS consideró que el Derecho producido por vía legislativa no era válido (*gültig*, en alemán) sino en un sentido *formal*. Este Derecho formalmente válido sólo se volvía *jurídicamente* válido (*geltend*, en alemán \*) una vez que era efectivo, es decir, realizado en la sociedad. Escribe ROSS: «Rechazo la idea de una “validez” específica *a priori* que coloca al Derecho por encima del mundo de los hechos, y reinterpreto esta idea en términos de los hechos sociales»<sup>7</sup>. De acuerdo con ello, una norma formalmente válida es norma pero no existe como una norma *jurídica* si su validez es únicamente de tipo formal. Desde esta perspectiva, el problema crucial es qué significa la «naturaleza social del Derecho».

El profesor danés de Derecho civil, K. ILLUM, contemporáneo y colega de ROSS, enfatizó que el Derecho es válido sí y sólo sí los ciudadanos lo viven como válido. Según ILLUM, la «convicción jurídica» de las personas es la medida para la validez. Hasta cierto punto, ROSS aceptó esta idea. Las concepciones de las personas (*borgernes retsakter*) definen el contenido de la experiencia jurídica (*retslivet*) en su sentido más amplio. Sin embargo, en cierta medida, ROSS no aceptó el punto de vista de ILLUM. Para ROSS, la concepción de las personas acerca de los problemas jurídicos no es el *criterio* de validez.

Tal como el realismo americano (el instrumentalismo pragmático), ROSS consideró que sólo el Derecho aplicado por funcionarios está «vivo» o es válido. Así, las decisiones de los tribunales, como equivalentes de las normas, deben ser consideradas como los fenómenos jurídicos y, por consiguiente, la validez de normas jurídicas —así como su existencia— debe ser buscada únicamente en la aplicación judicial del Derecho y no en el Derecho en acción entre los individuos privados.

Una dimensión de esta idea se basa en que el Derecho es siempre el uso de *fuerza coercitiva*. El Derecho es un sistema de poder. Los tribunales realizan el uso de coerción definiendo las acciones que cumplen con la amenaza de sanción. En términos rossianos, derecho, coerción y aplicación forman el núcleo del Derecho válido. No obstante, ROSS rechazó la idea que la coerción sea el criterio de la validez. En efecto,

\* En *Sobre el Derecho y la Justicia*, G. CARRIÓ tradujo este término como «vigencia» para distinguirlo de la validez [N. del T.].

<sup>7</sup> ROSS, *On Law and Justice*, x, y, con mayor detalle, el capítulo 8.

en la aplicación el juez *usa* el poder pero esto no significa que la *validez* del Derecho dependa del poder y la coerción. El poder no es «detrás» de la validez aunque el Derecho es, en término simples, un instrumento de poder. La validez sólo es el resultado de la actividad de los jueces (la eficacia).

Una clave para entender el concepto de ciencia del Derecho de ROSS puede encontrarse en su teoría de la validez de las normas. Ilustraré este punto con algunas ideas introducidas en el mismo tema por G. H. VON WRIGHT, en la medida en que son más aptos para analizar los conceptos básicos sobre la validez que el análisis hecho por ROSS. VON WRIGHT escribe que no es usual hablar de la existencia de una *norma* (jurídica). En cambio, podemos afirmar que ahí existe un deber de hacer algo. ¿Qué significa, en este caso, que el sujeto *i* tiene el deber de hacer, digamos, *O*?

De acuerdo con VON WRIGHT, esto significa lo mismo que decir: *i* pertenece al conjunto *C* de donde es (muy) probable que si un miembro de *C* no hace *O*, entonces algún *A* usualmente hará *R*. Aquí se asume que *A* es una autoridad y *R* algo desagradable desde el punto de vista de un miembro de *C*, por ejemplo, alguna consecuencia «mala» o «no deseada».

VON WRIGHT continúa diciendo que las molestias causadas por *R* es, desde el punto de vista de los miembros de *C*, mayor que el beneficio o la ventaja obtenida por no hacer *O*. Si el sujeto *i* tiene, en estas circunstancias, el deber de hacer *O*, la norma *N* «*todo C debe hacer O*» es válida. Una norma así puede denominarse *norma primaria*. Su objetivo, precisamente, es la conducta del ciudadano (*C*) y su validez depende de la reacción de los funcionarios, de la manera antes mencionada.

El sistema jurídico incluye, además, normas que obligan a funcionarios (*A*) a aplicar la consecuencia *R* si un sujeto *i* del grupo *C* desiste de hacer *O*, esto es, que no obedezca la norma *N*. Esta es la *norma secundaria* que garantiza la realización de las sanciones puestas en las normas primarias. Así, la validez de la norma secundaria implica la validez de la norma primaria pero no al revés, que es por lo que la validez de la norma secundaria presume la existencia de algo como la regla de reconocimiento hartiana<sup>8</sup>.

Permítanme añadir que, siguiendo las ideas de VON WRIGHT, una norma que no es válida es también una norma. No hay ninguna contradicción con el vocabulario rossiano. Según ROSS, una norma ineficaz (formalmente válida) es también una norma aunque no sea una norma jurídica. Si una norma no es formalmente válida, aún puede ser norma pero sin ningún tipo de significado jurídico<sup>9</sup>.

ROSS, como muchos otros teóricos del Derecho, usó como ejemplo el juego de ajedrez. Se preguntó: ¿Qué significa que una cierta regla de ajedrez es, durante el juego, una regla válida del ajedrez? La respuesta a esta pregunta revela la naturaleza del juego (de ajedrez) como un fenómeno normativo. Trasladado al Derecho, este ejemplo nos permite esbozar una respuesta al problema clásico: ¿Qué es Derecho? En opinión de ROSS, la validez de la regla de ajedrez puede ser analizada únicamente distinguiendo el punto de vista *externo* e *interno*. ROSS no empleó exactamente estos términos, presen-

<sup>8</sup> VON WRIGHT, 1968, 3 y ss. Vid. también VON WRIGHT, *Is and Ought*, 267 y ss.

<sup>9</sup> ROSS, *On Law and Justice*, xi.

tados en varias ocasiones por WITTGENSTEIN, pero adoptó un punto de vista similar. En realidad, puede ser que ROSS fuera el primero en usar esta distinción en la Teoría del Derecho pues la empleó desde los inicios de los años cincuenta<sup>10</sup>.

En el caso de ROSS, la distinción es crucial. Si alguien que observa un juego de ajedrez desde fuera intenta entender los movimientos de los jugadores, deberá relacionar esta actividad con ciertas reglas. El jugador actúa del modo como lo hace porque debe hacerlo, ya que si no lo hace será excluido del juego. El juego se define conceptualmente por las reglas. Lo mismo sucede para cualquier otro juego. Sin embargo, la comprensión externa presume un previo entendimiento «interno» del sujeto.

L. WITTGENSTEIN defendió la misma idea, que sin un punto de vista interno sería imposible comprender una cultura completamente ajena, ya que no podemos saber nada acerca de reglas que nos resultan completamente extrañas. Lo mismo cabe sostener para el juego de ajedrez. Las reglas de juego hacen inteligible las acciones de los jugadores para quien observa el juego desde fuera. Las reglas expresan el contenido de un ideal normativo abstracto que puede ser usado como un *esquema interpretativo o explicativo*.

Es importante distinguir entre (al menos) tres diferentes etapas o niveles del punto de vista interno. Un punto de vista interno puede significar la *comprensión* del objeto, por ejemplo de la otra parte, la *aceptación* del otro o, finalmente, un *compromiso* con el punto de vista o la perspectiva del otro. Cuanto más información interna esté disponible, será más profundo el entendimiento del objeto. Sin embargo, incluso una comprensión perfecta no significa la aceptación perfecta o siquiera parcial. Además, de una plena comprensión no necesariamente resulta un compromiso con el objeto plenamente comprendido. La intención de comprender *X* no es idéntica a la intención para comprometerse con *X*.

En el caso del Derecho, dicho esquema interpretativo hace posible la comprensión de los fenómenos jurídicos (la vida jurídica en términos de ROSS) como una totalidad significante y, en alguna medida, permite predecir los fenómenos jurídicos futuros (la vida jurídica)<sup>11</sup>.

Desde el punto de vista interno, la regla no es más un esquema interpretativo. A diferencia de los observadores externos, el jugador no intenta comprender sus propias acciones o las de los demás jugadores. Él simplemente *juega* e intenta hacerlo de acuerdo con las reglas para garantizar su participación en el juego. Aquí, el ejemplo del juego de ajedrez suministra también un modelo para comprender la validez de las normas jurídicas.

<sup>10</sup> ROSS, *On Law and Justice*, 37: «El concepto de vigencia implica dos elementos. Uno se refiere a la efectividad externa de la regla, que puede ser establecida por la observación externa. El otro se refiere a la manera en la cual es vivida como motivadora, esto es, como socialmente obligatoria». Continúa señalando ROSS (en la versión danesa de 1958) que no toda costumbre externamente (*outward*) verificable del juego de ajedrez es la expresión de una norma válida del ajedrez (37-38). La norma del ajedrez, así como la norma jurídica, tiene una doble función: 1) una pauta externa de acción, y 2) una base motivacional interna para los jugadores o para el juez.

Cfr. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 77 y ss., y, en particular, 85-86, donde HART trata las nociones de «estar obligado» y «tener una obligación». Esta distinción es conceptualmente distinta de la dicotomía rossiana. HART: «Los hechos acerca de creencias y motivos no son necesarios para la verdad de un enunciado que afirma que una persona tenía la obligación de hacer algo» (81). Aquí HART se refiere al caso del asaltante.

<sup>11</sup> ROSS, *On Law and Justice*, 42-43.

Las normas jurídicas tienen una *función dual*, la externa y la interna, dependiendo del punto de vista que uno asuma. Así vistas, las normas jurídicas son parte de la *ideología normativa* («*judicial ideology*») internalizada por el juez. En esta línea, como ha sido señalado, ROSS representó, de modo independiente, una concepción de comprensión de las actividades (acciones) similar a la de H. L. A. HART. De acuerdo con HART, los funcionarios deben aceptar ciertas reglas judiciales de reconocimiento (así como reglas de cambio y de adjudicación) como normas comunes concernientes a ellos mismos. ROSS, desde luego, no usó la noción de «regla de reconocimiento». Sin embargo, la validez jurídica de la ideología normativa tiene exactamente el mismo rol.

En relación con la ciencia del Derecho, ROSS establece como su punto de referencia la siguiente proposición *A*<sup>12</sup>:

*A* = *D* es Derecho (danés) válido.

Donde, por ejemplo:

*D* = Sección 28 de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables.

Un argumento similar podría hacerse sobre cualquier posible ley en cualquier otro sistema jurídico nacional. De acuerdo con ROSS, la proposición *A* es una típica proposición jurídica. ¿Exactamente bajo qué condiciones esta proposición es verdadera en sentido rossiano?

En primer lugar, ROSS recuerda que una norma jurídica, al igual que una regla del ajedrez, forma un *significado intersubjetivo* y un *contexto motivacional* que regula la conducta como una ideología compartida adoptada por la mayoría de los jueces. Las reglas son seguidas porque son vividas como obligatorias. En el caso del juez, el aspecto interno significa un compromiso con una ideología normativa relevante que constituye la base y estructura de la aplicación.

En este sentido, ROSS era un típico realista escandinavo. Pensó que una regla que es vivida como jurídicamente obligatoria, proporciona al juez un *modelo para el comportamiento*. Este modelo *motiva* al igual que la regla de ajedrez lo hace con el jugador. La regla que sirve como un *esquema de interpretación o de explicación para un observador externo*, es la *base de motivación* para el juez. Sin embargo, la tarea de la ciencia del Derecho *no* es hacer investigaciones psicológicas empíricas del proceso de motivación. Al respecto, ROSS no comparte una teoría jurídica «psicológica» como la representada por el eminente filósofo polaco L. PETRACYCKI, un mentor de la escuela de Cracovia. La ciencia del Derecho trata con el *contenido* de la ideología judicial y, como veremos, lo hace mediante ciertos métodos específicos.

La motivación para seguir la regla no está basada en cálculos de necesidad, de interés o similares. Al contrario, la ideología normativa de los jueces impulsa a actuar a una persona que vive esa ideología como un tipo de presión social. Esto le lleva a internalizar espontáneamente la ideología al punto de comprometerse con la norma independientemente o incluso en contra de las expectativas externas.

La ideología judicial no es algo bien articulado, pero se asume como un tipo de «compromiso silencioso y compartido». Sin embargo, provee de un soporte institucio-

<sup>12</sup> ROSS, *On Law and Justice*, 38.

nal para el reconocimiento de validez, de modo similar a la regla de reconocimiento hartiana. Dicha regla de reconocimiento rara vez hace explícita *qué* norma es válida en un determinado momento. Lo mismo cabe sostener de la ideología judicial. Es un todo complejo del que resulta que *diferentes jueces* pueden tener e, incluso tienen, diferentes concepciones de validez de las normas. No obstante, esta no-coherencia no hace a la ideología judicial una regla de reconocimiento prescindible ni disminuye su importancia como fundamento del Derecho.

ROSS es cuidadoso de no confundir lo que *es* de lo que *debe ser*, y de ningún modo minimiza la fuerza de la guillotina de HUME. Uno no puede derivar que algo debe ser, de algo que es. De ahí que no se suponga que los jueces deban derivar consecuencias normativas (ideológicas) de aquello que realmente hacen. ROSS sólo enfatiza que lo que es plenamente sentido como obligatorio debe ser internalizado. El mismo problema es abordado por G. H. VON WRIGHT en su teoría de la acción. Para él, una de las formas de la acción es la acción «internalizada», por ejemplo, nuestro hábito socialmente internalizado de detenernos ante una luz roja. Es innecesario preguntar en tales casos lo que el individuo pensó (quiso) hacer. Es suficiente la referencia a la conducta internalizada.

Sin embargo, ROSS estaba más preocupado por la ciencia del Derecho que por la estructura profunda del Derecho. Por consiguiente, el núcleo de su teoría concierne exactamente la cuestión: ¿acerca de qué es la proposición  $A = D$  es Derecho (*danés*) *válido*? Esta es una cuestión crucial acerca del estatus científico de la ciencia del Derecho. En los términos más sencillos la respuesta de ROSS es: la aserción  $A$  es una predicción. El verdadero significado del contenido de la aserción sobre el Derecho válido es una predicción acerca de futuros eventos sociales.

De acuerdo con ROSS la ciencia del Derecho nunca mira al pasado, a la historia, sino al futuro y, por tanto, la investigación jurídica nunca debería interesarse en cómo se comportaron *de hecho* los tribunales en el pasado. Ello a pesar de que la base de las predicciones está formada en gran medida por el comportamiento previo de los tribunales.

El enfoque de la ciencia del Derecho está siempre en el *compromiso del juez de seguir una norma determinada*. Este es un tema distinto a «la actividad de los tribunales», ya que, de acuerdo con ROSS, el tribunal es una institución y es inexacto decir que la institución se «compromete con una ideología compartida». En la teoría rossiana el juez, y sólo él, es el actor clave, y lo que hacen los estudiosos es predecir los compromisos ulteriores de los jueces.

ROSS no hace una rígida diferencia entre las predicciones de la ciencia del Derecho y las recomendaciones jurídico-políticas (*lege ferenda*). Ello debido a que los futuros eventos sociales nunca están estrictamente determinados. Cada predicción podría también afectar el futuro, formándolo. En cierta medida, la predicción podría ser incluso autorrealizable.

A pesar de las dificultades anteriores, una aserción  $A$  presentada en la ciencia del Derecho sería como sigue:

*A: La norma N (por ejemplo, la Sección 28 de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables) es, actualmente, Derecho válido.*

Al margen de la formulación lingüística de *A*, el significado de su contenido puede ser reformulado en términos predictivos:

*A1: Si se instituyen los procedimientos en un tribunal de modo tal que los hechos y circunstancias cumplan los requisitos esenciales de la Sección 28 de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables, se sigue que la norma expresada por la Sección 28 de la Ley Uniforme de Instrumentos Negociables constituirá el fundamento decisivo de la decisión del tribunal en el caso (integrerende bestanddel af dombegrundelsen), y todo esto bajo el presupuesto que no hay ningún factor entre la predicción y la decisión que cambie los fundamentos de la predicción A*<sup>13</sup>.

La predicción *A1* puede ser tomada como *exacta (anses for sand)* si y sólo si hay buenas razones para considerar que la predicción se realizará en la actividad del juez. Más aún, debe enfatizarse que el valor de verdad de la proposición *A1* no depende, por ejemplo, de la evidencia de que el hecho pueda considerarse suficiente en un cierto caso. La naturaleza predictiva del enunciado *A1* no depende de la evidencia procesal sino de la proyección de si una norma será incluida o no en el razonamiento del juez, esto es, si una norma será aplicada en determinadas circunstancias.

La predicción siempre tiene que ver con la ideología normativa internalizada por el juez. La norma es válida en un determinado sistema jurídico si y sólo si es parte de dicha ideología judicial. Además, la aserción *A1* acerca de la validez de una norma es verdadera si la norma es parte de una ideología judicial obligatoria.

En cierto sentido, el pensamiento de ROSS resulta ser bastante problemático. Primero, piensa que la probabilidad de que la aserción *A1* pueda ser demostrada define también la validez de la norma *N*. De ello se sigue, necesariamente, que la norma *N* nunca puede ser válida o inválida. Solo es válida con una cierta probabilidad que cambie en una escala (aproximada) de 1-0. El propio ROSS anotó que la validez dependía de los distintos grados de probabilidad acerca de las predicciones del futuro comportamiento de los jueces.

En este sentido, el índice de probabilidad depende de la experiencia material (*erfaringsmateriale*, en danés) en la que se basa la predicción. ROSS le denominó material-jurídico-de-las-fuentes (*retsskilderne*, en danés). Por consiguiente, una predicción se refiere a la probabilidad de una cierta norma perteneciente a la ideología judicial formada por las fuentes del Derecho. Siendo éste el caso, aparecen problemas en dos dimensiones distintas. Primero, parece imposible aplicar un modelo probabilístico para el tratamiento de esta clase de material. El material de las fuentes del Derecho (o ideología judicial) normalmente no permite estimar cuantitativamente la probabilidad (por ejemplo, como una predicción numérica, una probabilidad de 75 por 100). No hay medidas cuantitativas que pueda usar el predictor. Así, la predicción deberá basarse en un *análisis cualitativo*.

Por consiguiente, me parece que la «probabilidad» es más acerca de un tipo de «credibilidad» o «plausibilidad», esto es, acerca de qué tan bien uno pueda justificar la futura actividad de los tribunales. La «plausibilidad» es algo más que la probabilidad teórico-matemática basada en estadísticas, en algún otro dato cuantitativo o en

<sup>13</sup> ROSS, *On Law and Justice*, 55.

el uso de observaciones empíricas. Se relaciona con el hecho de que la ciencia del Derecho —a diferencia, por ejemplo, de las predicciones de la ciencia— se basa en datos, estatus ontológico de lo problemático. Esto puede verse en el modo como uno considera que «existe» una norma, una decisión judicial o una costumbre. Estos datos son ontológicamente difíciles, del mismo modo que la «existencia» del lenguaje. Son parcialmente dependientes del sujeto y de sus intereses.

Es obvio que las percepciones acerca de las predicciones científicas (lecturas métricas, imágenes en un microscopio electrónico, etc.) también necesitan ser interpretadas, pero es clara la diferencia con las percepciones que apoyan predicciones jurídicas. Como intérprete de sus predicciones, alguien comprometido con la ciencia del Derecho también pertenece a la comunidad que, en primera instancia, produjo los datos interpretados. Esta persona evalúa los datos desde un punto de vista interno y no es un observador objetivo del mismo modo que lo es un físico observando las mediciones en un metro o en cualquier otro equipo técnico. Un jurista ya ha aprendido el lenguaje en el que y en relación con el que se produce la interpretación.

Esto puede ser denominado el *punto de vista interno epistémico*. En cierto sentido es la clave tanto de la crítica a ROSS como de la teoría de la argumentación representada en este aporte. El «punto de vista interno epistémico» combina las aproximaciones intelectuales del estudioso y del juez hacia el Derecho, por ejemplo, hacia las fuentes del Derecho y la manera de usarlas. El estudioso no sólo comprende sino acepta el mismo material de las fuentes usado por el juez. La diferencia entre ambos reside en el hecho que el estudioso no se compromete con la ideología judicial del mismo modo como lo hace el juez. Para el juez, el material de las fuentes es la motivación básica para resolver el caso. El estudioso no resuelve nada pero recomienda ciertas soluciones para ciertos casos típicos lo que presupone un compromiso con la ideología judicial de la que dispone.

Si no se cuenta con un punto de vista interno epistémico adecuadamente compartido, el estudioso y el juez no se pondrán de acuerdo sobre el contenido del Derecho y, en situaciones extremas, podrían no entender el lenguaje que usa el otro. Este adecuado y compartido (común) punto de vista también separa al estudioso del Derecho y al juez del *punto de vista externo epistémico* representado, por ejemplo, por un sociólogo que sigue un método empírico<sup>14</sup>. Para sus investigaciones el sociólogo necesita, por supuesto, cierta información interna para entender el juego judicial. Dependiendo del propósito de su investigación, podría aceptar también cierto material jurídico como su base, así como un conjunto de reglas y principios que guíen el razonamiento jurídico. Sin embargo, el sociólogo del Derecho nunca se compromete con la ideología judicial. Su método es descriptivo y explicativo, no interpretativo, como el método del estudioso del Derecho.

Por otro lado, los estudiosos, así como el sociólogo y el juez, tienen una posición *organizacionalmente* distinta en relación con el Derecho. Sólo el juez está «dentro» de la organización jurisdiccional. Hace uso del poder por lo que su posición puede ser denominada *organizacionalmente interna* para distinguirla del punto de vista organizacionalmente externo de los estudiosos.

<sup>14</sup> ROSS, *On Law and Justice*, 47.

Como fuera señalado, una genuina predicción siempre se orienta hacia el futuro aunque se base en hechos pasados. Esto supone un problema: Al final, ¿cuál es el objetivo de la predicción? Hay múltiples respuestas para esta cuestión:

1. La predicción está dirigida hacia el *resultado final* del caso a la mano (por ejemplo, «el Tribunal Supremo declarará la consecuencia X»).
2. La predicción se empeña por hacer *comprensible* una futura decisión, por dotarla de un sustento interpretativo (por ejemplo, «la decisión X del Tribunal Supremo en el caso Y se explica por Z»).
3. El estudioso intenta *anticipar los (públicos) argumentos* empleados por los tribunales.
4. El estudioso predice la *norma (probable, creíble, etc.) en la que se basará la decisión*, aunque la norma no esté escrita.

Tomando en cuenta la perspectiva de la ciencia del Derecho de ROSS, las alternativas 1-3 pueden ser descartadas. Si la predicción únicamente estará referida al resultado final de un cierto caso no cumplirá los requerimientos básicos de la ciencia del Derecho. Contrariamente a la labor de un abogado o cualquier consejero legal involucrados en ciertos casos, la labor del estudioso del Derecho no es anticipar los resultados de decisiones *singlares*.

En cuanto a la alternativa 2 es incluso difícil hablar de una predicción. Hacer predecibles los futuros casos no es del todo una predicción. Es una explicación lo que, en el caso de la alternativa 2, puede a lo más ser una referencia para una «conformidad explicativa» de los fundamentos motivacionales del juez.

La alternativa 3 no es más prometedora. El que tengamos algún modo de anticipar los argumentos que *de hecho* usarán los tribunales no necesariamente nos dice cuál es el contenido del Derecho válido. Como observa ROSS en reiteradas ocasiones —como un verdadero realista— los argumentos pueden no ser sino *fachadas*. La decisión puede justificarse con argumentos completamente distintos a los usados de hecho por el juez o querer decir algo completamente distinto. En ocasiones, la decisión puede ser tomada, incluso, sin un solo argumento racional.

Como señaló J. FRANK, en caso extremos, la úlcera del juez, su pelea matutina con su esposa o el que hubiera perdido la calma en el tráfico tiene una influencia decisiva en el veredicto. Los argumentos se piensan pero no pueden ser tomados literalmente. Esto es, de algún modo, cierto. No podemos saber lo que realmente piensa el juez, únicamente recibimos los argumentos debiendo luego manejarnos con la *fachada*<sup>15</sup>.

ROSS no tomó todo esto en serio. Incluso la ciencia del Derecho no predice meras «fachadas». Intenta alcanzar algo más profundo, más genuino, y haciéndolo, predice información normativa. ¿Qué es esto?

La respuesta está ligada a la alternativa 4 en combinación con la alternativa 1. Para ROSS la genuina predicción concierne a las premisas usadas por los jueces, esto es, a la *ideología judicial*. Señala que si fuéramos capaces de predecir las premisas jurídicas del caso, podríamos predecir también las conclusiones. De esta manera ROSS sitúa la

<sup>15</sup> *Vid.*, en general, SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, 137 y ss., FRANK habla acerca de la «teoría del Derecho euclidiana», FRANK, 1932, 568 y ss.

ideología judicial en el centro de su teoría predictiva. La predicción intenta alcanzar la ideología normativa *efectiva* (de hecho) o una que pueda *pensarse* en ser efectiva.

La predicción no tiene que ver con los argumentos individuales empleados por el tribunal, pero sí con si una determinada norma —en nuestro caso *D*— pertenece o no a la ideología normativa aceptada por el juez. La sigue debido a que ha *internalizado la ideología normativa de un modo no forzado*. Por esta razón, la norma constituye un genuino fundamento motivacional para la decisión del juez. El fundamento motivacional del juez y su conocimiento de los hechos es lo que finalmente define su decisión. De ahí la importancia que para la ciencia del Derecho tiene conocer qué fundamento motivacional (normativo) compromete al juez.

Este es el punto en el que A. ROSS debe ser claramente distinguido de los realistas americanos, a los que R. S. SUMMERS denomina «prediccionistas robustos» como, por ejemplo, O. WENDEL HOLME y aún más de los así autodenominados (H. OLIPHANT). Por otro lado, existen similitudes entre la visión rossiana y el modo como los realistas americanos aceptan el rol de las normas. Es importante notar también lo que los prediccionistas americanos dicen acerca de la separación entre el Derecho y la moral y comparar esta posición con la aceptada por ROSS<sup>16</sup>.

De acuerdo con ROSS, el contenido de la ideología normativa se define por las fuentes del Derecho, componente esencial del Derecho válido. A su vez, la ideología normativa consiste en directivas que no regulan inequívocamente la decisión final pero dan una pauta o estándar de acuerdo con el que el juez pueda encontrar, finalmente, la directiva decisiva. Pertenecen a esta ideología normativa no solo las normas jurídicas sino también las costumbres y pautas morales.

ROSS denomina a su concepción *comportamiento ideológico*<sup>17</sup>. Apunta a anticipar la conducta pero elige como objetivo la ideología que guía la conducta. Aquí ROSS está lejos de un rígido esquema de estímulo-respuesta-conducta y marca distancia también con un ordinario realismo de tribunales. Aún así, la teoría predictiva encara también otros desafíos.

Primero, puede cuestionarse la *utilidad* de la teoría predictiva. Un juez no está del todo interesado en conocer la *predicción de sus propias acciones*. Sus intereses están referidos al *modo como debe actuar*, esto es, al contenido de los fundamentos normativos *obligatorios* del caso. Hay, sin embargo, una deficiencia aún más seria en la teoría predictiva. No permite la *crítica a la actividad de los jueces*.

R. S. SUMMERS toca este punto: «La idea del abogado implícita en [...] el prediccionismo no proporciona específicamente el trabajo que hacen los abogados decidiendo cómo debería ser ejercido el poder estatal, qué *debería ser* el Derecho y si el Derecho existente es bueno o malo [...] las proposiciones jurídicas son normativas por naturaleza»<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Vid. más en SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, 101-175.

<sup>17</sup> ROSS, *On Law and Justice*, 55.

<sup>18</sup> R. SUMMERS discute el mismo problema cuando describe así las fallas del prediccionismo: «Un prediccionismo fuerte es normativamente neutral. No concibe a los enunciados sobre el Derecho como estándares en relación con los cuales juzgar (y criticar) las acciones y no distingue —en sus formas más extremas— entre bases legítimas e ilegítimas de la predicción», SUMMERS, *op. cit.*, 129. Vid. también ZAHLE, 334 y ss.

Esta función crítica de la ciencia del Derecho (positivismo crítico) ha sido enfatizada también por S. JØRGENSEN y H. ZAHLE, entre otros.

La ciencia del Derecho aspira a evaluar las interpretaciones en la aplicación y brindar una constructiva retroalimentación a los tribunales. La tarea social de la ciencia del Derecho es parcialmente normativa y, aceptando esta tarea normativa, la convierte en necesariamente crítica hacia la práctica judicial. La ciencia del Derecho da recomendaciones razonadas de lo que es actuar de manera correcta en ciertas situaciones típicas. La ciencia del Derecho que sólo es predictiva, es únicamente un lacayo y no el supervisor de los tribunales.

El propio ROSS rechazó esta crítica. Para él, la teoría predictiva no hace a la ciencia del Derecho un esclavo de la práctica (*slave of praxis*). Su respuesta se asocia firmemente con sus hipótesis teóricas iniciales. ROSS dice que las predicciones «viven» constantemente. Cuando hay nueva información sobre las acciones del juez, la predicción se ajusta. La predicción A1 en el caso Y no es probable si, consideradas todas las cosas incluida la decisión anterior X, es probable que el caso Y no se decida como se decidió X. Así, la ciencia predictiva del Derecho es todo el tiempo dinámica. Toma en cuenta toda la nueva información acerca de los cambios de la ideología normativa. Hay, todavía, una pregunta abierta: ¿En qué conocimiento se basa la predicción?

Según una interpretación ortodoxa de la teoría rossiana, la ciencia del Derecho se basa en la investigación empírica referida a la conducta de jueces. Es por esto que, de acuerdo con ROSS, la doctrina de las fuentes del Derecho no es de naturaleza normativa. Dicha doctrina es, en cambio, descriptiva y presenta el contenido de la ideología judicial en el uso real, material que puede ser empíricamente observado.

Sin embargo, uno debe conocer acerca de algo antes de preguntar por su nombre. Esto vale también para las predicciones. Para predecir la conducta de los jueces uno ya debe tener alguna idea acerca de la ideología judicial prevaleciente en el tribunal, así como de su rol en el procedimiento de la toma de decisión del juez. Sin embargo, esto todavía no es suficiente. Para una predicción uno también necesita información acerca de la ideología normativa efectiva. Es aquí donde ROSS tiene un problema: ¿En qué ámbito puede formarse en la práctica una concepción acerca de la ideología judicial?

Entrevistar a los jueces no puede ser la respuesta. Ello produce algo así como la legitimación de los que los jueces sienten (ven) que sea el correcto modo de actuar antes que la información acerca de la ideología normativa efectiva. Cuando se le pregunta cuestiones esenciales, el hombre trata de dar la mejor imagen posible de sí mismo y los jueces son solo seres humanos.

Sólo queda una posibilidad. La predicción debe basarse en lo que uno conoce del pensamiento de los jueces en general. El estudioso debe presumir que lo que piensan los jueces acerca del contenido del Derecho es similar a lo que piensan otros abogados, incluido el propio estudioso. Como vemos, el «predictor» debe tener a su disposición el *mismo punto de vista interno epistémico que los jueces*. Sin él, el estudioso no tiene manera de comprender las acciones de los jueces.

Esto significa que el estudioso debe estar dentro del mismo mundo normativo que el juez, esto es, tiene que internalizar las mismas fuentes de información, y viceversa. La cuestión no es sólo acerca de cómo el estudioso encuentra las fuentes descriptivas

del Derecho. También las interpreta, las entiende y las pone en el orden de preferencias. El estudioso dota a las fuentes del Derecho de un contenido que asume como correspondiente con el modo general como *la comunidad jurídica piensa* acerca de las fuentes del Derecho. De acuerdo con este principio, el estudioso y el juez deben usar (casi) los mismos:

1. Fuentes del Derecho.
2. Estándares jurídicos de razonamiento.
3. Algunos principios similares de la discusión racional.

Por decirlo en pocas palabras, el estudioso necesariamente debe asumir que el juez ha adoptado un modo de pensar parecido al suyo, aunque no necesariamente idéntico. De esto se sigue que la predicción jurídica es esencialmente similar a cualquier tipo de *argumentación basada en las fuentes del Derecho*. No hay otro modo de anticipar la actividad de los tribunales que usar el material de las fuentes aceptado por la comunidad jurídica en general.

La teoría predictiva rossiana no se toma en serio este dilema. Es por esto que su teoría conduce a simples *pseudo predicciones*. El estudioso podrá tener, por supuesto, una *intención* predictiva pero, de hecho, debe basar las predicciones exactamente en el mismo material de las fuentes que la ciencia no predictiva del Derecho. Esta conclusión no es diferente únicamente por nombrar las declaraciones como predicciones. Hasta donde concierne a su contenido no son sino interpretaciones doctrinales, ponderaciones, modos de colmar lagunas normativas empleando deliberaciones *contra legem* o eliminación de contradicciones.

A mi parecer, ROSS fue consciente de los problemas inherentes a las pseudo predicciones aunque no bosquejó las conclusiones necesarias para estas dificultades. Incluso notó que las predicciones de la ciencia del Derecho se vinculan con las mismas características de ser *autorrealizables* como las «predicciones» acerca de la sociedad en general. Cuando la predicción se hace pública, tiende bastante a menudo a provocar exactamente las consecuencias que eran anticipadas en la predicción. Esto es así porque tanto el predictor como su objetivo se entrelazan con el mismo sistema social y se limita a las mismas bases normativas.

Lo dicho anteriormente no significa que ROSS abandonó sus puntos de partida empiristas. Al contrario, su *intención* era —de principio a fin— formular una auténtica teoría realista (predictiva) para el estudio del Derecho. Sin embargo, ROSS no pudo sostener coherentemente sus tesis empiristas. Su escasamente noticable separación del positivismo lógico es una consecuencia necesaria de rechazar la teoría jurídica puramente conductista. El elemento esencial de su teoría predictiva es la noción de ideología judicial que, a su vez, es un fenómeno normativo.

Así como ROSS se apresuró en negar que la tarea de la ciencia del Derecho es examinar el proceso motivacional del juez mediante las herramientas de la psicología, en realidad ahí no había más que la aceptación, hasta un cierto grado, de un punto de vista no positivista. La teoría de ROSS es tanto conductista como *idealista*.

Este mismo elemento en la teoría predictiva de ROSS *conduce necesariamente* a una conclusión final no-positivista: la ciencia del Derecho es, en cuanto a su naturaleza, *interpretativa* o, como prefiero decirlo, hermenéutica no empírica. Desde un punto

de vista ligeramente distintos, la ciencia del Derecho es la reconstrucción racional de cómo *deben* actuar los jueces al igual que los ciudadanos.

Esta normatividad constituye el bloque con el que tropiezan todas las teorías realistas del Derecho, incluido el modelo de A. ROSS, aún cuando aceptó abiertamente la política jurídica —*sententia ferenda*— como una parte de la ciencia del Derecho. Más aún, quiso que la ciencia del Derecho fuera algo «más», es decir, algo desprovisto especialmente de consideraciones morales. En este propósito, ROSS dio a la ciencia del Derecho una máscara para ocultar las reales investigaciones prácticas. Como ha sido reiteradamente enfatizado, la ideología judicial consiste (parcialmente) en un material no empírico de las fuentes, así como en estándares para usarla. El estudioso que trata con el material de las fuentes no puede evitar las *opciones*. Estas opciones se basan en ciertas prioridades que a su vez presuponen, entre otras cosas, el uso de *estándares morales*. Así, el común punto de vista interno compartido por los estudiosos y por el juez lleva necesariamente a la conclusión que las predicciones rossianas no son realmente sino pseudo predicciones.

(Traducción de Félix Morales Luna)

## BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., 1976: *On Legal Reasoning*.
- 1994: «Is Legal Science a Social Science?», en W. KRAWIETZ, N. MACCORMICK y G. H. VON WRIGHT (eds.), *Perspectives on Formality and Normative Rationality in Modern Legal System. Festschrift for Robert S. Summers*, 3 y ss.
- AARNIO, A., y PECZENIK, A., 1985: «Más allá del realismo: Una crítica de la reconstrucción de la dogmática jurídica, por A. Ross», *Revista de Ciencias Sociales*, 5, 127 y ss.
- 1995: «*Suum Cuique Tribuere*. Some Reflections on Law, Freedom and Justice», *Ratio Juris*, 8, 142 y ss.
- BJARUP, J., 1978: *Skandinavisches Rechtsrealismus*.
- 1980: «Reason and Passion. A Basic Theme in Hägerströms Legal Philosophy», *Rechtstheorie*, 11, 152 y ss.
- FRANK, J., 1932: «Mr. Justice Holmes and non-Euclidean Legal Thinkig», *Cornell Law Quarterly*, 17, 568 y ss.
- HÄGERSTRÖM, A., 1929: «Selbstdarstellung», *Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Band 7.
- 1953: *Inquiries into the Nature of Law and Morals*.
- HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*.
- 1962: *Law, Liberty and Morality*.
- 1983: «Scandinavian Realism», *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 161 y ss.
- ILLUM, K., 1968: «Some Reflections on the Method of Legal Science and on Legal Reasoning», *Scandinavia Studies in Law*, 49 y ss.
- JOERGENSEN, S., 1969: «Argumentation and Decision», *Festschrift til professor, dr. jur. & phil. A. Ross*, 381 y ss.
- KELSEN, H., 1960: *Reine Rechtslehre. 2. Aufl.*
- LAGERSPETZ, E., 1995: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*.

- 2009: *Oikeusteorian vuosisata (The Century of Legal Theory)*.
- OLIVECRONA, K., 1971: *Law as Fact*, 2.<sup>a</sup> ed.
- ROSS, A., 1929 (1989): *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positive Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*.
- 1946 (1989): *Towards a Realistic Jurisprudence. Criticism of the Dualism of Law*.
- 1953: *Om ret og retfaerdighed*.
- 1958: *On Law and Justice*.
- SUMMERS, R. S., 1982: *Instrumentalism and American Legal Theory*.
- VON WRIGHT, G. H., 1968: *An Essay on Deontic Logic and the General Theory of Action. Acta Philosophica Fennica*.
- 1972: *Normien eksistenssi (The Existence of Norms; Lecture in Finnish, mimeograph)*, 1968, 281 y ss.
- 1985: «Is and Ought», en E. BULYGIN, J.-L. GARDIES e I. NIINILUOTO (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, 263 y ss.
- WITTGESTEIN, L., 1967: *Philosophical Investigations*.
- ZAHLE, H., 1959: «Kritik af en restteori. Om A. Ross's opfattelse af retsvidenskaben (Critical Study on a Legal Theory. On A. Ross' View of Legal Science)», *Scandinavian Studies in Law*, 3, 227 y ss.



# UNA DEFENSA DEL CONVENCIONALISMO JURÍDICO \*

Josep M. Vilajosana

*Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)*

**RESUMEN.** Este trabajo muestra que la existencia de un sistema jurídico requiere la presencia de una práctica unitaria de identificación de normas. El autor sostiene que esa práctica consiste en una convención constitutiva, que permite identificar de manera autónoma el Derecho de una determinada comunidad. Se pone de relieve de este modo una forma específica en que el Derecho es una creación social: del mismo modo que la existencia del dinero requiere la creencia de que éste existe, también la existencia de un sistema jurídico depende, en última instancia, de un conjunto de creencias compartido por las personas relevantes. El planteamiento de esta posición y de sus ventajas se lleva a cabo a lo largo de los apartados 2, 3, 4 y 5. El último apartado se dedica a examinar y a descartar cinco posibles objeciones a una tesis convencionalista como la que aquí se defiende.

**Palabras clave:** hechos sociales, convención, existencia del Derecho, realidad social, convencionalismo, regla de reconocimiento, reglas constitutivas.

**ABSTRACT.** This paper shows that the existence of a legal system requires the presence of a unitary practice of identification of rules. The author holds that this practice consists of a constitutive convention, which allows identifying the Law of a determinate community in an autonomous way. A specific way in which the Law is a social creation is like the existence of money. Money exists only if people believe that it exists, and also the existence of a legal system depends, ultimately, on a set of beliefs shared by the relevant persons. The conventionalist thesis that is defended here develops in sections 2, 3, 4 and 5, highlighting its advantages. In the last section five possible objections are rejected.

**Keywords:** social facts, convention, existence of Law, social reality, conventionalism, rule of recognition, constitutive rules.

---

\* Fecha de recepción: 24 de febrero de 2010. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2010.

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

**H**ay usos muy distintos de la palabra «convención» y no todos ellos son relevantes en esta sede. Podría decirse que el sentido más general en el que suele hablarse de que algo es convencional consiste en equipararlo a algo que es artificial (una creación humana) y contraponerlo a lo que es natural (algo cuya existencia no dependería de la intervención de los seres humanos). Pero, al ser tan general, este concepto de convención resulta poco apropiado para dar cuenta de fenómenos sociales característicos como el Derecho. De hecho, todos los fenómenos sociales, justamente por no ser naturales, serían en este sentido convencionales. De ahí que las convenciones de las que se suele hablar en teoría del Derecho tengan que ver con hechos sociales, pero con algún rasgo adicional.

Como una primera aproximación, que más adelante matizaré, se entiende que los hechos sociales consisten en una serie de conductas de los miembros de una determinada sociedad con una característica básica: se trata de acciones que se realizan teniendo en cuenta la conducta de los demás. Adicionalmente, el rasgo convencional surge cuando se puede formular con sentido y para cada comportamiento verbal y no verbal de los participantes un contrafáctico como éste: «Si los demás no dijese y no hiciesen lo que hacen yo no diría lo que digo o haría lo que hago». Ésta ya es una forma específica de considerar las convenciones y que no es meramente equiparable a lo que sea artificial o social. Más bien, la contraposición ahora ya no es entre lo social y lo natural, sino, dentro ya de lo social, entre lo que es reflejo de una *convención* (que sería lo que acabamos de ver) y lo que es fruto de una *convicción*. Esto último podría ser representado a través de un contrafáctico que correría paralelo al anterior: «aunque nadie dijese lo que dice o hiciese lo que hace, yo diría lo que digo o haría lo que hago»<sup>2</sup>.

La discusión actual acerca del carácter convencional del Derecho tiene más bien que ver con este sentido y arranca de la toma en consideración del trabajo del filósofo D. LEWIS, *On Convention*, en el que se trata técnicamente el concepto de convención vinculándolo a la literatura acerca de teoría de los juegos y el análisis de las decisiones estratégicas. De ahí pasó a la teoría del Derecho, básicamente a través de la interpretación de la regla de reconocimiento de HART como una convención en el sentido de LEWIS. Aunque con algunas diferencias significativas entre ellos, se puede rastrear esa historia a través de los trabajos pioneros de ULLMANN-MARGALIT (1977) y de POSTEMA (1982), hasta llegar a los más recientes de LAGERSPETZ (1995), MARMOR (1996), SHAPIRO (2001) y COLEMAN (2001). Entre nosotros también se han dado pasos en esta dirección<sup>3</sup>.

Ahora bien, como ha indicado BAYÓN, el rótulo «convencionalismo» puede ser usado en dos sentidos diferentes<sup>4</sup>. En uno de ellos, hablaría sólo de las *condiciones de*

<sup>1</sup> La investigación para este trabajo ha sido parcialmente financiada por el Ministerio de Educación y Ciencia, con una ayuda del programa CONSOLIDER INGENIO 2010 (CSD2009-0056).

<sup>2</sup> La formulación de estos contrafácticos la tomo de NARVÁEZ, 2004: 280.

<sup>3</sup> Hay que destacar los trabajos de J. C. BAYÓN y de M. NARVÁEZ, citados a lo largo de este trabajo. También puede verse VILAJOSANA, 2003: 2006.

<sup>4</sup> BAYÓN, 2001.

*existencia* del Derecho, afirmando que éste consiste en una realidad convencional, en un producto de interacciones humanas. Pero no todas las reglas convencionales serían convencionales en el mismo sentido: sólo algunas reglas convencionales —en el sentido lato que equivale a reglas sociales— serían específicamente convenciones en el sentido técnico que es familiar en teoría de juegos a partir de la obra citada de LEWIS, esto es, como una solución a un problema de coordinación. En tal sentido, una convención puede ser vista a la vez como un hecho social y un entramado de razones para actuar, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico es una convención de esta clase, como modo de reconciliar el carácter social y la normatividad del Derecho. Esta última acepción del convencionalismo sería no ya relativa a las condiciones de existencia del Derecho, sino a su *normatividad*.

En este trabajo me referiré básicamente al primer sentido, si bien aludiré en su momento a algunos problemas que se esconden tras la pregunta acerca de la normatividad. En lo que sigue mostraré que la existencia del Derecho en una determinada sociedad requiere la presencia de una práctica unitaria de identificación de normas. Sostendré que esa práctica consiste en una convención constitutiva, que permite identificar de manera autónoma el Derecho de una determinada comunidad. Espero poner de relieve de este modo una forma específica en que el Derecho es una creación social: del mismo modo que la existencia del dinero requiere la creencia de que éste existe, también la existencia de un sistema jurídico depende, en última instancia, de un conjunto de creencias compartido por las personas relevantes. El planteamiento de esta posición y de sus ventajas la llevaré a cabo a lo largo de los apartados 2, 3, 4 y 5. El último apartado lo dedicaré a examinar y a descartar cinco posibles objeciones a una tesis convencionalista como la que aquí defiendo.

## 2. LA TESIS SOCIAL

Pocas dudas caben acerca de que el Derecho es un fenómeno social. Una forma de expresarlo es que, de algún modo, el Derecho depende de hechos sociales.

Sin embargo, en la literatura sobre la relación entre hechos sociales y Derecho se puede apreciar una gran variedad terminológica y de contenido. Sólo para tomar alguna muestra representativa de la teoría del Derecho contemporánea, mencionaré algunas definiciones que pretenden recoger intuiciones parecidas.

Por ejemplo, RAZ habla de «la tesis de las fuentes sociales» al decir que «una teoría del Derecho es aceptable sólo si su test de identificación del contenido del Derecho y determinación de su existencia depende exclusivamente de hechos sobre la conducta humana susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a ningún argumento moral»<sup>5</sup>.

Por su lado, POSTEMA sostiene lo que llama «tesis social»: «El Derecho es un hecho social; lo que cuenta como Derecho y lo que no, es material de hecho acerca de la conducta social humana e instituciones que pueden ser descritas en términos que no impliquen ninguna evaluación de la conducta de las instituciones. Entendemos el

<sup>5</sup> RAZ, 1979: 41-42 y 47.

Derecho sólo si lo entendemos como una clase de institución social que puede decirse que existe sólo si es realmente vigente y dirige la conducta humana en la comunidad. Toda teoría general del Derecho que sea adecuada debe ofrecer una aproximación satisfactoria del Derecho como fenómeno social»<sup>6</sup>.

COLEMAN ha dado el nombre de «tesis de los hechos sociales» a aquella que pretendería sostener que «siendo el Derecho una práctica social normativa, es hecho posible por algún conjunto de hechos sociales»<sup>7</sup>.

Por último, ZIPURSKY ha hablado de «modelo de los hechos sociales» para referirse al que sostendría quien afirmase que «una proposición jurídica es verdadera de acuerdo con ciertos hechos sociales»<sup>8</sup>.

Este elenco, por supuesto, carece de pretensión exhaustiva, pero ayuda a poner de relieve dos cosas. En primer lugar, no sólo la presencia de una nomenclatura variada, sino la diversidad de intereses cognoscitivos que están en juego. Así, mientras unos enfatizan los aspectos *ontológicos*, otros toman en cuenta las cuestiones *epistemológicas*, cuando no *semánticas* o *metodológicas*. Y todo ello, a veces, dentro de la misma definición. Así ocurre, emblemáticamente, con la formulación de la tesis social de POSTEMA, cuya primera parte contiene una tesis *ontológica* («El Derecho es un hecho social...»), sigue con una tesis *epistemológica* («Entendemos el Derecho...») y culmina con una tesis *metodológica* («Toda teoría general del Derecho que sea adecuada debe...»).

En segundo lugar, y después de todo, tal vez se dé alguna coincidencia entre ellos. Este mínimo punto en común podría ser una versión *ontológica* de la Tesis social (TS), sobre cuya elucidación versarán las páginas que siguen y que puede enunciarse así:

(TS): La *existencia* del Derecho depende de la *existencia* de determinados hechos sociales.

A su vez, (TS) requiere un ulterior examen, que establezca cuál es la relación de dependencia que se predica y en qué consisten los hechos sociales a los que se alude<sup>9</sup>.

### 3. LA RELACIÓN DE DEPENDENCIA ENTRE HECHOS SOCIALES Y DERECHO

Respecto a la naturaleza de las entidades a las que se alude en (TS), se pueden adoptar básicamente dos posiciones. Una, que podemos llamar *reduccionista*, sostendría que las normas jurídicas *son* hechos sociales y el Derecho, por tanto, está formado por hechos sociales<sup>10</sup>. Otra, que llamaríamos *no reduccionista*, en cambio, entendería que de alguna forma las normas jurídicas y, con ellas, el sistema jurídico de una deter-

<sup>6</sup> POSTEMA, 1982: 165.

<sup>7</sup> COLEMAN, 1982: 395.

<sup>8</sup> ZIPURSKY, 2001: 225.

<sup>9</sup> La tesis social puede ser interpretada de dos maneras distintas. Una, como fundamento de enunciados jurídicos externos (en la terminología de HART); otra, como base de los enunciados jurídicos internos. Vaya por delante que lo que aquí interesa es la primera de estas dos interpretaciones, como creo poner de relieve a lo largo del texto. Para apreciar las dificultades de la segunda interpretación, *vid.* TOH, 2008.

<sup>10</sup> Ésta es, como se sabe, la posición de OLIVECRONA, al menos en la primera edición de su famoso libro, *Law as Fact*. *Cfr.* OLIVECRONA, 1939.

minada comunidad *superviene* a determinados hechos sociales sin identificarse con ellos<sup>11</sup>. No voy a discutir más sobre esta cuestión<sup>12</sup>. Baste decir por ahora que esta segunda posición, mayoritaria en la doctrina iusfilosófica actual, será la presupuesta en este trabajo, por cuanto supone una adaptación a la práctica lingüística de los juristas<sup>13</sup>.

Sin embargo, a los efectos de clarificar la relación de dependencia entre hechos sociales y Derecho que se postula en la Tesis social no basta con acordar que el Derecho superviene a determinados hechos sociales. Se requiere, además, profundizar en el análisis de esta relación. En efecto, puede sostenerse que la existencia de determinados hechos sociales es o bien condición necesaria o bien condición necesaria y suficiente de la superveniencia del Derecho.

Si se mantiene que la existencia de hechos sociales es *condición necesaria*, pero no suficiente, de la superveniencia del Derecho, lo que se afirma es que sin determinados comportamientos y actitudes de los seres humanos de una determinada sociedad no existiría el Derecho de esa sociedad, pero que tales conductas y actitudes no son lo único que se requiere para dar lugar a los sistemas jurídicos. Se puede exigir, por ejemplo, que el contenido de las normas dictadas a partir de un determinado procedimiento no contradiga lo dispuesto en un Derecho ideal o racional. Si (TS) se interpreta de esta forma, podría ser una tesis perfectamente aceptada por la mayor parte de los autores no positivistas, ya que éstos no niegan que deban darse algunos hechos sociales para identificar el Derecho de una determinada sociedad (¿cómo si no podríamos distinguir el Derecho de la sociedad A del Derecho de la sociedad B?). Lo que no aceptan estos autores es que eso sea lo único que se requiera para desarrollar tal identificación<sup>14</sup>.

Por tanto, lo que aquí se dirá debería ser de utilidad tanto para positivistas como para no positivistas, ya que la indagación es acerca de las condiciones de existencia del Derecho *positivo*. Parafraseando a BAYÓN, lo que aquí sostengo no es una tesis acerca del contenido mínimo del positivismo, sino más bien una tesis sobre el contenido mínimo del Derecho positivo<sup>15</sup>.

Si se mantiene que la existencia de hechos sociales es *condición necesaria y suficiente* de la superveniencia del Derecho, lo que se afirma es que sin determinados comportamientos y actitudes de los seres humanos de una determinada sociedad no existiría el Derecho de esa sociedad y que tales conductas y actitudes son lo único que se requiere

---

<sup>11</sup> *Vid.*, por todos, COLEMAN, 2001. Podría decirse que ello ocurre, por ejemplo, en el sentido de las normas-prescripción.

<sup>12</sup> En puridad, se podrían sostener dos posiciones no reduccionistas. Una, eliminativista, que consistiría en sostener que puesto que no cabe la reducción y no hay más entes que los empíricos, entonces en ningún sentido significativo se puede decir que las normas jurídicas existen; otra, emergentista, que admitiría que hay un espacio para los entes normativos. La visión de la superveniencia de las normas jurídicas que se defiende en el texto vendría a ser una versión del emergentismo. Para esta terminología, algo adaptada, *vid.* NETA, 2004: 200. Para una posición emergentista, pero con distinto alcance del que aquí se defiende, *cfr.* GREENBERG, 2004.

<sup>13</sup> *Vid.*, en esta línea, por ejemplo, PECZENIK y HAGE, 1999.

<sup>14</sup> Piénsese, por poner sólo dos ejemplos significativos, en el «derecho humano» del que habla TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologica*, I-II, 90, y 95 a 1), o el Derecho en su «etapa preinterpretativa», en palabras de DWORKIN: «*First, there must be a "preinterpretative" stage in which the rules and standards taken to provide the tentative content of the practice are identified*» (DWORKIN, 1986: 65-66).

<sup>15</sup> El título del trabajo de BAYÓN al que hago referencia es «El contenido mínimo del positivismo jurídico». *Cfr.* BAYÓN, 2001.

para dar lugar a los sistemas jurídicos. Ésta es seguramente la posición que identifica más claramente al positivismo jurídico y en la que no pueden estar de acuerdo ni los autores iusnaturalistas ni DWORKIN. Prescindo aquí de la división dentro del positivismo de los llamados positivismo «incluyente» y «excluyente». Para dar cuenta de esta discusión se requiere una posterior distinción entre las condiciones de existencia de los *criterios de pertenencia* de las normas a un determinado sistema jurídico y el *contenido* de esos criterios. Para el positivismo excluyente ambas cuestiones remiten necesariamente a hechos sociales; para el positivismo incluyente, los hechos sociales sólo tienen que aparecer necesariamente como condiciones de existencia de los criterios, pero no del contenido de los mismos<sup>16</sup>.

## 4. HECHOS SOCIALES

### 4.1. Hecho social y hecho convencional

Qué quepa entender por «hecho social» es una cuestión nada clara en la literatura filosófica general<sup>17</sup> y en la iusfilosófica en particular. Así, no resulta infrecuente encontrar en un mismo texto distintos usos, muchas veces sólo implícitos, de esta expresión. Por lo que ahora nos concierne, pueden distinguirse dos sentidos que podemos llamar general y particular.

En sentido *general*, con la expresión «hechos sociales» se haría referencia a los comportamientos, actitudes y creencias de las personas que viven en sociedad. En sentido *particular*, se reservaría la expresión «hecho social» para una subclase de esos comportamientos, actitudes y creencias, caracterizada por la presencia, entre otros rasgos a los que después aludiré, de «creencias mutuas»<sup>18</sup>, «intencionalidad colectiva»<sup>19</sup>, «conocimiento común»<sup>20</sup> o «razones interdependientes»<sup>21</sup>.

Los dos sentidos son relevantes para la teoría del Derecho, pero conviene no confundirlos. En efecto, únicamente si se emplea el sentido *general* cabe luego la posibilidad de decir que autores tan emblemáticos del positivismo jurídico como son AUSTIN y HART mantienen la Tesis social, puesto que entendido «hecho social» en su sentido *particular*, tal tesis sería sostenida por HART, pero tal vez no por AUSTIN. Es, en efecto, central a la teoría del Derecho hartiana la presencia del punto de vista interno, que en mi opinión, como veremos, remite necesariamente al concepto de creencia mutua o de conocimiento común. La doctrina de AUSTIN, en cambio, se caracteriza por dar una explicación del fenómeno jurídico en términos de hábito de obediencia, que precisamente no requiere la presencia de tal elemento<sup>22</sup>.

<sup>16</sup> Por tanto, tampoco entraré a discutir si la visión convencionalista del Derecho es compatible o no con el positivismo incluyente. En contra de esta posibilidad, *cfr.* DWORKIN, 1986: 124-130; a favor, *cfr.* COLEMAN, 1998.

<sup>17</sup> Para un análisis exhaustivo del concepto de hecho social, *vid.* GILBERT, 1989.

<sup>18</sup> En terminología, por ejemplo, de LAGERSPETZ. *Cfr.* LAGERSPETZ, 1995.

<sup>19</sup> Por usar la expresión de SEARLE. *Cfr.* SEARLE, 1995.

<sup>20</sup> En palabras de LEWIS. *Cfr.* LEWIS, 1969.

<sup>21</sup> *Cfr.* HARTOGH, 2002.

<sup>22</sup> *Cfr.* AUSTIN, 1832, especialmente Lección 6.

Si esto es así, habría una buena razón para trazar la distinción entre Tesis social y Tesis convencionalista en este punto. La Tesis social (TS) haría referencia a hechos sociales en general, mientras que la Tesis convencionalista sería una especificación de (TS) que se caracterizaría por aludir a hechos sociales en sentido particular a los que llamaríamos *hechos convencionales*, que serían así una subclase de hechos sociales.

Concretando más, si tomamos como Universo del Discurso la clase de los hechos, éstos pueden dividirse entre hechos naturales y hechos sociales. Los primeros son aquellos cuya existencia es independiente de cualquier estado intencional (creencias, deseos, actitudes), mientras que los segundos son dependientes de estados intencionales colectivos<sup>23</sup>. Estos últimos, a su vez, pueden dividirse entre hechos convencionales y hechos no convencionales.

Los hechos convencionales se caracterizan por la presencia de un comportamiento recurrente, por creencias acerca del mismo que constituyen una razón para seguir dicho comportamiento y por un conjunto de expectativas generadas a partir del conocimiento común de estas circunstancias. Esta caracterización puede concretarse a través de las siguientes cláusulas<sup>24</sup>:

1. La mayoría de los miembros de un determinado grupo realiza una determinada conducta cuando se dan determinadas circunstancias.
2. La mayoría de los miembros del grupo cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para realizar esa conducta en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento común entre la mayoría de los miembros del grupo de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etcétera.

La primera cláusula apunta a la necesidad de que se dé un comportamiento recurrente. Ello excluye, por ejemplo, que puedan darse convenciones de un solo acto, lo que en teoría de juegos serían juegos de una sola tirada. Se precisa, pues, un comportamiento regular.

La segunda cláusula tiene en cuenta el carácter consciente de esa práctica regular. Con ello se descarta que el comportamiento recurrente al que se refiere la primera cláusula pueda darse de forma azarosa: cuando se da un hecho convencional, los participantes que lo generan son conscientes de que su conducta genera esta regularidad de comportamiento.

La tercera cláusula es de la máxima relevancia. Es la que nos permite establecer la diferencia entre actuar por *convención* y actuar por *convicción*. Tal como ya dije anteriormente, para alguien que actúa por convicción, lo que hagan los demás no resulta relevante para su comportamiento, mientras que quien hace algo por convención, el hecho de que exista ese comportamiento recurrente al que se refiere la primera cláusula-

<sup>23</sup> *Vid.*, al respecto, SEARLE, 1995, y ANSCOMBE, 1958: 22-25.

<sup>24</sup> Puede verse el citado texto de LEWIS, 1969 (sus distintas definiciones de «convención», cada vez más sofisticadas, se encuentran en 42, 56 y 78). Prescindo aquí de la discusión concreta de estas cláusulas y de las posibles alternativas, como las de SEARLE (el cual habla de «hecho institucional»), o LAGERSPETZ (el cual habla de «creencia mutua» en vez de conocimiento común), etc. Tomo como modelo la definición de «convención» que aparece en el trabajo de M. NARVÁEZ. *Cfr.* NARVÁEZ, 2004: 312 y ss.

la constituye una razón para realizar la conducta correspondiente. Es la llamada «condición de dependencia», acerca de cuyo alcance he de referirme en el apartado 6.5. Por último, la cuarta cláusula menciona la necesidad de que se dé conocimiento común entre los participantes, al que ya he aludido hace poco. Según LEWIS, se puede definir «conocimiento común» del siguiente modo:

$p$  es conocimiento común entre los miembros de un grupo  $G$  si y sólo si cada uno de ellos:

1. Sabe que  $p$ .
2. Sabe que cada uno de los miembros de  $G$  sabe que  $p$ .
3. Sabe que cada uno de los miembros de  $G$  sabe que cada uno de los miembros de  $G$  sabe que  $p$ ; y así sucesivamente<sup>25</sup>.

La presencia de este conocimiento común en las convenciones es importante, sobre todo, porque supone la plasmación de la idea de expectativa de reciprocidad. Las creencias y actitudes que están presentes en quienes contribuyen a la generación de una convención consisten en su disposición a realizar  $p$  con la condición de que los demás miembros de  $G$  también lo hagan. Es por ello que puede afirmarse que la subsistencia de una convención depende de que varios individuos se conformen a una regularidad de comportamiento, porque se espera que también los demás se conformen *y por la misma razón*. Esto enlaza con una perspectiva propia de la interacción estratégica, según la cual el hecho convencional subsiste no sólo cuando cada miembro de  $G$  realiza  $p$  porque los demás miembros hacen lo mismo, sino que cada cual lo hace porque tiene expectativas fundadas de que los demás harán lo mismo y espera que eso suceda. Pero, además, se espera que los demás tengan también la expectativa de que todos harán lo mismo, y así sucesivamente.

Esta circunstancia pone de relieve que la subsistencia de una convención exige el carácter público de la misma (al menos en relación con los miembros de  $G$ ). El comportamiento recurrente, pues, tiene que ser repetido por todos y a la vista de todos<sup>26</sup>.

## 4.2. La creación de realidad social

Así, pues, los hechos sociales, convencionales o no, conforman la realidad social. Puesto que los hechos sociales se constituyen a través de estados intencionales, se puede afirmar que la realidad social depende de estados intencionales. Ahora bien, esta afirmación puede resultar extraña a primera vista. ¿Cómo puede ser que la realidad esté constituida por estados intencionales? Si esto es así, ¿no se convierte tal realidad en *subjetiva* y, por tanto, en radicalmente inaprensible?

Contestando a la primera pregunta, hay que decir que una de las formas más comunes en la que los estados intencionales contribuyen a la creación de hechos sociales es a través de las llamadas reglas constitutivas, que obedecen a la fórmula acuñada por SEARLE: « $X$  cuenta como  $Y$  en el contexto  $C$ ». En qué medida esto es así respecto al

<sup>25</sup> LEWIS, 1969: 52 y ss., y GILBERT, 1981: 87.

<sup>26</sup> CELANO, 1995: 41.

Derecho y qué relación se da entre los hechos convencionales y las reglas constitutivas, es algo sobre lo que volveré más tarde<sup>27</sup>.

Respecto a la segunda pregunta, conviene distinguir cuidadosamente dos sentidos de la distinción entre objetivo y subjetivo. En sentido *ontológico*, la realidad natural sería objetiva (su existencia es independiente de estados intencionales), mientras que la realidad social sería subjetiva (su existencia es dependiente de estados intencionales). Pero esta distinta conformación de la realidad no impide que *epistemológicamente* ambas puedan ser conocidas de manera objetiva (donde «objetiva» aquí significa «sin implicación valorativa»).

En relación con este extremo, quisiera aclarar que nada de lo dicho prejuzga quién está en mejor posición para «conocer» el Derecho. Suele haber en este sentido una propensión, proveniente de visiones hermenéuticas, a considerar que quienes se hallan en esa posición epistémica privilegiada serían los participantes (en la terminología de HART, quienes sustentan el punto de vista interno). Pero esto no es necesariamente así. También es razonable pensar en una prioridad epistémica del observador. En efecto, podría decirse que el participante, a diferencia del observador, no es capaz de entender cabalmente el fenómeno del cual forma parte, ya que no es consciente de todas las piezas que hay que encajar para comprenderlo<sup>28</sup>.

## 5. HECHOS CONVENCIONALES Y REGLA DE RECONOCIMIENTO

De acuerdo con (TS), la existencia de ciertos hechos sociales sería, al menos, condición necesaria de la existencia de sistemas jurídicos. No todos los teóricos del Derecho coinciden a la hora de establecer qué tipo de hechos sociales son los relevantes. Por ejemplo, en una interpretación bastante extendida, algunos teóricos realistas defenderían (TS) no convencionalista. Tampoco AUSTIN la defendería, tal como he dicho anteriormente. HART, sin embargo, sería el mejor representante de una tesis convencionalista. Según este autor, como sabemos, se requieren dos condiciones para que pueda decirse que un sistema jurídico existe:

(CE1): Que exista una regla de reconocimiento que permita conocer cuáles son los criterios de pertenencia de las otras reglas del sistema.

(CE2): Que las reglas identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> SEARLE dice al respecto que mientras las convenciones son arbitrarias, las reglas constitutivas no lo son (al menos no lo son en el mismo sentido). Pone ejemplos relativos al ajedrez. Las reglas que definen los movimientos permitidos de las piezas son reglas constitutivas, sin ellas no existiría el ajedrez; en cambio, que el rey sea de mayor tamaño que el peón es convencional (podría ser al revés y ello no afectaría para nada al juego del ajedrez). *Cfr.* SEARLE, 1995: 46. Para un análisis algo distinto de la arbitrariedad en las convenciones, *vid.* MARMOR, 1996. Volveré sobre ello en el apartado 6.4.

<sup>28</sup> Aunque este último enfoque tal vez no goce actualmente de demasiadas simpatías, no me parece que sea descartable sin más (*cfr.*, por ejemplo, OPALEK, 1971: 44). En todo caso, lo que indico en el texto es que la visión que defenderé respecto a las condiciones necesarias de existencia del Derecho es compatible con ambas perspectivas.

<sup>29</sup> HART, 1961: 147. A decir verdad, HART se refiere en este punto a la existencia de *todas* las reglas secundarias y no sólo a la de la regla de reconocimiento. Ahora bien, si entendemos que las de adjudicación y las de

Ambas condiciones parecen hacer referencia a tipos de hechos sociales distintos y pueden plantear problemáticas sólo parcialmente coincidentes. Mientras que en (CE1) los problemas girarían en torno a las condiciones de existencia de la regla de reconocimiento y parece que exigen la presencia de hechos convencionales, en (CE2) se alude a la llamada «eficacia» de las normas, y tal vez ésta pueda ser explicada aludiendo a hechos sociales no convencionales.

Ésta parece ser al menos la posición de HART cuando sostiene que, a diferencia de lo que ocurre con la existencia de las reglas sociales (entre ellas la regla de reconocimiento), a la hora de determinar la eficacia de las normas legisladas no se requiere la presencia del punto de vista interno. Sea como fuere, a continuación me ocuparé únicamente de la primera condición<sup>30</sup>.

En lo que sigue voy a entender la primera condición de existencia (CE1) de los sistemas jurídicos del siguiente modo:

(CE1): Para todo sistema jurídico existe una convención con una dimensión constitutiva, a partir de la cual se puede establecer una regla técnica, vinculada a una proposición anankástica social, cuya función es la de identificar de manera autónoma el Derecho positivo de una determinada comunidad.

Vayamos por pasos y analicemos el sentido y algunas implicaciones de los elementos que aparecen en (CE1): convención, dimensión constitutiva, regla técnica asociada a una proposición anankástica social, identificación y autonomía del Derecho.

### 5.1. Convención

Algunas de las afirmaciones que realiza HART respecto a la regla de reconocimiento son que ésta es una regla social y que existe como una cuestión de hecho. Esto puede interpretarse diciendo que la existencia de la regla de reconocimiento como regla social es un hecho convencional<sup>31</sup>.

Si esto es así, la verdad de la proposición expresada por el enunciado «En la sociedad S existe la regla de reconocimiento R» dependerá de la existencia de hechos convencionales. ¿Cuáles son esos hechos convencionales?

Como es sabido, HART entiende que la regla de reconocimiento existe como una práctica normalmente coincidente de los funcionarios y las personas privadas a la hora de identificar el Derecho de una determinada sociedad, cuyo contenido se manifiesta por el uso que esas personas realizan de determinados criterios de identifica-

---

cambio se identifican a partir de aquélla, bastará, en última instancia, con hacer referencia a sus condiciones de existencia para establecer las de un sistema jurídico.

<sup>30</sup> Debo insistir acerca de que el planteamiento de esas condiciones se hace con la vista puesta en toda teoría del Derecho y no sólo en las de corte positivista. Los autores no positivistas seguramente añadirán otras condiciones de existencia, pero, si estoy en lo cierto, no pueden omitir tomar en consideración CE1 y CE2.

<sup>31</sup> Hay que matizar que HART sostiene su llamada «teoría práctica de las reglas» en un principio como una teoría general para dar cuenta de todas las reglas sociales. Sin embargo, en el Postscript a *The Concept of Law*, y después de las críticas recibidas por RAZ y DWORKIN, HART redimensionará el alcance de dicha teoría al circunscribirla a una subclase de reglas sociales, a las que llama «convenciones sociales», entre las que se encontraría la regla de reconocimiento (*cf.* HART, 1994: 256).

ción<sup>32</sup>. Ahora bien, el uso de criterios compartidos de identificación debe ir acompañado por una determinada actitud, que HART denomina «punto de vista interno». Las autoridades de una determinada sociedad, y entre ellas especialmente los jueces, se comportan de una manera que es consistente con el hecho de seguir la regla que permite identificar el Derecho válido de esa sociedad. Ello se refleja en un conjunto de compromisos normativos que aprueban la conducta convergente como justificada y que condenan las desviaciones. Ésta es la actitud crítico-reflexiva que HART denomina punto de vista interno.

El punto de vista interno puede ser traducido en términos de hechos convencionales, de tal modo que, partiendo de lo que dijimos al definir «hecho convencional», el enunciado «En la sociedad S existe la regla de reconocimiento R» podría analizar así:

1. La mayoría de los juristas de la sociedad S usa los criterios C1, C2... Cn (que forman la regla de reconocimiento de S) cada vez que tiene que identificar el Derecho de S.
2. La mayoría de los juristas de S cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento común entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas.

Respecto a 1 puede haber discusión sobre si el grupo relevante es el de los juristas en general o el de los jueces. El texto de HART, como ya apunté en el capítulo V, da lugar a interpretaciones diversas. En algunas ocasiones HART se refiere a acciones de identificación de autoridades («*courts and officials*») y de sujetos privados, mientras que en otras enfatiza el papel desempeñado por los Tribunales, casi en exclusiva.

Parece, de todos modos, que tiene sentido afirmar que los sujetos relevantes en estos casos serían todos aquellos que profesionalmente necesitan identificar el Derecho de una determinada sociedad (por tanto, no sólo jueces y demás autoridades, sino también abogados). Es difícilmente concebible el funcionamiento de una sociedad en la que hubiera una discrepancia generalizada entre el sector oficial y el «privado» a la hora de usar criterios de identificación del Derecho. Pero no me voy a ocupar más de esta cuestión.

Es preferible preguntarse ahora por qué es ventajoso este enfoque. Es decir, al margen de la interpretación que quepa dar a las palabras de HART, ¿qué razones justificarían el adoptar una versión convencionalista de la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos?

Creo que existen al menos dos razones para ello<sup>33</sup>. En primer lugar, es un planteamiento necesario para evitar un regreso al infinito, y en segundo lugar, es la forma más adecuada de romper con un posible círculo vicioso. El primer problema ya fue abordado por HART de forma consciente, pero no así el segundo.

<sup>32</sup> Cf. HART, 1961: 134.

<sup>33</sup> Existe una tercera razón: esta perspectiva posibilita concebir al Derecho como un sistema normativo autónomo. Pero el examen de esta justificación lo reservo para el apartado 5.4.

### 5.1.1. *Un regreso finito*

Es común entender que en los sistemas jurídicos unas normas autorizan la creación de otras, y así sucesivamente. Este proceso debe, sin embargo, tener un final, so pena de caer en un regreso al infinito. Las propuestas de poner punto final a esta cadena normativa van, como sabemos, desde el soberano de AUSTIN, hasta la regla de reconocimiento de HART, pasando por la *Grundnorm* de KELSEN.

HART, sin embargo, es el que planteó más claramente la cuestión y dio en este sentido el paso decisivo para su resolución<sup>34</sup>. Como cierre del sistema se requiere una regla que confiera validez al resto de normas, pero de la cual no tenga sentido predicarla<sup>35</sup>. Esta regla es la regla de reconocimiento. Su existencia necesariamente es una cuestión de hecho ya que no puede ser derivada de otras normas del sistema. Pero, además, se trata de un hecho convencional, debido a la necesaria coordinación que debe darse a la hora de identificar el Derecho de una determinada sociedad: sin una práctica coordinada de identificación no existiría el Derecho como fenómeno social. Volveré sobre esta cuestión más adelante.

### 5.1.2. *Un círculo virtuoso*

El segundo problema es bien conocido. Expresado brevemente: si para saber cuál es el Derecho de una determinada sociedad se necesita una práctica de identificación concurrente de (al menos) los funcionarios de ese sistema y si para saber quién es funcionario de ese sistema se requiere haber identificado las reglas de cambio y de adjudicación a través de la regla de reconocimiento, entonces parece que se cae en un círculo vicioso. No podríamos saber quién es funcionario sin la presencia previa de una regla de reconocimiento, pero ésta no podría existir sin la conducta de los funcionarios.

Este inconveniente hay que afrontarlo tarde o temprano porque de su elucidación depende buena parte de las respuestas a otras cuestiones. Una de estas cuestiones es la que planteó PRIETO SANCHÍS en relación con uno de mis anteriores trabajos, a raíz del uso analógico que respecto a la existencia continuada del Derecho hice de la idea de SEARLE de la existencia continuada del dinero: en ambos casos se requeriría que la gente crea que algo es dinero o algo es Derecho y que actúe en consecuencia. Dice PRIETO al respecto: «... la analogía con el ejemplo de SEARLE sobre el dinero está bien traída. Ahora bien, los papeles (cada día más escasos) que uno lleva en la cartera, ¿dejarían de ser dinero el día en que todos dejásemos de creer en que eso es dinero, o más bien dejaríamos de creer que eso es dinero cuando dejara de funcionar como tal?; el Derecho y su regla de reconocimiento, ¿existen en virtud de una creencia, de manera que, desaparecida ésta, colapsaría el orden jurídico, o más bien creemos que es Derecho porque

<sup>34</sup> Cfr. KELSEN, 1960: 202. La solución de KELSEN, según la cual la *Grundnorm* era una norma presupuesta, no es adecuada, por cuanto o bien genera un regreso al infinito de normas presupuestas, o bien introduce elementos de carácter sociológico, que hacen que la propuesta sea «impura» desde las propias coordenadas del autor.

<sup>35</sup> Cfr. HART, 1961: 132.

funciona como tal (acaso en virtud de una voluntad antes que de una creencia) y sólo abandonaríamos esa creencia si dejara de funcionar y perdiera toda eficacia?»<sup>36</sup>.

Como digo, afrontar esta cuestión y otras requiere abordar primero el problema de la circularidad. Lo haré a través de un ejemplo. Imaginemos que nos reunimos un grupo de filósofos del Derecho y constitucionalistas y redactamos una constitución, tomando como base la actualmente vigente en España. Introducimos en ella todos los «avances» que se nos puedan ocurrir dentro de nuestras respectivas materias: una lista muy completa de derechos humanos, una distribución modélica de competencias entre autonomías y gobierno central, la supresión de órganos difícilmente justificables, la eliminación de contradicciones, lagunas, etc. Es posible que el producto sea técnicamente muy superior a la Constitución de 1978. Ahora bien, resulta casi absurdo preguntarnos si esa constitución modélica pasaría a ser la constitución española actualmente vigente, ni aunque tuviéramos la pretensión de que lo fuera. Imaginemos, además, que todos los participantes utilizamos los mismos criterios para identificar esa constitución y pensamos que los demás utilizan éstos y no otros, entre otras razones porque los demás los utilizan, etc. *En algún sentido*, en este diseño hipotético puede existir una regla de reconocimiento que pretendiera identificar las reglas de adjudicación a través de las cuales se designarían a los jueces<sup>37</sup>, pero lo que no existe con total seguridad es la segunda condición necesaria de existencia de los sistemas jurídicos, la *eficacia* general de las normas identificadas a partir de la regla de reconocimiento, ya que por hipótesis el grueso de la población no las cumple ni hay jueces que sancionen el incumplimiento. Si esto es así, aunque a través de la regla de reconocimiento mencionada se pudieran identificar «autoridades», éstas lo serían de un sistema jurídico inexistente (por carecer de eficacia). ¿Qué nos muestra este ejemplo imaginario?<sup>38</sup>.

Para empezar, el ejemplo pone de relieve que el concepto de Derecho que normalmente nos interesa es aquel que nos permita identificar sistemas jurídicos *existentes*. Alguna razón puede haber para estudiar sistemas jurídicos inexistentes (ideales), pero éstos no suelen constituir el objeto de estudio prioritario de los juristas. Por otro lado, el ejemplo evidencia que resulta problemático hablar de «autoridades» (y de ahí las comillas), si los candidatos a serlo son permanentemente ineficaces. Es decir, parece que existe una vinculación *conceptual* entre el concepto de autoridad más adecuado al uso de los juristas y la *eficacia* de un sistema jurídico. Alguien a quien desobedecen sistemáticamente los miembros a los que van destinadas las normas que forman un determinado sistema jurídico (o aún más: ni siquiera toman esas normas en consideración) no parece ser un candidato idóneo a recibir el título de autoridad de ese sistema. Las anteriores observaciones tal vez permitan arrojar luz acerca del planteamiento que aquí defiendo.

Hay dos modos de romper el círculo vicioso del que estoy hablando. El primero trataría de desprenderse del carácter circular del argumento. Consistiría en suponer

<sup>36</sup> PRIETO SANCHÍS, 2008: 491. *Vid.* mi respuesta en VILAJOSANA, 2008.

<sup>37</sup> Digo «en algún sentido» por cuanto incluso la existencia de la regla de reconocimiento podría ser puesta en cuestión, dado lo que afirmo en el texto en relación con quiénes son los sujetos relevantes para tener en cuenta sus acciones de identificación.

<sup>38</sup> A quien el ejemplo le parezca demasiado irreal, sugiero que lo sustituya por el del conjunto de las normas que pueda dictar un gobierno en el exilio.

que la autoridad jurídica no es dependiente de reglas. Ésta sería la idea sugerida por NINO, consistente en caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino como los que *de hecho* pueden determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares<sup>39</sup>. Esta primera opción, que también es la adoptada por PRIETO, presenta problemas de adaptación respecto a lo que se suele considerar «autoridad jurídica», al tiempo que no permite distinguir una autoridad jurídica de cualquiera que tenga un simple poder de «*facto*»<sup>40</sup>.

La segunda manera aceptaría la circularidad, pero trataría de desprenderse de su carácter vicioso. Consistiría en entender la autoridad jurídica en términos de hechos convencionales<sup>41</sup>. Así, un grupo de individuos guía su conducta a través de una cierta regla, es decir, toma la regla como dándole buenas razones para la acción. Si se da esa regla (y las reglas identificadas a través de ella son seguidas por el grueso de la población), un determinado sistema jurídico existe. Si un sistema jurídico existe, entonces esa regla que guía la conducta de nuestro inicial grupo de individuos es correctamente descrita como la regla de reconocimiento *de ese sistema jurídico*. Por tanto, aquellos individuos que guían su conducta a través de esa regla son propiamente entendidos como «autoridades». Son, en un sentido, autoridades en virtud de esa regla (o, mejor dicho, de reglas identificadas a través de esa regla), pero no son autoridades antes que ella (ni en sentido factual, ni lógico). Su conducta hace posible la existencia de la regla; pero es la regla la que los hace autoridades<sup>42</sup>. De este modo, con la introducción de actitudes y creencias recíprocas se elimina el carácter vicioso del círculo. Si se quiere, éstas sí que son circulares, pero no la teoría.

Aquí es donde cobra sentido la analogía con la existencia del dinero. En una determinada sociedad, algo (un objeto físico, una anotación contable, etc.) es dinero (es depositario de valor y es aceptado como instrumento de intercambio) *sólo si* el grueso de los miembros de esa sociedad creen que es dinero y actúan de acuerdo con esta creencia (es decir, lo toman como depositario de valor y lo utilizan habitualmente como instrumento de intercambio). Nótese que la existencia de la creencia compartida y la conducta correspondiente es una condición *necesaria* de la existencia del dinero, pero no tiene por qué ser *suficiente*. Puede establecerse una condición adicional, como puede ser que lo expida un banco o cualquier otra. Pero lo que hay que destacar ahora es que al tratarse de una condición necesaria de la existencia del dinero, de no darse aquélla, éste no existe.

Así es como veo yo, *mutatis mutandis*, la existencia del Derecho en una determinada sociedad: la existencia de una regla de reconocimiento, interpretada del modo que aquí se ha hecho, es una condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico en esa sociedad. De lo cual se sigue que si no se da la convergencia de creencias, actitudes

<sup>39</sup> NINO, 1982: 60.

<sup>40</sup> *Cf.* para esta crítica RUIZ MANERO, 1990: 130-132.

<sup>41</sup> Por ejemplo, en la línea sugerida por E. LAGERSPETZ (1995: 159 y ss.).

<sup>42</sup> Así se expresa en COLEMAN, 2001: 101. Y, en parecidos términos, se pronuncia S. SHAPIRO en SHAPIRO, 2001: 149-191. Me temo, sin embargo, que SHAPIRO ya no estaría de acuerdo con lo que afirmo en el texto, a tenor de lo que sostiene en su último libro, que está a punto de publicar, y cuyo manuscrito he podido consultar gracias a su gentileza.

y comportamientos que conlleva la identificación de las normas de ese sistema a través de los mismos criterios, no puede hablarse de que un determinado sistema jurídico existe. Ahora bien, ésta es únicamente una condición necesaria. Se requiere al menos otra, que es la eficacia de las normas identificadas a través de los criterios que forman aquella regla.

Después del rodeo que he dado, estamos en condiciones de tratar la interesante cuestión planteada por PRIETO acerca de si las creencias son anteriores o posteriores al funcionamiento efectivo del sistema. Para ello recordemos que los comportamientos relevantes para predicar la existencia de un sistema jurídico son de dos tipos, según se refieran a la primera condición (la existencia de la regla de reconocimiento) o a la segunda (la eficacia de las normas). Al menos en relación con la primera condición, no es comprensible entender los comportamientos separados de las creencias mutuas. Debido a esa razón, si se acepta lo que aquí sostengo, no resulta inteligible plantear la cuestión en términos de si las creencias preceden a los comportamientos, o viceversa. Veamos por qué.

En primer lugar, hallamos las acciones consecuentes con las creencias y actitudes acerca de los criterios de identificación de las normas del sistema usados comúnmente por quienes se dedican profesionalmente a la identificación del Derecho. En concreto: la invocación por parte de los abogados en los tribunales de ciertas normas en cuanto que éstas son identificadas usando determinados criterios (que solemos equiparar a las fuentes del Derecho, por decirlo brevemente); el uso de esos mismos criterios por parte de los órganos administrativos y de los tribunales a la hora de dictar sus resoluciones; el uso de esos mismos criterios de identificación entre los practicantes de la dogmática jurídica en el momento de sistematizar y analizar las normas jurídicas que someterán a estudio.

Este primer tipo de actos tiene la particularidad de constituir hechos convencionales en la terminología que he empleado anteriormente. El sentido de estos comportamientos no puede ser aprehendido sin hacer referencia a las creencias de quienes lo llevan a cabo. Además, tales creencias no son independientes entre sí, sino que se hallan relacionadas, como muestra el concepto de conocimiento mutuo. El concepto de hecho convencional intenta capturar esta idea. Los hechos convencionales serían un subtipo de hechos sociales caracterizados por la presencia de ciertos rasgos, a los que ya me referí, entre los que destaca la presencia de conocimiento mutuo.

En este sentido, al igual que sucede con el dinero, sólo podrá ser considerado Derecho de una determinada sociedad lo que ciertos agentes identifiquen como Derecho de esa sociedad. ¿No será esto después de todo también circular? Sí, pero resulta explicativo, por cuanto muestra la dimensión *constitutiva* de la regla de reconocimiento<sup>43</sup>.

Del mismo modo que unos determinados trozos de papel pueden dejar de ser dinero en una sociedad en el momento en que sus usuarios dejen de creer que lo son y actúen en consecuencia (dejen de otorgarles valor y no los acepten como instrumento de intercambio, por ejemplo debido a un fenómeno de hiperinflación) y ello *aunque los haya puesto en circulación el organismo competente y los avale el Estado*, igualmente unas

<sup>43</sup> Nada de extraño hay en hablar de fenómenos circulares (reflexivos). Los científicos hace tiempo que identificaron las relaciones causales bicondicionales o procesos de retroalimentación.

normas o el sistema jurídico en su conjunto pueden dejar de ser Derecho en una determinada comunidad si los juristas en general dejan de creer que lo son y actúan en consecuencia (es decir, no se dan las cláusulas citadas y los comportamientos consecuentes con las mismas). Y esto será así, por ejemplo en el caso español, *con independencia de lo que diga el Código Civil respecto a las fuentes del Derecho*. Creo que esto es lo que quiere sugerir HART cuando afirma que la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho<sup>44</sup>. En caso de discrepancia entre lo que diga la disposición de una ley (si es que existe) en la que se establezcan formalmente las fuentes del Derecho de un sistema jurídico, por un lado, y las creencias, actitudes y comportamientos de los juristas relativos al uso de los criterios de identificación que forman la regla de reconocimiento, por otro, lo que hay que tomar en cuenta a los efectos que ahora interesa es esto último sencillamente porque tales creencias, actitudes y comportamientos (que son las condiciones de existencia de esa regla de reconocimiento) son *constitutivos* del Derecho de la comunidad de que se trate.

En segundo lugar, además de los comportamientos que son condiciones de existencia de una regla de reconocimiento, la existencia de un sistema jurídico en una determinada sociedad requiere la presencia de otro tipo de actos, que dan cuenta de la eficacia de las normas. Éstos pueden ser, en resumidas cuentas, actos de cumplimiento de las normas del sistema por parte de sus destinatarios y actos de los tribunales sancionando los incumplimientos que se den. Como ya he dicho, estos actos conforman obviamente hechos sociales, pero tal vez no tienen por qué ser convencionales.

## 5.2. La dimensión constitutiva de las convenciones

La crítica central que HART dedica al trabajo de AUSTIN es que éste ofrece una imagen distorsionada del Derecho, puesto que la explicación del fenómeno jurídico basada exclusivamente en hábitos de comportamiento deja fuera el elemento normativo propio de aquél. Con la introducción de la regla de reconocimiento como convención se pretende superar estos inconvenientes de la posición austiniana. Ahora bien, el desafío consiste entonces en mostrar de qué modo una práctica social puede «generar» normas sin caer por otro lado en el iusnaturalismo.

Una forma prometedora de abordar esta cuestión puede partir del mencionado trabajo de D. LEWIS<sup>45</sup>. Según este autor, un típico problema de coordinación se da cuando varios agentes tienen una estructura particular de preferencias respecto a sus modelos de conducta respectivos. Esto significa que entre las diversas alternativas que se les presenta en un conjunto dado de circunstancias, cada uno tiene una preferencia más fuerte para actuar como lo harán los demás agentes, que su propia preferencia para actuar de una determinada manera. La mayoría de los problemas de coordinación se solventa fácilmente a través de simples acuerdos entre los agentes de actuar según una alternativa elegida arbitrariamente, de tal manera que se asegure la uniformidad de

<sup>44</sup> No quiero afirmar rotundamente que sea ésta la idea que tenga HART en mente. En realidad, como ha sido puesto de relieve en alguna ocasión, el concepto de hecho manejado por este autor no es del todo claro. Cfr. JACKSON, 1988.

<sup>45</sup> Cfr. LEWIS, 1969.

acción entre ellos. Sin embargo, cuando un problema de coordinación es recurrente y el acuerdo es difícil de obtener (por ejemplo, porque el número de agentes es considerablemente alto), es muy probable que surja una convención.

Entre las ventajas que presenta este planteamiento podemos destacar dos<sup>46</sup>. Primero, rescata y precisa la intuición de que las convenciones, en algún sentido, son arbitrarias: si una regla es una convención, debe haber al menos alguna alternativa que los agentes hubieran podido escoger. Segundo, ofrece una respuesta a la pregunta sobre la normatividad propia de las convenciones: las razones para seguir una regla que es una convención están fuertemente unidas al hecho de que otros también la siguen. No tendría sentido seguir una regla convencional si no es realmente practicada por la comunidad pertinente, ya que no serviría para resolver el problema de coordinación que está en su base.

Llegados a este punto, ¿puede afirmarse que es transportable sin más el concepto de convención de LEWIS a la regla de reconocimiento, cuya existencia es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico<sup>47</sup>?

Al respecto, quizás quepa poner en duda que la estructura típica de la regla de reconocimiento responda a la que está pensando LEWIS. Por un lado, es demasiado exigente el requerir que exista un conjunto de preferencias estructuradas *ex ante* de una determinada manera. Es decir, parece irreal pensar que cada juez tendría su propia preferencia (a la hora de considerar criterios de validez jurídica), pero todos tendrían una preferencia dominante de actuar como es previsible que lo hagan los demás<sup>48</sup>. Esta idea, pues, puede ser abandonada, sin que ello suponga rechazar el papel reservado a los hechos convencionales, tal como los he tratado.

Por otro lado, quizás resulte poco exigente como modelo de una práctica normativa autónoma como es el Derecho. En este punto, resulta útil concentrar nuestra atención en la dimensión constitutiva de las convenciones<sup>49</sup>.

En teoría del Derecho es común distinguir dos tipos de reglas: regulativas y constitutivas. Estas últimas, como ya dije antes, tienen la virtud de contribuir a la «creación» de la realidad social y obedecen a la fórmula canónica «X cuenta como Y en el contexto C». Aunque el problema de la normatividad de la regla de reconocimiento suele ser abordado desde la perspectiva de considerar tal regla como una regla regulativa<sup>50</sup>, no

<sup>46</sup> En el sentido expresado por A. MARMOR, al que sigo en este punto. *Cfr.* MARMOR, 2001a: 200.

<sup>47</sup> Uno de los primeros en intentarlo fue POSTEMA. *Cfr.* POSTEMA, 1982: 165-203.

<sup>48</sup> En este mismo sentido, *vid.* COLEMAN, 2001, 95. Es de destacar que este autor ha modificado en este punto su posición, puesto que en anteriores trabajos se había alineado, junto a POSTEMA, en la traslación más mimética del esquema de LEWIS al problema que aquí nos ocupa.

<sup>49</sup> MARMOR ha propuesto lo que llama «convenciones constitutivas» contrapuestas a «convenciones de coordinación» (cuyo modelo sería el de LEWIS: *cfr.* MARMOR, 1996). Sin embargo, como ya he dicho en otro trabajo (VILAJOSANA, 2003), me parece que esta dicotomía no se puede plantear en términos excluyentes, puesto que pueden darse convenciones constitutivas, destinadas a resolver problemas de coordinación (como es el caso que expongo en el texto). Dado que el planteamiento que defiendo, pues, difiere en este punto del que realiza este autor, prefiero, para evitar equívocos, hablar de «dimensión constitutiva de las convenciones» (que podrían ser de coordinación) más que de «convenciones constitutivas», en el sentido de MARMOR (que implicaría que excluyen el problema de coordinación). Sobre el planteamiento de MARMOR, *cfr.* TUZET, 2007.

<sup>50</sup> Y a ello dio pie el propio HART al considerar que la regla de reconocimiento, a pesar de ser una regla secundaria, impone obligaciones. *Vid.*, al respecto, la polémica que han mantenido RUIZ MANERO y BULYGIN en la revista *Doxa*. *Cfr.* BULYGIN, 1991; RUIZ MANERO, 1991.

es descabellado pensar que la regla de reconocimiento es una convención constitutiva en este sentido. Así, del mismo modo que lo que cuenta como dinero en una sociedad es lo que sus miembros creen que es dinero, lo que cuenta como Derecho en una determinada sociedad proviene del uso de determinados criterios de identificación del Derecho de esa sociedad por parte de los juristas y de las diversas creencias y expectativas generadas.

Si se procede de este modo, queda más claro dónde reside el factor de autonomía del Derecho como fenómeno social y uno de los sentidos de su normatividad. Ambas circunstancias tienen que ver con el carácter convencional de las prácticas jurídicas.

Cada juez puede utilizar los criterios mencionados por razones muy distintas (morales, estratégicas, etc.), pero todos deben coincidir en utilizar éstos y no otros porque los demás también utilizan éstos y no otros. Este punto es importante, por lo que debe quedar claro. Por supuesto que cada regla de reconocimiento refleja las concretas circunstancias y convicciones políticas de la sociedad de la que se trate y del momento en que se trate. Ahora bien, esto no es lo relevante en esta sede. Lo relevante es preguntarse si esas mismas convicciones por sí solas proporcionan las razones suficientes para actuar de acuerdo con la regla, *aun si la regla en cuestión no es seguida por los demás*. La respuesta de alguien que sostenga la Tesis convencionalista debe ser negativa<sup>51</sup>.

### 5.3. Proposición anankástica social y regla técnica de identificación

Si aceptamos que la existencia de una determinada regla de reconocimiento es un hecho convencional y como tal tiene una dimensión constitutiva, podemos concluir que con ella se crea una realidad social. Sin esa convención, no existirían criterios de identificación del Derecho de una determinada sociedad (y, por extensión, no existiría el Derecho como práctica normativa autónoma). Pero si esto es así, entonces puede decirse que un enunciado del tipo «En la sociedad  $S$ , utilizar los criterios  $C1, C2... Cn$  es condición necesaria para identificar el sistema jurídico de  $S$ » expresaría una proposición anankástica, cuyas condiciones de verdad serían las mismas condiciones de existencia de la regla de reconocimiento de  $S$  y que mencioné anteriormente<sup>52</sup>.

Hay que puntualizar que VON WRIGHT utiliza la idea de proposición anankástica para referirse a la realidad natural<sup>53</sup>, pero creo que no hay mayor inconveniente en sostener que, si se admite que puede hablarse de una realidad social tal como ha sido aquí tratada, también sobre ella se puede establecer dicho tipo de proposiciones, que podríamos llamar «proposiciones anankásticas sociales»: su verdad vendría dada en estos casos por la presencia de hechos sociales.

Si se admite este planteamiento, entonces es posible construir en base a tales proposiciones las correspondientes reglas técnicas, cuya formulación canónica podría ser: «Si se quiere identificar el sistema jurídico de  $S$ , utilícense los criterios  $C1, C2... Cn$ ».

<sup>51</sup> Recuérdese el contrafáctico que se halla tras toda convención y que mencioné al comienzo de este trabajo.

<sup>52</sup> En la misma línea, *vid.* NARVÁEZ, 2004.

<sup>53</sup> *Cfr.* VON WRIGHT, 1963: 29 y 118.

Sólo si la proposición anankástica es verdadera, la regla técnica es útil (es decir, se consigue identificar el Derecho de una determinada sociedad).

De este modo se puede dar cuenta de algunas perplejidades que apunta, por ejemplo, COLEMAN. Este autor sostiene que decir que la regla de reconocimiento establece los criterios de legalidad es ambiguo, ya que puede significar simplemente que la regla marca algunas normas como Derecho válido y de este modo torna al Derecho *determinado*, o bien que además de eso, la regla juega el papel de posibilitar a los individuos que puedan identificar qué normas forman el Derecho de una comunidad, de tal modo que el Derecho se hace *determinable*. Lo primero sería una función *ontológica* de la regla de reconocimiento, mientras que lo segundo sería una función *epistémica*.

Creo que es pertinente la distinción, pero no veo qué se gana atribuyendo dos funciones distintas a la regla de reconocimiento. En cambio, si tratamos el tema como hemos hecho antes, vemos claramente separadas las cuestiones: una cosa es la realidad social constituida a partir de la regla de reconocimiento (ésta sería la cuestión «ontológica»), que permite conocer las condiciones de verdad de una proposición anankástica (que hace al Derecho «determinado»), y otra la regla técnica que a partir de ésta puede establecerse (lo que supone una cuestión «epistémica» y hace al Derecho «determinable»). Quien quiera identificar el Derecho de una determinada sociedad, no tiene más remedio que observar cuáles son los criterios de identificación que los propios miembros de la sociedad utilizan y proceder en consecuencia<sup>54</sup>.

#### 5.4. Identificación y autonomía del Derecho

Hemos visto hasta aquí varias cuestiones relativas a las condiciones de existencia de una regla de reconocimiento, tales como el papel que en ellas desempeña el recurso al conocimiento común o el modo en que las prácticas de identificación del Derecho de una determinada sociedad contribuye a la constitución autónoma del fenómeno jurídico.

Para finalizar quisiera decir algo sobre una pretendida polémica acerca de la mejor explicación de las reglas de reconocimiento. Algunos autores enfatizan el aspecto funcional<sup>55</sup>, ya que suelen insistir en que las reglas de reconocimiento se caracterizan precisamente por tener la función de determinar los criterios de pertenencia de las normas a un determinado sistema jurídico. Estos autores subrayan el elemento de coordinación al que ya aludí. Por otro lado, están los que opinan que lo determinante a la hora de explicar tal tipo de reglas es la historia, ya que es ésta, y no la función de coordinación, la que determina cuál es la regla de reconocimiento de la sociedad en cuestión<sup>56</sup>.

Como suele suceder en muchas ocasiones, la disputa es estéril, ya que en realidad no discuten sobre lo mismo. Quienes consideran que no hay problema de coordinación que explique las distintas reglas de reconocimiento que existen en diferentes

<sup>54</sup> Sobre la función ontológica ya hemos dicho bastante en el texto; sobre la epistémica, *vid.* LEITER, 2001: 360.

<sup>55</sup> Por ejemplo, SHAPIRO, 2001: 158 y ss.

<sup>56</sup> Por ejemplo, MARMOR, 2001a: 213.

sociedades olvidan que efectivamente sí que existe un problema de coordinación y *siempre el mismo* en todos los casos. El problema de coordinación que resuelve la regla de reconocimiento es el de constituir un conjunto de criterios a partir de los cuales podamos saber cuál es el Derecho de una determinada sociedad. Sin esos criterios, no existiría el Derecho como fenómeno social en una determinada sociedad, ni podríamos identificarlo. Ahora bien, determinar cuáles sean en cada caso esos criterios se trata, por descontado, de una cuestión que atañe a la historia institucional de esa sociedad. Todos los sistemas jurídicos requieren criterios compartidos de identificación, pero no todos tienen por qué admitir como criterio, por ejemplo, la doctrina del precedente. Admitir este concreto criterio o no dependerá de la historia.

Se pone de relieve de este modo una ambigüedad de mayor calado que afecta al concepto de autonomía y que suele pasar desapercibida en los diversos tratamientos sobre esta cuestión. Está claro que la propiedad de ser autónomo es relacional. Un sujeto u objeto es autónomo respecto a algo o a alguien. En el asunto que nos ocupa, andan en juego dos posibles candidatos a ser la otra parte de la relación de autonomía del Derecho. Por un lado, la autonomía del Derecho se predica respecto a otros órdenes normativos (moral crítica, moral positiva), para lo cual resulta relevante la función de coordinación y la dimensión constitutiva que *toda* regla de reconocimiento tiene: sin ella (y sin la eficacia general de las normas del sistema, no lo olvidemos) no existe el fenómeno social llamado Derecho. Por otro lado, en cambio, la autonomía de un determinado sistema jurídico se predica en relación con otro sistema jurídico (ambos con sus respectivas reglas de reconocimiento), para lo que es relevante la historia institucional y los valores políticos imperantes en cada uno de ellos<sup>57</sup>.

## 6. CINCO POSIBLES OBJECIONES

Las teorías convencionalistas, en general, y las que conciben la regla de reconocimiento como una convención, en particular, han sido objeto de diversas críticas. Puesto que de ser exitosas, tales críticas podrían afectar negativamente a la versión convencionalista de la regla de reconocimiento que aquí he ofrecido, resulta oportuno terminar este capítulo con su examen. A continuación me ocuparé de las que me parecen las más destacadas: *a)* las que afectan a la normatividad de la regla de reconocimiento; *b)* las relativas al posible efecto que tiene la presencia de principios jurídicos en la existencia de la regla de reconocimiento; *c)* las que aluden a la repercusión que puede tener en dicha existencia el que haya discrepancias entre los juristas a la hora de identificar el Derecho de una sociedad; *d)* las que tienen que ver con el carácter arbitrario que se predica de las convenciones, y *e)* las que tildan de banales a las tesis convencionalistas.

Espero mostrar con este análisis que ninguna de estas posiciones consigue el fin que se propone.

---

<sup>57</sup> Este último es un problema de identidad de un orden estatal desde una perspectiva sincrónica, del que me he ocupado en alguna ocasión (*cfr.* VILAJOSANA, 1996).

### 6.1. La normatividad de la regla de reconocimiento

Respecto al problema de la normatividad de la regla de reconocimiento, es conveniente empezar por hacer una distinción que evitaría muchos malentendidos. Una cosa es la normatividad predicada de la regla de reconocimiento y otra cosa distinta es preguntarse acerca de la normatividad del Derecho en su conjunto o del proceso de aplicación del Derecho entendido como práctica social. Además, hay otra forma de enfocar la normatividad del Derecho, que suele confundirse con alguna de las anteriores, y que tiene que ver con la pregunta acerca de si el Derecho obliga a los jueces. Conviene aclarar que en este trabajo interesa únicamente la normatividad propia de la regla de reconocimiento.

En este caso, hay que elucidar en qué sentido, si es que lo tiene, *la práctica de identificación* del Derecho de una determinada comunidad debe ser considerada obligatoria para quienes realizan dicha tarea. Es importante destacar que de lo que se trata ahora es de centrarnos en esa concreta tarea de identificación, es decir, en el uso compartido de determinados criterios para saber cuál es el Derecho de una sociedad determinada y no en otros problemas como el de la justificación del deber de obediencia al Derecho o el de la justificación de las sanciones institucionalizadas. Pues bien, entendido de este modo el problema de la normatividad de la regla de reconocimiento, entonces hay que ver cuáles son las opciones de respuesta.

Muchas veces, al hablar de normatividad de prácticas se toma como una alternativa exhaustiva y mutuamente excluyente la que considera que o bien no existe normatividad, es decir, la práctica en cuestión no es en ningún sentido comprensible de obligado cumplimiento, o bien lo es, y entonces esa obligatoriedad sólo puede ser de carácter moral. En ocasiones, se ha interpretado el punto de vista interno de HART según esta segunda opción y no seré yo quien niegue que algún texto del mismo pueda dar pie a esta exégesis<sup>58</sup>.

Sin embargo, en mi opinión, aunque las opciones citadas son obviamente excluyentes, en cambio no son conjuntamente exhaustivas. Existe la posibilidad de hablar de normatividad en el sentido en que se habla justamente de normatividad de las convenciones<sup>59</sup>. Ese elemento normativo presente en las convenciones consiste en lo siguiente: involucrarse en una práctica convencional supone realizar determinadas acciones *al menos* por la razón de que los demás también lo hacen<sup>60</sup>. Esto puede sonar extraño, pero sólo lo es si se confunden los problemas que aquí he distinguido, es de-

<sup>58</sup> Es lo que hacen, por ejemplo, MACCORMICK y WEINBERGER, 1986: 132-133, y GARZÓN, 1993.

<sup>59</sup> No afirmo que sea este sentido de normatividad el que los autores convencionalistas han defendido al hablar del carácter normativo de las convenciones. En realidad, no resulta nada claro decir, como sostienen muchos de estos autores, que de las prácticas de identificación de un sistema jurídico surge la *obligación* de identificar de esa manera al sistema jurídico en cuestión. Lo que sostengo es que la única forma plausible de considerar normativa dicha práctica (donde «normativo» significa simplemente «tener una razón para actuar») es la expresada en el texto. Si alguien considera que una razón de este tipo no tiene carácter normativo, entonces no tengo mayor problema en reconocer que no hay nada normativo en la práctica de identificación del Derecho de una determinada comunidad. Sobre las críticas a los intentos de establecer el carácter obligatorio de las convenciones, *cfr.* GREEN, 1988: 117-121; CELANO, 1995; MARMOR, 2001b: 28-29.

<sup>60</sup> *Cfr.* LEWIS, 1969. Si este elemento no se diera, no se resolvería el problema de coordinación que está en la base de toda convención.

cir, si se toma esta idea como una respuesta al problema de la justificación del Derecho. En efecto, esta respuesta sería absurda como contestación al problema del deber de obediencia al Derecho, ya que este problema requiere inevitablemente una respuesta que se halla en el ámbito moral<sup>61</sup>. Sin embargo, si acotamos convenientemente la cuestión y nos preguntamos acerca de las razones por las cuales unos sujetos deberían usar unos determinados criterios y no otros *para identificar el Derecho de una sociedad*, entonces no tiene por qué considerarse desatinado que una razón sea la de que los demás también los usan. Es la misma razón que tenemos para seguir cualquier convención. Quede claro que ésta no tiene por qué ser la *única* razón. Pero ésta debe darse para que exista la regla de reconocimiento como convención de acuerdo con la cláusula tercera del esquema anteriormente citado.

Cuando existe esta regla y las normas identificadas a través de ella son eficaces, entonces existe un determinado sistema jurídico, con normas que seguramente impondrán determinadas obligaciones *jurídicas* a los jueces (me parece obvio que antes de la existencia de un sistema jurídico no pueden existir obligaciones jurídicas).

Una vez llegados a este punto entra en juego el último problema citado que tiene que ver con la normatividad y que no hay que confundir con los anteriores. Se suele formular con esta pregunta notoriamente ambigua: ¿tienen los jueces la obligación de cumplir con las normas jurídicas? En caso afirmativo, ¿de qué tipo de obligación se trata? Como acabo de decir, éste es un problema que sólo cabe abordar una vez que se han materializado las condiciones de existencia de un determinado sistema jurídico. Cuando esto es así, el propio sistema establecerá una norma de carácter obligatorio o bien una norma constitutiva de la que se puede inferir una regla técnica que nos indicará las condiciones para que alguien sea considerado juez en relación con ese sistema. Por ejemplo, podría interpretarse que esta última posibilidad es la que acoge nuestro sistema jurídico, a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando establece que uno de los requisitos para acceder a la judicatura es la de jurar o prometer cumplir y hacer cumplir la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Lógicamente, puede suceder que alguien no quede satisfecho con esta respuesta y desee seguir indagando acerca de por qué hay que cumplir las promesas. Cuando se hace esto, se pide una respuesta que sólo puede ser moral, por la simple razón de que solemos definir a las razones morales como últimas. No cabe sorprenderse, pues, que las últimas razones sean morales, puesto que del modo en que éstas suelen entenderse o bien hay razones de otro tipo, pero entonces no son últimas o bien son razones morales. Pero todo esto nada tiene que ver con las condiciones que hacen posible la existencia del Derecho.

## 6.2. Convenciones y principios

DWORKIN opina que en la práctica judicial podemos hallar diversas consideraciones que a los jueces les parecen relevantes para decidir los casos que se les presentan, razón por la cual no existe ninguna regla de reconocimiento que valide todas las razones, morales y no morales, que son relevantes a la hora de tomar decisiones judiciales<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Cfr. VILAJOSANA, 2007, capítulo IV.

<sup>62</sup> Para las críticas esbozadas en este apartado y en el siguiente, *vid.* DWORKIN, 1977 y 1986.

La tesis de DWORKIN en este punto, podría resumirse de este modo. El Derecho de un determinado país contiene, además de reglas, principios. Los principios no se identifican sólo por su origen, sino también por su contenido. Pero el contenido de los principios tiene forzosamente un componente moral. Por tanto, si queremos identificar el Derecho de un determinado país necesariamente deberemos hacer referencia a cuestiones morales, al menos a aquellas necesarias para identificar a los principios.

Pero ¿cuál sería el criterio de existencia de un principio jurídico si no podemos relacionarlo simplemente con su origen, con actos de creación? Según DWORKIN, un *principio jurídico* existe si se sigue de la mejor interpretación política y moral de las decisiones legislativas y judiciales pasadas en el ámbito de que se trate. Los principios jurídicos, pues, ocuparían un espacio intermedio entre las reglas jurídicas y los principios *morales*.

Las reglas jurídicas son creadas por las instituciones pertinentes y su validez deriva del origen, es decir, de la fuente del Derecho de que se trate (la legislación, la costumbre, etc.). Los principios *morales* son lo que son puramente por su contenido, y su validez está también relacionada únicamente con su contenido. Los principios jurídicos, por su parte, obtendrían su validez de una *combinación* de consideraciones basadas en fuentes y otras basadas en el contenido. Esta visión la generaliza DWORKIN llamándola «Derecho como integridad» y la describe así:

«De acuerdo con el Derecho como integridad, los enunciados jurídicos son verdaderos y aparecen en, o se siguen de, principios de justicia, equidad y principios procesales como el proceso debido, que ofrecen la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad»<sup>63</sup>.

La validez de un principio jurídico deriva, entonces, de una combinación de hechos y consideraciones morales. Los hechos relevantes son los relativos a las decisiones jurídicas (tanto de legisladores como de jueces) llevadas a cabo en el pasado dentro del ámbito correspondiente. Las consideraciones morales y políticas tienen que ver con las formas en que aquellas decisiones pasadas pueden ser mejor justificadas por los principios moralmente correctos (es decir, los correspondientes a la moral crítica).

Ahora bien, recuérdese que la regla de reconocimiento como regla social juega un papel decisivo no sólo para identificar el Derecho, sino para establecer su autonomía frente a otros órdenes normativos, que también se dan en una misma sociedad, como podrían ser la moral social o los usos sociales. La dificultad de establecer esta distinción estriba en que todos ellos son fenómenos normativos que se originan en prácticas sociales. El concepto de regla de reconocimiento ofrece un intento de establecer esta distinción, otorgando a la conducta e intenciones de un determinado conjunto de personas un papel decisivo en la constitución de la práctica jurídica.

Por su lado, el esquema de DWORKIN reside en última instancia en la práctica *jurídica* de una determinada sociedad. Pero el carácter jurídico de esa práctica es dado por descontado en el planteamiento de este autor. Recordemos que, para el Derecho como integridad, los enunciados jurídicos son verdaderos y aparecen en, o se siguen de, principios de justicia, equidad y principios procesales como el proceso debido, que

<sup>63</sup> R. DWORKIN, 1986: 225.

ofrecen la mejor interpretación constructiva de la práctica *jurídica* de la comunidad. ¿Pero cómo identifica DWORKIN esas prácticas jurídicas de entre todas las prácticas sociales que se dan en una determinada comunidad? Pueden pensarse dos posibilidades. En ambas, tenemos que partir de una premisa indudable: si una práctica es jurídica, entonces alguna relación tendrá con el Derecho de esa comunidad. Una posibilidad sería aplicar la definición de Derecho que el propio DWORKIN da. Pero si hacemos esto, el argumento se vuelve circular. Para saber cuándo una práctica es jurídica debemos acudir a los elementos que nos permiten identificar el Derecho de una determinada sociedad. Pero resulta que entre estos elementos se halla la referencia a la práctica jurídica que teníamos que identificar. La otra posibilidad es hallar criterios independientes para saber cuándo una práctica es jurídica. Pero esto es justamente lo que proporciona la regla de reconocimiento a la que DWORKIN no quiere acudir.

Tal vez las deficiencias que detecto en las tesis dworkinianas y las virtudes del esquema que defiendo quedarán más claras con un ejemplo. Imaginemos que alguien desea identificar el contenido del Derecho romano en un determinado periodo histórico (por ejemplo, el relativo a la época del emperador Augusto). La pregunta es: ¿qué pasos debe seguir? Más aún: ¿qué pasos siguen *todos* los romanistas cuando proceden a tal identificación? ¿Acaso toman como referencia un Derecho parecido a la mejor interpretación posible de las instituciones romanas, teniendo en cuenta los principios de justicia relativos a la moral crítica? Me parece que no. Lo que hacen es intentar comprobar, a través de los procedimientos empíricos pertinentes, cuáles eran los criterios que los propios usuarios del Derecho de la época en cuestión usaban para identificarlo (y cerciorarse de que el sistema en su conjunto era eficaz). Por tanto, frente a la disyuntiva entre identificar el Derecho tomando en cuenta los criterios de identificación efectivamente usados por (al menos) los funcionarios de un sistema jurídico e identificarlo a partir de la interpretación de instituciones *jurídicas* (¿cómo sabríamos que lo son?) bajo su mejor luz, parece que es más razonable hacer lo que hacen todos los romanistas. Pero si esto es así para el caso de la identificación del Derecho romano, ¿por qué debería ser distinto a la hora de identificar el Derecho de cualquier otro periodo histórico y de cualquier latitud?

### 6.3. Convención y desacuerdos

Según DWORKIN, existiría una profunda *controversia* entre juristas y entre jueces acerca de cómo habría que decidir *jurídicamente* determinados casos. La presencia de esta controversia llevaría a la conclusión de que el Derecho no puede residir en un consenso oficial como el que parece seguirse de la existencia de una regla de reconocimiento.

Al respecto podríamos hacernos dos preguntas: ¿existe de hecho esta controversia generalizada? En caso de que existiera, ¿es del tipo necesario para poner en cuestión la existencia de una regla de reconocimiento como regla social? No es descabellado responder negativamente a ambos interrogantes.

Respecto a la primera pregunta, resulta indudable que existen controversias entre juristas, en general, y entre jueces en particular, acerca de cómo decidir los casos judi-

ciales. El hecho mismo de que existan procedimientos judiciales en los que al menos dos partes pueden aportar argumentos en favor de sus respectivas posiciones, y ambas pueden con sentido invocar razones jurídicas para que el fallo les sea propicio, es un indicador de que esa controversia es indisoluble de la práctica jurídica.

Ahora bien, ¿hasta dónde llega esta controversia? ¿Puede decirse sin más que la presencia de estas disputas respecto a los casos judiciales suponen que todo el Derecho es controvertido? ¿Qué sucede con la multitud de decisiones jurídicas que se toman al margen del procedimiento judicial, como son los contratos que no se impugnan, las leyes que se cumplen, etc.? Seguramente, los casos que se podrían plantear en los tribunales y que en cambio no se plantean son muchísimos más que los que llegan a ellos.

Por lo que hace a la segunda cuestión, hay que recordar que no toda controversia que se produce en sede judicial es relevante para poner en cuestión la existencia de una regla de reconocimiento. Muchas de estas controversias son acerca de la atribución de significado a determinadas formulaciones normativas y pueden resolverse apelando a consensos más o menos establecidos dentro de la comunidad jurídica (con alegación de argumentos que no necesariamente aludan a principios ni tengan forzosamente un componente moral).

Las únicas controversias que serían relevantes para la crítica que aquí estoy analizando serían las que afecten a los criterios de validez jurídica (que forman una concreta regla de reconocimiento). ¿Pero de veras se dan tales controversias profundas en las prácticas de interpretación y aplicación del Derecho que conocemos?

Tomemos a modo de ejemplo una posible formulación simplificada de la regla de reconocimiento del sistema jurídico español. Ésta podría rezar más o menos como sigue: «Se considerarán Derecho español válido la Constitución de 1978 y todas las normas aceptadas por ella o creadas de acuerdo con los procedimientos que establece, sin que hayan sido derogadas». Esta idea, en el ámbito de la aplicación del Derecho, se concretaría en una serie de criterios ordenados jerárquicamente, en lo que se conocen como fuentes del Derecho. Un ejemplo de fuentes del Derecho sería éste: se aplicará a los casos a enjuiciar, en primer lugar, la constitución; en su defecto, las leyes en sentido amplio (con sus propias jerarquías: ley en sentido técnico, reglamentos, etc.); a falta de éstas, serán de aplicación las normas consuetudinarias; cuando la aplicación de éstas no sea posible, se aplicarán los principios generales del Derecho.

Ahora preguntémosnos: ¿hay jueces que aplican las normas consuetudinarias por encima de las leyes?; ¿hay discrepancia acerca de que las leyes están subordinadas a la constitución? Planteemos la cuestión de una manera más general: ¿es concebible el funcionamiento normal (es decir, continuado y estable) de un sistema jurídico con una discusión permanente y profunda de tales criterios? Si se produjera de verdad esa discusión permanente y profunda respecto a los criterios de validez jurídica, estaríamos frente a supuestos patológicos de sistemas jurídicos (como alguna vez los llamó HART), y no serían precisamente casos paradigmáticos, que es lo que se exigiría para que la crítica de DWORKIN fuera plausible. Sencillamente, no podría funcionar durante demasiado tiempo un sistema en el que los criterios de validez jurídica estuvieran puestos en cuestión de manera profunda y permanente.

Imaginemos que durante un cierto tiempo, en una determinada sociedad *S*, los jueces aplican de manera general las normas que emanan del parlamento elegido democráticamente. En un determinado momento, un grupo de personas se hace con el control del poder y empiezan a emitir normas destinadas a toda la población de *S* y con la pretensión de que los jueces las apliquen. Puede ser que durante un cierto periodo de tiempo los jueces se hallen divididos acerca de si deben aplicar o no las normas emanadas de ese comité revolucionario (éste sería el caso patológico, que en muchas ocasiones va acompañado de una guerra civil). Pero pasada esa etapa convulsa, pueden suceder dos cosas: que los jueces apliquen generalmente las normas que emanan del parlamento o bien las del comité revolucionario. En este último supuesto, se habrá producido un cambio de la regla de reconocimiento de la sociedad *S*. Pero lo cierto es que resulta contra intuitivo pensar que la situación que he descrito como patológica es la normal, pero es la que parece describir DWORKIN.

Ello no quiere decir que no puedan existir discrepancias sobre el alcance de algunos criterios de validez que forman la regla de reconocimiento. Lo único que sostengo es que no pueden ser *profundas y generalizadas*, que sería lo que requeriría el argumento de DWORKIN para que la conclusión del mismo se siguiera efectivamente de sus premisas. Tampoco significa que no puedan haber casos dudosos relativos a si una determinada norma forma parte de un determinado sistema jurídico o si es aplicable. A esto último habría que añadir tan sólo una precisión acerca de la existencia de prácticas interpretativas. Teniendo en cuenta lo que, en relación con otro contexto, dice ANSCOMBE<sup>64</sup>, lo importante es que mientras los miembros del grupo reconozcan y comprendan un comportamiento dado como un comportamiento subsumible bajo la descripción relevante, la práctica de identificación de normas jurídicas, aun transformándose, sigue siendo la misma.

#### 6.4. La arbitrariedad de una regla de reconocimiento convencional

Una crítica posible a la visión convencionalista de la regla de reconocimiento es que para que ésta se pueda considerar una convención, habría que admitir que es arbitraria, puesto que el rasgo de la arbitrariedad sería definitorio de las convenciones. Pero si hiciéramos esto, estaríamos obviando la importancia que desde el punto de vista social y político tendría la regla de reconocimiento. CELANO la ha expresado en estos términos:

«La idea de que la regla de reconocimiento sea arbitraria parece precipitada, casi irrisoria. La regla de reconocimiento especifica los criterios de identificación de aquello que constituye el Derecho válido. Ésta no es una cuestión asimilable a la decisión de si se debe conducir por la derecha o por la izquierda (un paradigma del problema de coordinación). La regla de reconocimiento es el resultado de conflictos políticos, institucionales, ideológicos; de revoluciones y golpes de estado [...]. Que ciertos criterios de validez son efectivamente aceptados y usados es un hecho histórico [...]. Se trata de un hecho que invoca valores y principios en conflicto. No es plausible la hipótesis según la cual [...] consiste en algo arbitrario»<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> ANSCOMBE, 1957: 84 y ss. En el mismo sentido, *cfr.* CELANO, 1995: 54.

<sup>65</sup> CELANO, 2003: 351. En términos parecidos se expresa, por ejemplo, SHAPIRO en el manuscrito de su último libro al que ya hice referencia.

Este ataque parece a primera vista muy plausible. ¿Cómo vamos a tildar de arbitraria la decisión de los sujetos a la hora de identificar el Derecho de su comunidad cuando en ello parece estar en juego cuestiones valorativas tan importantes? Sin embargo, antes de sucumbir al aparente encanto de esta crítica no está de más empezar por preguntarnos qué se entiende por «arbitrario» en sede convencionalista<sup>66</sup>.

Se impone empezar recordando que la arbitrariedad de las convenciones no es igual a indiferencia<sup>67</sup>. Si una persona ha vivido veinte años en Londres y después traslada su residencia a Barcelona, no le resulta indiferente conducir por la izquierda de la calzada o por la derecha. Está acostumbrada a conducir por la izquierda y preferiría seguir haciéndolo (por tanto, no le resulta indiferente la elección). Pero, justamente porque se da un problema de coordinación y existe ya una convención establecida en Barcelona de conducir por la derecha, esa persona tiene una razón para seguir la pauta de sus nuevos conciudadanos, a pesar de que claramente le resultaría más cómodo seguir con la práctica a la que estaba acostumbrada. El rasgo de la arbitrariedad de las convenciones, pues, se manifiesta no en la posible indiferencia con la que cada participante pueda afrontar las prácticas sociales relevantes, sino en el hecho de que exista más de una opción que resuelva el problema de coordinación que está en la base.

Pero, más allá de lo anterior, en esta línea crítica que comento hay una confusión entre lo que concierne a la *existencia* de un sistema jurídico y lo que tiene que ver con su *identidad*. Podría decirse que todos los elementos que están presentes en la cita transcrita de CELANO son importantes, pero no para la existencia de un sistema jurídico, sino para su identidad. El utilizar unos u otros de esos elementos daría lugar a la identificación de distintos sistemas jurídicos, pero no afectan a su existencia. Es decir, que el conjunto de criterios de identificación efectivamente usados por la población relevante sea *A* (por ejemplo, definitorios de un régimen político democrático) o sea *B* (propios de un régimen político autoritario) es relevante respecto a la identidad del sistema, pero que sea uno u otro no afecta para nada a su existencia (igual de «existentes» son los regímenes democráticos que los autoritarios, si se cumplen las condiciones requeridas)<sup>68</sup>. Lo único que muestra esta situación es que hay opciones distintas, y eso es lo fundamental para concluir que se da el rasgo de la arbitrariedad, en el sentido que aquí interesa. Por supuesto, valorativamente podemos preferir que el tipo de sistema jurídico existente pertenezca a la clase *A* y no a la clase *B*, y eso es lo que nos molesta cuando calificamos tal elección de arbitraria. Pero el sentido de arbitrario que es relevante en relación con la existencia de la regla de reconocimiento (y, por tanto, de la existencia de los sistemas jurídicos) es que quienes se dedican profesionalmente a identificar el sistema jurídico utilicen los *mismos* criterios, teniendo la posibilidad de que éstos sean propios de un régimen democrático o de uno autoritario, incluyan los precedentes o no, establezcan un tipo de jerarquía normativa u otro, etcétera.

<sup>66</sup> Para el concepto de arbitrario, *vid.* MARMOR, 2006.

<sup>67</sup> *Cfr.* LEWIS, 1969: 76-80.

<sup>68</sup> Respecto a la identidad de los órdenes jurídicos y su vinculación justamente con estas cuestiones valorativas remito a VILAJOSANA, 1997.

### 6.5. La supuesta banalidad de la tesis convencionalista

Una última crítica que voy a comentar es la que sostiene el carácter banal de la tesis convencionalista aplicada a la regla de reconocimiento. En concreto, esta crítica se refiere a la llamada condición de dependencia, entendida de este modo: en el caso de una convención, el hecho de que los demás se conformen porque los otros lo hacen es una de las razones por las que cada uno se conforma. Ésta es justamente una de las condiciones que destaqué al hablar de la existencia de una regla de reconocimiento como hecho convencional.

Pues bien, por ejemplo, B. CELANO afirma que el exigir esta condición puede resultar verosímil, pero banal. Sus palabras son:

«Se trata de una tesis empírica según la cual, en el caso de la regla de reconocimiento, cada uno de los funcionarios (cualesquiera que sean las razones por las que está convencido de que la regla debe seguirse, o por las que la sigue) piensa que no tendría mucho sentido atenerse a la regla, a menos que lo hiciesen todos (o casi todos) los demás. Lo cual es verosímil, pero banal»<sup>69</sup>.

En mi caso, estoy de acuerdo con que la tesis es verosímil y razonable (por eso la defiendo), pero no estoy seguro de comprender cuál sería en este punto el elemento negativo que incorporaría el rasgo de la banalidad. El propio CELANO da una pista acerca de qué sería una tesis banal. Se trataría de una tesis poco informativa, teóricamente no interesante y filosóficamente poco iluminadora<sup>70</sup>. Pero ¿la tesis convencionalista tiene estos rasgos?

Concentrémonos primero en el aspecto positivo de la tesis, que CELANO admite. La tesis es verosímil y razonable. Bien; si esto es así, ¿cómo hay que interpretar que muchos autores la discutan? ¿Por qué, como hemos visto, DWORKIN dedica un gran esfuerzo a intentar mostrar que no es posible una regla de reconocimiento convencional? Si fuera una tesis banal, parecería que cualquier persona razonable (y no seré yo quien diga que DWORKIN no lo es) la admitiría, aunque a renglón seguido añadiera que no aporta nada nuevo. Ya he dicho antes lo que pienso de esta condición de dependencia. Si nos centramos en el alcance concreto que aquí he dado a la regla de reconocimiento, hay que recordar que su existencia depende de las *prácticas de identificación* de un determinado sistema jurídico que se llevan a cabo en una determinada sociedad. Es el uso de criterios de identificación de un determinado sistema jurídico lo que está en juego (y no otra cosa) cuando se habla de dichas prácticas. Pero tales criterios deben ser los mismos si es que se pretende identificar *el mismo* sistema jurídico. Y si esto es así, se requiere de los participantes que tengan en cuenta los criterios usados por los demás. En esto consiste, como ya dije en su momento, el problema de coordinación que está en la base de la necesidad de que (al menos) los funcionarios usen los mismos criterios para identificar su sistema jurídico.

Tal vez, lo que se quiera decir con el término «banal» es que el fenómeno es circular. Pero eso, como ya comenté en su momento, lejos de preocuparnos nos da la pista

<sup>69</sup> CELANO, 2003: 353.

<sup>70</sup> Si interpretamos *a sensu contrario* lo que se dice en CELANO, 2003: 347.

para producir una explicación filosóficamente atractiva de cómo a través de reglas constitutivas se puede generar realidad social, como sucede con la existencia del dinero y como, en mi opinión, acaece con la existencia del Derecho<sup>71</sup>.

A pesar de lo que acabo de decir, se podría obviar que haya alternativas como la que ofrece DWORKIN y que la explicación de fenómenos circulares como se propone aquí no sea filosóficamente satisfactoria, pero entonces todavía quedaría en pie saber en qué consiste una explicación filosófica no banal. Y aquí es donde uno tiene la tentación de sostener, con WITTGENSTEIN, que toda tesis filosófica es, *en algún sentido*, poco informativa. Lo que hacemos al filosofar es, a lo sumo, algo parecido a modificar la posición de los libros en una estantería:

«Algunos de los mayores logros en filosofía sólo podrían compararse con el hecho de coger algunos libros que parecían tener que estar juntos y colocarlos sobre estantes diferentes, no siendo definitivo sobre sus posiciones más que el hecho de que ya no están uno al lado del otro. El observador que no conoce la dificultad de la tarea es fácil que piense en tal caso que no se ha conseguido nada en absoluto»<sup>72</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANSCOMBE, G. E. M., 1957: *Intention*, Oxford, Blackwell. Traducción castellana de A. I. STELLINO, *Intención*, Barcelona, Paidós.
- 1958: «On Brute Facts», *Analysis*, 18, incluido en *Ethics, Religion and Politics. The Collected Philosophical Papers of G. E. M. Anscombe*, vol. III, Oxford, Basil Blackwell, 1981.
- AUSTIN, J., 1832: *The Province of Jurisprudence Determined*, en W. E. RUMBLE (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1995. Traducción castellana de J. R. PARAMO, *El objeto de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BAYÓN, J. C., 2001: «El contenido mínimo del positivismo jurídico», inédito.
- BULYGIN, E., 1991: «Regla de reconocimiento: ¿Norma de obligación o criterio conceptual? Réplica a Juan Ruiz Manero», *Doxa*, vol. 9, 311-318.
- CELANO, B., 1995: «Consuetudini, convenzioni», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli. Traducción castellana de J. J. MORESO, por donde se cita: «Costumbres, convenciones», en *Dos estudios sobre la costumbre*, México, Fontamara, 2000, 15-77.
- 2003: «La regola di riconoscimento è una convenzione?», *Ragion Pratica*, núm. 21, 347-360.
- COLEMAN, J. L., 1998: «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, vol. 4, 381-425.
- 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- DWORKIN, R., 1971, 1977: *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth. Traducción castellana de M. GUSTAVINO, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.
- 1986: *Law's Empire*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- GARZÓN, E., 1993: «Algo más acerca de la relación entre el Derecho y la moral», incluido en *Derecho, Ética y Política*, Madrid, CEC, 317-335.

<sup>71</sup> El propio CELANO ha admitido una circularidad no viciosa en relación con su visión de las normas consuetudinarias como reglas sociales. Cfr. CELANO, 1995.

<sup>72</sup> WITTGENSTEIN, 1958: 75-76. Obviamente, CELANO no estaría entre quienes desconocen esa dificultad, dada su más que probada competencia filosófica.

- GILBERT, M., 1989: *On Social Facts*, Princeton, Princeton University Press.
- GREEN, L., 1988: *The Authority of the State*, Oxford, University Press.
- GREENBERG, M., 2004: «How Facts Make Law», *Legal Theory*, 10, 157-198.
- HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press. Traducción castellana de G. R. CARRIO, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.
- 1994: «Postscript to *The Concept of Law*», en P. BULLOCH y J. RAZ (eds.), 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press.
- HARTOGH, G. D., 2002: *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*, The Hague-London-New York, Kluwer.
- JACKSON, J., 1988: «Hart and the Concept of Fact», en P. LEITH y P. INGRAM (eds.), *The Jurisprudence of orthodoxy: Queen's University Essays on H. L. A. Hart*, London, Routledge.
- KELSEN, H., 1960: *Reine Rechtslehre* (2.ª ed.), Wien, Frans Deuticke. Traducción castellana de R. J. VERNENGO, *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1979.
- LAGERSPETZ, E., 1995: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht, Kluwer.
- LEITER, B., 2001: «Legal Realism, Hard Positivism, and the Limits of Conceptual Analysis», en J. COLEMAN (ed.): *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 355-370.
- LEWIS, D., 1969: *Convention. A philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell.
- MACCORMICK y WEINBERGER, 1986: *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*, Dordrecht, Reidel.
- MARMOR, A. (ed.), 1996: «On Convention», *Synthese*, 107, 349-371.
- 2001a: «Legal Conventionalism», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 193-217.
- 2001b: *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press.
- MENDONCA y GUIBOURG, 2004: *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- MORESO, J. J., y VILAJOSANA, J. M., 2004: *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- NARVÁEZ, M., 2004: *Wittgenstein y la teoría del Derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- NETA, R., 2004: «On the normative significance of brute facts», *Legal Theory*, núm. 10, 199-214.
- NINO, C. S., 1982: *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel.
- OLIVECRONA, K., 1939: *Law as Fact*, Copenhagen, Einar Munksgaard.
- OPALEK, K., 1971: «Law as Social Phenomenon», *ARSP*, vol. 1, 37-53.
- PECZENIK, A., y HAGE, J., 1999: «Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?», *Doxa*, núm. 22, 25-48.
- POSTEMA, G. J., 1982: «Coordination and Convention at the Foundations of Law», *Journal of Legal Studies*, vol. XI, 165-203.
- 2004: «Melody and Law's Mindfulness of Time», *Ratio Iuris*, vol. 17, 203-222.
- PRIETO SANCHÍS, 2008: «Identificación y justificación del Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXV, 487-506.
- RAZ, J., 1979: *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press. Traducción castellana de R. TAMAYO, *La autoridad del Derecho*, México, UNAM, 1982.
- RUIZ MANERO, J., 1990: *Jurisdicción y normas*, Madrid, CEC.
- 1991: «Normas independientes, criterios conceptuales y trucos verbales; Respuesta a Eugenio Bulygin», *Doxa*, vol. 9, 281-293.

- SEARLE, J. R., 1995: *The Construction of Social Reality*. Traducción castellana de A. DOMENECH, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997.
- SHAPIRO, S. J., 2001: «On Hart's Way Out», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 149-191.
- TOH, K., 2008: «An Argument against the Social Fact Thesis (and some additional preliminary steps towards a new conception of legal positivism)», *Law and Philosophy*, núm. 27, 445-504.
- TOMÁS DE AQUINO, 1997: *Suma de teología*, 2.ª ed., Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.
- TUZET, G., 2007: «The Social Reality of Law», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto*, Torino, Giappichelli, 179-198.
- ULLMANN-MARGALIT, E., 1977: *The Emergence of Norms*, Oxford, Clarendon Press.
- VILAJOSANA, J. M., 1996: «Towards a material criterion of identity of a legal order», *Rechtstheorie*, vol. 27, 45-64.
- 1997: *El significado político del Derecho*, México, Fontamara.
- 2003: «Hechos sociales y Derecho», en E. DICIOTTI y V. VELLUZZI (eds.), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Torino, Giappichelli, 41-63.
- 2006: «El positivismo jurídico convencionalista», en J. A. RAMOS PASCUA y M. A. RODILLA (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 521-538.
- 2007: *Identificación y justificación del Derecho*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- 2008: «A las puertas del paraíso. Respuesta a Luis Prieto Sanchís», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXV, 507-536.
- VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, Routledge and Kegan Paul. Traducción castellana de P. GARCÍA, *Norma y acción. Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1971.
- WITTGENSTEIN, L., 1958: *The Blue and Brown Books*, Oxford, Basil Blackwell & Mott, Ltd. (2.ª ed.). Traducción castellana de F. GRACIA GUILLÉN, *Cuadernos azul y marrón*, Madrid, Tecnos, 1968.
- ZIPURSKY, B. C., 2001: «The Model of Social Facts», en J. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 219-270.



# LA LEY COMO ACCIÓN DE LA AUTOCONCIENCIA MORAL EN LA ÉTICA DE HERMANN COHEN

Héctor Óscar Arrese Igor

*Universidad Nacional de La Plata (Argentina)*

**RESUMEN.** La ética de H. COHEN ha recibido la crítica de ser un mero formalismo abstracto, lo que implica una desconexión entre el individuo particular y la universalidad de la ley. En este trabajo intento mostrar que la filosofía moral de COHEN resiste estas críticas, porque el concepto de ley particular integra a la individualidad de cada ciudadano con la universalidad de la autoconciencia, que se expresa en el Estado.

**Palabras clave:** H. COHEN, formalismo abstracto, universalidad de la ley, filosofía moral.

**ABSTRACT.** H. COHEN's ethics has received the critique of being a mere abstract formalism, wich implies a disconnection between the particular individual and the universality of the law. In this paper I try to show that COHEN's moral philosophy can resist these critiques, because the concept of particular law integrates the individuality of each citizen with the universality of self-concioussness, wich expresses itself in the state.

**Keywords:** H. COHEN, abstract formalism, universality of the law, moral philosophy.

---

\* Fecha de recepción: 24 de febrero de 2010. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2010

El neokantismo decimonónico ha florecido, entre otros lugares, en la Universidad de Marburg, bajo el profesorado de H. COHEN y de discípulos suyos de la talla de P. NATORP. COHEN intentó dar respuesta a los desafíos que planteaba la cultura de aquel momento, en particular al desarrollo notable que adquirieron las ciencias naturales y sociales<sup>1</sup>. Contra el psicologismo de su maestro F. A. LANGE, COHEN consideró que las categorías fundamentales de la filosofía no pueden ser reducidas a procesos biológicos del cerebro, sino que el pensamiento filosófico tiene una función trascendental, que consiste en la fundamentación de los conceptos fundamentales que están a la base del corpus científico<sup>2</sup>. En esto consiste su propia interpretación de la filosofía de KANT, desarrollada ya en sus primeras obras: *Kants Theorie der Erfahrung* (La teoría de la experiencia de Kant, 1871), y *Kants Begründung der Ethik* (La fundamentación de la ética de Kant, 1877). De acuerdo con estos textos, el método trascendental consta de dos momentos: en primer lugar, se parte de un conjunto de conceptos sistematizados en un *corpus* científico y, luego, se lo intenta explicar en base a determinadas categorías fundantes, entendidas como su condición de posibilidad.

La ciencia, desde el análisis de COHEN, tiene una estructura legaliforme, cuyas últimas categorías consisten en normas epistémicas que dan razón de las leyes que la componen. Ahora bien, COHEN no construyó un sistema filosófico monista donde no hubiera lugar para la diversidad del conocimiento científico. Por el contrario, su sistema filosófico está dividido claramente en dos partes: una dedicada a la filosofía teórica (encargada a su vez de fundamentar a las ciencias matemático-naturales) y otra consagrada a la filosofía práctica (cuyo objeto son las ciencias sociales, que se fundan en la ciencia del Derecho).

La ética de COHEN intenta dar cuenta entonces de las condiciones de posibilidad de la legalidad propia de la ciencia del Derecho. El sistema del Derecho, sostiene COHEN, es idéntico al Estado, porque este último no es otra cosa que el conjunto de normas que estructuran la vida de la comunidad. Es decir, que el Estado contiene en su propia Constitución tanto las normas para producir la ley (que prescriben cómo debe funcionar el poder legislativo, etc.), cuanto las que son necesarias para su aplicación (asunto del poder ejecutivo y judicial). Esto es posible gracias a una doble dimensión que recorre todo el Estado porque, por un lado, el Derecho tiene una forma contractual y, por el otro, tiene como contenido a una determinada forma de subjetividad.

Veamos cada dimensión por separado. La forma contractual del Derecho viene dada por las condiciones de su producción. Es decir, que la actividad de la legislación en el Parlamento supone el acuerdo libre entre adultos consintientes en condiciones de simetría. Dicho de otro modo, la legislación no tiene legitimidad en un Estado democrático de Derecho si no está a cargo de los representantes del pueblo, elegidos por medio del sufragio universal. Pero el Derecho no sólo tiene una forma, sino que también tiene un contenido, que consiste en la expresión de la voluntad del Estado, como producto de la actividad de la legislación. El problema que debe enfrentar COHEN al

<sup>1</sup> Al respecto, *cf.* KÖHNKE, 1986; SIEG, 1994, y WILLEY, 1978.

<sup>2</sup> COHEN, 1914.

determinar el contenido de la voluntad del Estado consiste en establecer el status del sujeto de esta voluntad, que es el Estado mismo.

En primer lugar, COHEN entiende al Estado como una persona jurídica, esto es, como una persona con una voluntad puramente ficticia y jurídica, que consiste en una serie de normas que la regulan, pero también en una serie de reglas acerca de cómo deben elaborarse y aplicarse estas normas. La voluntad del Estado no se funda entonces en ninguna cosmovisión religiosa ni en ningún conjunto de tradiciones político-culturales que pudieran entenderse como el «espíritu del pueblo» (*Volksgeist*). Por el contrario, el Estado se funda en esta subjetividad universal que constituye su personalidad jurídica, denominada por COHEN como «autoconciencia» (*Selbstbewusstsein*)<sup>3</sup>. La autoconciencia pone en relación a cada individuo con la universalidad de la humanidad, en la persona de sus conciudadanos. Se trata de una comunidad espiritual, que unifica a todos los ciudadanos por los lazos de la ley que ellos mismos han producido en la persona de sus representantes y a la que ellos también se comprometen a someterse<sup>4</sup>.

COHEN estructura el concepto de la autoconciencia en base a la *tarea*, en tanto que es el motivo de la voluntad pura. Como dice COHEN,

«El concepto de ley, al que aquí se está haciendo referencia, no tiene que ver con la unidad y la esencia de las leyes, que son establecidas por la ley fundante, la Constitución; sino más bien con las leyes particulares, en las cuales se atestiguan y se realizan las tareas de la voluntad estatal. Sin ley no hay voluntad, y por tanto tampoco una autoconciencia del Estado. Este concepto estatal de la ley debe convertirse en el concepto guía para la autoconciencia personal»<sup>5</sup>.

La tarea de la autoconciencia en la voluntad estatal es el objetivo último de la moralidad que, a su vez, es el norte de la vida política. Nunca puede decirse que se ha completado la tarea de la autoconciencia, porque es infinita y está siempre abierta al futuro<sup>6</sup>. Dicho de otro modo, la autoconciencia es el sujeto de la voluntad pura sólo en la medida en que actúa<sup>7</sup>. Si bien COHEN sostiene una ética universalista de inspiración kantiana, lucha a lo largo de su *Ethik des reinen Willens* para superar el mero formalismo que significaría la postulación de una legalidad abstracta sin contacto alguno con la individualidad concreta de cada ciudadano.

La instancia superadora del formalismo en la teoría de COHEN es el concepto de autonomía moral. Se trata de las condiciones que deben darse para que el individuo pueda participar en la tarea de la autoconciencia, que van desde la autolegislación,

<sup>3</sup> *ErW*, 201-257.

<sup>4</sup> *ErW*, 357-372.

<sup>5</sup> «Bei dem Gesetze, wie es hier gemeint ist, handelt es sich aber nicht um die Einheit und den Inbegriff der Gesetze, den das Grundgesetz, die Verfassung ausmacht; sondern um die einzelnen Gesetze selber, in denen die Aufgaben des Staatswillens sich bekunden und betätigen. Ohne Gesetz kein Wille, also auch kein Selbstbewusstsein des Staates. Dieser Staatsbegriff des Gesetzes muss der Leitbegriff werden für das persönliche Selbstbewusstsein» (*ErW*, 262).

<sup>6</sup> Para el Estado como Zielbegriff de la autoconciencia, *cf.* SCHMID, 1993: 72-73; LISSER, 1922: 56-57.

<sup>7</sup> «El producto y el testimonio de la voluntad pura es la acción. A ella corresponde y de ella surge la autoconciencia. La acción representa mejor y con más claridad la producción de la autoconciencia» («Das Erzeugnis und das Zeugnis des reinen Willens ist die Handlung. Ihr entspricht, ihr entspringt das Selbstbewusstsein. Mehr und deutlicher als der Wille stellt die Handlung die Erzeugung des Selbstbewusstseins dar»; *ErW*, 259).

pasando por la autodeterminación y la autorresponsabilidad, hasta llegar finalmente a la autoconservación<sup>8</sup>. La última condición de posibilidad de la autoconciencia es entonces que el ciudadano pueda autoconservarse en la existencia, es decir, que esté en condiciones de satisfacer sus necesidades básicas. Pero entre la personalidad universal de la autoconciencia y la particularidad del individuo singular se ubica el concepto de ley particular, que exige a su vez la autonomía moral de aquellos ciudadanos que produzcan la ley y luego se sometan a ella.

Algunos intérpretes, como J. KLEIN o E. WINTER, han objetado que la ética de COHEN no lograría integrar satisfactoriamente los planos de la individualidad y la universalidad<sup>9</sup>. No se trata de una objeción menor porque, si ambos planos están desconectados, entonces la teoría no podrá aplicarse y perderá todo sentido en tanto que filosofía moral. En este trabajo intentaré determinar el concepto de ley que COHEN sostiene y, de este modo, mostrar cómo se da la interrelación entre el individuo y la universalidad en la *ErW*.

## 1. LA LEY COMO LA ACCIÓN DE LA AUTOCONCIENCIA

COHEN emprende el análisis del concepto de la acción con el propósito de liberar definitivamente a la autoconciencia del prejuicio psicologista y, de este modo, desvincularla de toda fundamentación en el yo empírico. La autoconciencia puede ser demostrada de manera adecuada sólo una vez que se ha establecido su realización por medio de las leyes particulares en el Estado<sup>10</sup>. Sin embargo, puede surgir un conflicto entre las convicciones morales del individuo y el contenido de la ley. Es decir, que puede aparecer una tensión entre la particularidad del ciudadano y la universalidad de la ley. Por ejemplo, podría impugnarse cierta ley particular, por considerarla injusta en relación con otras leyes naturales o leyes no-escritas, que operarían de este modo como criterio moral frente al Derecho positivo.

Sin embargo, COHEN piensa que no puede justificarse la moralidad o la inmoralidad de las leyes positivas en base a una legalidad natural previa al Estado, sino que deben serlo simplemente en virtud de las disposiciones mismas establecidas en la Constitución, que marcan cómo debe legislarse y aplicarse la ley para constituir al sujeto colectivo de la autoconciencia. La autoconciencia es entonces el concepto guía para juzgar la moralidad de las leyes del Estado, por lo que se trata de un criterio inmanente al sistema legal mismo.

Es en este contexto que COHEN remite al ejemplo histórico de Sócrates, quien reconoció la majestad del Estado en la ley injusta que lo condenaba a muerte<sup>11</sup>. Sócrates prefirió la vigencia de una ley injusta a la ausencia total de leyes y a la destrucción del Estado. Por eso no juzgó a sus jueces de acuerdo con leyes naturales, independientes de la legislación estatal, sino que más bien decidió aceptar su veredicto y se rehusó a seguir la sugerencia de Critón de sobornar a los guardias, a fin de escapar y marchar

<sup>8</sup> *ErW*, 324-388.

<sup>9</sup> KLEIN, 1976: 17; WINTER, 1980: 394-425.

<sup>10</sup> WINTER, 1980: 349.

<sup>11</sup> *Cfr.* SCHMID, 1993: 71-72.

al destierro<sup>12</sup>. Sócrates comprendió, entonces, que es preferible una vida injusta como ciudadano de un Estado democrático que una vida por fuera de la comunidad estatal.

La razón de esto es que Sócrates entendió que la participación en la comunidad espiritual de la autoconciencia es la condición necesaria para llevar una vida moral. Es decir, que el ciudadano puede superar el punto de vista egoísta del sujeto aislado, y ponerse en correlación con la universalidad de los demás, sólo cuando acepta y cumple la ley dictada por el Estado<sup>13</sup>. La ética —que tiene por objeto la correlación entre el individuo y la universalidad— sólo puede ofrecer a cada ciudadano el concepto guía de la autoconciencia, que se realiza en el Estado<sup>14</sup>.

Como es evidente, a partir de su análisis del concepto de autoconciencia, COHEN concluye que existe una identificación íntima entre la ética y el sistema legal. Mejor dicho, COHEN sostiene que la ética provee al sistema legal de las categorías fundamentales para explicar su constitución última, lo que vale tanto para los conceptos de voluntad pura y autoconciencia, como para el concepto de acción<sup>15</sup>. Por eso rechaza la división tajante de KANT entre ética y Derecho<sup>16</sup>. COHEN considera que la filosofía moral defendida por KANT no puede unificar a la ética con el Derecho, porque no dispone de un *factum científico* como punto de partida<sup>17</sup>.

En el análisis de COHEN, la filosofía del Derecho de KANT, a diferencia de su ética, tiene un fundamento externo de determinación de la voluntad. Pero COHEN considera que la reclusión de la ética en el foro interno de la conciencia, y su consiguiente fundamentación en la convicción (*Gesinnung*), abren el camino para el imperio de la religión en un ámbito de la conciencia cultural, que en realidad debería confiarse solamente al conocimiento científico del Derecho<sup>18</sup>.

A fin de colocar sobre fundamentos firmes el vínculo íntimo que reclama para la ética y para el Derecho, COHEN investiga el rol que juega la *coacción* en la realización de la autoconciencia en el Estado. Si consigue mostrar la relevancia moral de la coacción legal, podrá superar entonces la división kantiana entre la ética y el Derecho, y demostrar el carácter trascendental de la ética respecto del sistema jurídico. Veamos si cumple con su cometido.

COHEN sostiene que la función que cumple la coacción, desde el punto de vista legal, no imponer arbitrariamente la autoridad del Estado, sino más bien garantizar la conciliación de las voluntades o los arbitrios del yo y del tú<sup>19</sup>. Es decir, el Derecho está

<sup>12</sup> *ErW*, 264-265. Para la recepción del pensamiento de SÓCRATES y PLATÓN en COHEN, *cfr.* LEMBECK, 1994.

<sup>13</sup> Éste es uno de los sentidos que COHEN le da al concepto de la autonomía moral como autorresponsabilidad (*ErW*, 357-372).

<sup>14</sup> *Cfr.* el análisis de la autoconciencia como concepto guía del Estado en SCHMID, 1993: 72-73; LISSER, 1922: 56-57.

<sup>15</sup> Con palabras de COHEN: «La ética debe realizarse a sí misma como una filosofía del Derecho» («Die Ethik muss selbst als Rechtsphilosophie durchführen», *ErW*, 225).

<sup>16</sup> *Cfr.* WINTER, 1980, 253. Obvio es decir que esta particular interpretación de COHEN de la relación entre ética y Derecho en KANT podría ser refutada, y de hecho lo ha sido. Aunque no es mi objetivo entrar en cuestiones interpretativas de la filosofía práctica kantiana.

<sup>17</sup> GUARIGLIA, 1992: 58.

<sup>18</sup> *ErW*, 269.

<sup>19</sup> «¿Qué significado puede tener la coacción para el Derecho? Para dar cuenta de esta reflexión no se toma en cuenta el éxito de la coacción; este éxito no es algo esperado. Se trata exclusivamente de la característica que de este modo debe recibir el concepto del Derecho, para unificar la arbitrariedad de uno con la del

allí para llevar a buen término los conflictos entre los ciudadanos, en torno a determinados privilegios, recursos, etcétera<sup>20</sup>. Sin la coacción, la ley que rige el Derecho no puede ser aplicable y el Estado pierde toda realidad histórica, porque deja de ser una persona jurídica.

Pero el problema de la ética no es otro que el de la conciliación de la libertad del yo y del tú según leyes universales<sup>21</sup>. Por esta razón, COHEN sostiene que el carácter coactivo del Derecho, en vez de separar al Derecho de la ética, los une íntimamente. La coacción no es otra cosa que la aplicación consecuente de la ley, que ha sido promulgada por los mismos sujetos a los que es aplicada<sup>22</sup>. Por eso COHEN rechaza la teoría de los imperativos de E. N. BIERLING, según la cual la ley tiene la forma de una prescripción impuesta por el legislador al pueblo, que podría formularse como la oración «yo quiero, tú debes»<sup>23</sup>. En realidad la autoconciencia del Estado nos señala más bien que la legislación no es el producto de un grupo social particular, sino del «nosotros» que unifica al yo y al tú en una misma voluntad<sup>24</sup>. Dicho de otro modo:

«Y puede hacerse llegar a cada uno el llamado: tú debes; y no se debe para ello tomar por separado al yo del legislador. En el reconocimiento exigido se manifiesta una atribución para la prescripción. En la tarea de su autoconciencia, podremos decir, yace el fundamento legal de la norma»<sup>25</sup>.

Las teorías de COHEN y de BIERLING coinciden en que las normas legales tienen la forma de un imperativo o de una prescripción. Por esta razón se apartan de la teoría de E. ZITELMANN, quien considera que las normas legales son en realidad juicios descriptivos sobre el funcionamiento de las instituciones<sup>26</sup>. Es decir, ZITELMANN entiende a las normas legales no ya como enunciados prescriptivos, sino más bien de tipo indicativo. Sin embargo, objeta COHEN, las normas legales exigen el cumplimiento de determinadas conductas, que son los efectos legales que se espera que ocurran<sup>27</sup>.

---

otro. Se trata fundamentalmente también de mediar en el conflicto entre el uno y el otro» («Welche Bedeutung kann nun aber der Zwang für das Recht haben? Auf den Erfolg des Zwanges, um diesen Gedanken zunächst abzufertigen, ist es keineswegs abgesehen; der wird nicht erwartet. Es handelt sich lediglich um das Merkmal, welches der Begriff des Rechtes dadurch empfangen soll, um die Willkür des Einen mit der Willkür des Andern zu vereinigen. Es handelt sich also im Grunde nur um den Gegensatz des Einen und des Andern, der geschlichtet werden soll», *ErW*, 269).

<sup>20</sup> WINTER, 1980, 255.

<sup>21</sup> Aquí resuena el eco de la definición kantiana del Derecho, en la *Metafísica de las Costumbres*, que reza: «Una acción es conforme a Derecho (*recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal» («Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann») (AA, VI, 230). Cito por la trad. esp. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, en KANT, 1997: 39.

<sup>22</sup> Este punto de la teoría de COHEN tiene notables semejanzas con la teoría pura del Derecho de KANT, como puede constatarse leyendo *MdS*, AA, VI, 335.

<sup>23</sup> BIERLING, 1894 y ss.

<sup>24</sup> *Cfr.* WINTER, 1980: 365.

<sup>25</sup> «Dann kann aber auch jedermann an sich selbst den ruf ergehen lassen: du sollst; und er braucht dazu nicht erst das Ich des Gesetzgebers hinzuzunehmen. In seiner Anerkennung, die erfordert wird, gibt sich eine Befugnis zur Verordnung kund. In der Aufgabe des Selbstbewusstseins, werden wir sagen dürfen, liegt der Rechtsgrund der Norm» (*ErW*, 271).

<sup>26</sup> Puede verse al respecto ZITELMANN, 1879.

<sup>27</sup> WINTER, 1980: 369.

Es decir que, dado que las normas legales son prescripciones que reclaman un cumplimiento perentorio, están orientadas a la producción de determinadas consecuencias<sup>28</sup>. Las leyes de la ciencia natural, en cambio, no acarrearán otras acciones en términos de efectos, sino que más bien se limitan a explicar y describir cómo de ciertos fenómenos se siguen otros de acuerdo con regularidades<sup>29</sup>. ZITELMANN funda su teoría en un elemento común a las normas legales y las leyes naturales, que induce a una identificación de ambos tipos de legalidad. Se trata del concepto de la condición. El problema radica en que los dos tipos de leyes aparentemente no podrían distinguirse, porque ambos contienen en sí las condiciones de su aplicación.

COHEN sostiene que las leyes naturales están formuladas correctamente, cuando es posible identificar cada caso particular que cae bajo cada ley. Sólo de este modo puede llevarse a cabo una explicación nomológico-deductiva, porque esta tarea consiste en la derivación del caso particular a partir de una ley y de ciertas condiciones iniciales. La norma legal también contiene en sí las condiciones que deben cumplir los casos particulares para quedar tipificados en la ley particular y, por tanto, garantizar su aplicación. Sin embargo, hay una diferencia substancial entre las dos formas de razonamiento condicional.

Las normas legales se fundan sobre una serie de condiciones, que son las exigencias estipuladas por la Constitución para regular la actividad de la legislación. Asimismo, las normas legales también establecen una serie de reglas para sancionar las transgresiones a la ley que están tipificadas en ellas. Las condiciones legales prescriben entonces la ejecución de ciertas acciones, tanto en lo relativo al cumplimiento cuanto a la transgresión de la ley.

La categoría de la condición confiere a las leyes del Derecho su universalidad, esto es, su aplicabilidad a todos los casos que tipifican, sin excepciones. La universalidad de la ley no resulta de su mera forma, con abstracción de su materia, sino que más bien se trata de un concepto modal. Es decir, la universalidad es «(...) un estadio en el camino de la investigación, el hallazgo, la formación, el desarrollo y la realización ampliada de la ley»<sup>30</sup>.

## 2. LA APLICACIÓN DE LA LEY

A partir de lo que hemos argumentado hasta aquí, puede verse que, para determinar la universalidad de la ley, es de enorme importancia la cuestión de su aplicabilidad exhaustiva. De este modo, se vinculan indisolublemente la forma de la ley, es decir, su aptitud para ser aplicable a cada caso, con la materia, o sea, el contenido que adquiere la ley en cada aplicación particular. Sin aplicabilidad no hay contenido, pero sin contenido tampoco hay aplicación y, por tanto, universalidad en sentido estricto.

COHEN rechaza de este modo la objeción de que la ley sería un mero formalismo, mostrando la relación dialéctica que existe entre forma y contenido, desde el punto

<sup>28</sup> G. GIGLIOTTI, 1994.

<sup>29</sup> *ErW*, 272.

<sup>30</sup> «(...) eine Stufe auf dem Wege der Forschung, der Findung und der Ausbildung und Ausdehnung und erweiterten Durchführung des Gesetzes» (*ErW*, 275).

de vista de la universalidad<sup>31</sup>. La universalidad no puede ser pensada metodológicamente sin considerar al mismo tiempo el carácter necesario de la ley. Una característica conlleva la otra, porque la ley es aplicable a todos los casos en ella tipificados, siempre y cuando contenga en sí las indicaciones metodológicas para encontrarlos. Si la ley tipifica correctamente los casos que entran en su órbita, entonces es aplicable con necesidad lógica.

COHEN define el procedimiento de aplicación de la ley como un razonamiento silogístico, cuya necesidad se funda en la corrección misma del argumento. Se trata de un silogismo cuya premisa mayor es la ley a aplicar, la menor es el caso particular que se considera y la conclusión es la aplicación misma, con ciertos matices sobre el carácter de la premisa inicial, pero con un eco del silogismo práctico aristotélico. La necesidad es la *consumación* y la certificación de la universalidad misma de la ley. Por eso COHEN se niega a admitir que el Derecho tenga lagunas, que impedirían su aplicación a determinados casos. En sus propias palabras:

«La validez objetiva de esta universalidad de la norma se muestra en el principio fundamental del Derecho, de que el juez no puede decir que la ley tendría una laguna, y que le impediría encontrar el Derecho. Esta afirmación está prohibida para el juez; contradice el concepto de la norma legal, que el juez debe cumplir, administrar e interpretar. Él es juez y no legislador. La ley le ha sido dada; y la ley es universal»<sup>32</sup>.

Es decir, el trabajo del juez en la aplicación de la ley no es otro que construir el silogismo deductivo que permita identificar el caso en cuestión, como un ejemplo más que está contenido en la norma. Éste es el significado de la hermenéutica jurídica. De este modo se desarrollan las virtualidades inagotables que contempla la ley. Por esta razón, el juez no puede excusarse de la tarea hermenéutica y demostrativa a la que está obligado por su cargo, con el pretexto de que ninguna ley contempla el caso que le ha sido confiado, y que por tanto se trata de una laguna del sistema legal<sup>33</sup>. La universalidad de la ley implica una necesidad apodíctica, porque consiste en una serie de instrucciones para la elaboración de los silogismos deductivos que permiten su aplicación<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> «A partir de esto resulta de nuevo comprensible que nadie puede darse por satisfecho con esta determinación de la ley a partir de la metodología de la forma, porque se extrañaría el contenido (que es en realidad una expresión incorrecta) en esta forma universal; mientras que con razón, como veremos, lo que se debería extrañar es la relación con el contenido y la transición en cierto modo de la forma en el contenido. No basta con decir que el concepto de la ley exigiría la universalidad; sino que lo válido es enseñar expresamente que la universalidad tiene el sentido metodológico más preciso: el hacer deducible toda particularidad, que forma parte del problema que nos ocupa, a partir de sí misma. Éste es el sentido modal de la universalidad» («Daraus wird es aber wiederum verständlich, dass man mit dieser Bestimmung des Gesetzes aus der Methodik der Form heraus sich nicht zufrieden geben mochte, dass man in einem falschen Ausdruck des gefühlten Mangels den Inhalt in dieser allgemeinen Form vermisste; während man mit Recht, wie wir sehen wollen, den Zusammenhang mit dem Inhalt und den Übergang gleichsam der Form in den Inhalt vermissen durfte. Es genügt nicht zu sagen, dass der Begriff des Gesetzes die Allgemeinheit fordere; sondern es gilt ausdrücklich zu lehren, dass die Allgemeinheit den prägnanten methodischen Sinn hat: alle Einzelheit, die dem betreffenden Problema angehört, aus sich ableitbar zu machen. Das ist der modale Sinn der Allgemeinheit», *ErW*, 276).

<sup>32</sup> «Die tatsächliche Geltung dieser Allgemeinheit der Norm zeigt sich in dem Grundsatz des Rechts, dass der Richter nicht sagen darf, das Gesetz habe eine Lücke, und er könne das Recht nicht finden. Dieser Spruch ist der Richter versagt; er widerspricht dem Begriffe der Rechtsnorm, die er zu befolgen, zu verwalten und auszulegen hat. Er ist Richter und nicht Gesetzgeber. Das Gesetz ist ihm gegeben; und das Gesetz ist allgemein» (*ErW*, 277).

<sup>33</sup> WINTER, 1980: 351, 382-384.

<sup>34</sup> *ErW*, 278.

### 3. EL VALOR MODAL DEL TIEMPO EN LA LEY JURÍDICA

Otra diferencia importante entre las normas legales y las leyes naturales tiene que ver con el valor del tiempo como categoría modal. Se trata de la dimensión temporal de ambas formas de legalidad, pero de acuerdo con la peculiaridad y especificidad de su estructura lógica. El análisis de la estructura de las normas legales nos permite concluir que están referidas necesariamente al futuro, porque prescriben una serie de acciones a realizar, tanto para cumplir con ellas como para sancionar a quienes no lo hagan<sup>35</sup>. Es decir, las normas legales están orientadas a producir determinadas consecuencias en el futuro<sup>36</sup>.

Si no se hace referencia a esta dimensión temporal, no puede siquiera hablarse con sentido de normas legales. Las leyes naturales, en cambio, son intemporales, porque explican la ocurrencia de fenómenos según regularidades que deben ser válidas para todo tiempo. En esto radica la universalidad y necesidad de las leyes naturales, a diferencia de la universalidad y la necesidad apodíctica de las normas legales que se ha analizado más arriba. De este modo, hemos retornado a la objeción de ZITELMANN, basada en la consideración de las normas legales como una forma de las leyes naturales.

Desde el punto de vista de COHEN, una concepción de este tipo implicaría la negación de la autoconciencia, porque la voluntad del Estado no sería la expresión de una voluntad pura, resultado de la deliberación y la legislación de los representantes de todos los ciudadanos, según el procedimiento establecido en la Constitución<sup>37</sup>. Pero el carácter temporal de las normas legales —o sea, su referencia interna al futuro— las diferencia claramente de las leyes naturales. Entonces, la ética también encuentra su justificación en la estructura lógica de las normas legales<sup>38</sup>. Si la ley es la tarea de la autoconciencia, entonces pierde sentido la concepción psicologista y naturalista de la autoconciencia del individuo, en tanto que sujeto de la moralidad<sup>39</sup>.

La orientación al futuro es la fuente del carácter progresista del socialismo y de la resistencia contra las tendencias políticamente reaccionarias presentes en todo Estado. Si el valor modal del futuro permite fundamentar a la autoconciencia universal, entonces también es determinante para la realización del carácter moral del Estado<sup>40</sup>. De allí toma su fuerza la virtud de la valentía, que sostiene el optimismo en la lucha histórica por el establecimiento del Estado democrático de Derecho.<sup>41</sup> Éste es el sentido de las siguientes afirmaciones de SCHMID:

«Frente a la realidad llena de sufrimiento el hombre está llamado a alcanzar el ideal con su trabajo y a no desesperar. El optimismo es la salida de la virtud de la valentía. (...) Para el socialismo, la virtud política de la valentía significa ahora que no deben ser elegidos el

<sup>35</sup> DREYER, 1985: 124.

<sup>36</sup> *ErW*, 279.

<sup>37</sup> En el nivel de la fundamentación del sistema de COHEN, esto implicaría ante todo la contradicción de la ley fundamental de la verdad, que prescribe que la filosofía teórica y la filosofía práctica deben conservar sus respectivos ámbitos de trabajo y no deben de ninguna manera invadir el de otro (*ErW*, 83-108).

<sup>38</sup> *ErW*, 281.

<sup>39</sup> *ErW*, 282. COHEN criticó duramente el psicologismo de su maestro F. A. LANGE en COHEN, 1914.

<sup>40</sup> P. FIORATO ha explorado los fundamentos lógico-sistemáticos del mesianismo de COHEN, en particular en relación con el problema del tiempo (FIORATO, 1993 y 1994).

<sup>41</sup> *ErW*, 552-598.

camino de la revolución y de la mala utopía, sino más bien aquél de la reforma. La virtud de la valentía hace posible la creencia en la capacidad de reforma de la realidad llena de sufrimiento. Ella hace posible una visión optimista del mundo y de este modo le abre al hombre la esperanza en un futuro mejor, es decir, la esperanza en la realización del fin de la historia mundial, que es el Estado como el Estado de la humanidad. De este modo, la virtud de la valentía se convierte en una “virtud de la historia mundial”» (*ErW*, 558)<sup>42</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Luego de la argumentación desarrollada a lo largo de este trabajo, puede verse que la ética de COHEN resiste a la acusación de ser un formalismo abstracto, porque su concepto de ley jurídica opera como mediador entre cada individuo particular y la universalidad de sus conciudadanos. En primer lugar, el ciudadano individual participa de la expresión de la voluntad universal del Estado, al elegir a sus representantes en el Parlamento por medio del sufragio universal. Esta integración en la tarea de la declaración de la voluntad estatal implica la realización constante de la autoconciencia, que es el sujeto universal del Estado como persona jurídica. Los ciudadanos entonces son en realidad colegisladores y regulan comunitariamente la vida del Estado.

Pero esto no significa que, una vez que se haya realizado la autoconciencia, la ley promulgada se convertiría en una abstracción vacía de contenido y desprovista de toda relevancia para la vida cotidiana de los ciudadanos de carne y hueso. Por el contrario, luego del primer momento de la producción de la ley en el Parlamento, debe seguir el momento de su aplicación por el juez a cada caso particular. De este modo, toma realidad concreta y palpable la autoconciencia, es decir, la comunidad universal que une a todos los ciudadanos con los lazos de la ley que ellos mismos han proclamado. La ley entonces es una mediación dialéctica que integra en sí a los momentos de la particularidad y la universalidad; es decir, que cumple con el objetivo fundamental que COHEN le asigna a la ética.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. Bibliografía primaria

COHEN, H., 1907: *Ethik des reinen Willens*, en 2002, *Herman Cohen. Werke*, herausgegeben vom Hermann-Cohen-Archiv am Philosophischen Seminar der Universität Zürich unter der Leitung von Helmut Holzhey, Band 7, System der Philosophie. 1. Teil. Ethik des reinen Willens, Georg Olms Verlag, Hildesheim-Zürich-New York. Einleitung von Peter A. Schmid. Nachdruck der 2. revidierten Auflage (Berlin, 1907, Bruno Cassirer). Citado con la abreviatura *ErW*.

<sup>42</sup> «Angesichts der leidensvollen Realität ist der Mensch dazu angerufen, das Ideal zu erarbeiten und nicht zu verzweifeln. Der Optimismus ist der Ausfluss der Tugend der Tapferkeit (...). Für den Sozialismus bedeutet die politische Tugend der Tapferkeit nun, dass nicht der Weg der Revolution und der schlechten Utopie gewählt werden soll, sondern derjenige der Reformation. Die Tugend der Tapferkeit ermöglicht den Glauben an die Reformfähigkeit der leidensvollen Realität. Sie ermöglicht eine optimistische Wertsicht und eröffnet so dem Menschen die Hoffnung auf eine bessere Zukunft, d.h., die Hoffnung auf die Realisierung des Ziels der Weltgeschichte, des Staates als Staat der Menschheit. Dadurch wird die Tugend der Tapferkeit zur, Tugend der Weltgeschichte» (*ErW*, 558). *Cfr.* SCHMID, 1993: 83-84.

COHEN, H., (1914), *Einleitung mit kritischem Nachtrag*, Leipzig, Verlag von Friedrich Brandstetter.

## II. Bibliografía secundaria

- BIERLING, E. R., 1894 ss.: *Juristische Prinzipienlehre*, Leipzig und Freiburg i. B., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- DREYER, M., 1985: *Die Idee Gottes im Werk Hermann Cobens*, Königstein/Ts., Verlag Anton Hain Meisenheim GmbH.
- FIORATO, P., 1993: *Geschichtliche Ewigkeit. Ursprung und Zeitlichkeit in der Philosophie Hermann Cobens*, Würzburg, Königshausen & Neumann.
- 1994: «Die Gegenwart muß indessen zur Zukunft werden'. Über die "logischen" Grundlagen des Cohenschen Messianismus», in E. W. ORTH y H. HOLZHEY (Hrsg.), 1994, *Neukantianismus. Perspektiven und Probleme*, Würzburg, Königshausen & Neumann, 366-378.
- GIGLIOTTI, G., 1994: «Ethik und das Faktum der Rechtswissenschaft bei Hermann Cohen», in H. HOLZHEY (Hrsg.), *Ethischer Sozialismus*, Frankfurt, Suhrkamp, 166-184.
- GUARIGLIA, O., 1992: «Kantismo», en: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. II: *Concepciones de la ética*, Madrid, Trotta, 3-72.
- KANT, I., 1997: *La metafísica de las costumbres*, trad. esp. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Altaya.
- KLEIN, J., 1976: *Die Grundlegung der Ethik in der Philosophie Hermann Cobens und Paul Natorps - eine Kritik des Neukantianismus*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.
- KÖHNKE, K. Ch., 1986: *Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus. Die deutsche Unversitätsphilosophie zwischen Idealismus und Positivismus*, Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- LEMBECK, K.-H., 1994: *Platon in Marburg. Platonrezeption und Philosophiegeschichtsphilosophie bei Cohen und Natorp*, Würzburg, Königshausen & Neumann.
- LISSER, K., 1922: *Der Begriff des Rechts bei Kant. Mit einem Anhang über Cohen und Görland*, Berlin, Verlag von Reuter & Reichard.
- MÜLLER, C., 1994: *Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus. Naturrecht und Recht-positivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- SCHMID, P., 1993: *Ethik als Hermeneutik. Systematische Untersuchungen zu Hermann Cobens Rechts und Tugendlehre*, Würzburg, Königshausen & Neumann.
- SIEG, U., 1994: *Aufstieg und Niedergang des Marburger Neukantianismus. Die Geschichte einer philosophischen Schulgemeinschaft*, Würzburg, Königshausen & Neumann.
- WILLEY, Th., 1978: *Back to Kant. The Revival of Kantianism in German Social and Historical Thought, 1860-1914*, Detroit, Wayne State University Press.
- WINTER, E., 1980: *Ethik und Rechtswissenschaft. Eine historisch-systematische Untersuchung zur Ethik-Konzeption des Marburger Neukantianismus im Werke Hermann Cobens*, Berlin, Duncker & Humblot.
- ZITELMANN, E., 1879: *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, Duncker und Humblot.



# WOLFF ENTRE AUTORIDAD Y AUTONOMÍA

## Un análisis de la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación y de sus consecuencias respecto de la tesis de la incompatibilidad conceptual entre autoridad y autonomía \*

Juan Iosa

CONICET (Argentina)

**RESUMEN.** El trabajo distingue entre dos concepciones de la autonomía moral —como autolegislación y como juicio propio— presentes en *In Defense of Anarchism*, de WOLFF. Seguidamente examina la particular comprensión wolffiana de la idea de autonomía como autolegislación: el voluntarismo. Se muestra que WOLFF adopta esta tesis como consecuencia de su rechazo a la viabilidad de la pretensión kantiana de fundar la ley moral sobre bases a priori. Considero que presentar los argumentos de WOLFF en contra de KANT es un buen medio tanto para determinar los contornos de la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación como para explicitar los compromisos que su adopción implica. Por último se intenta mostrar que desde una concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación no puede sostenerse coherentemente la tesis de la incompatibilidad conceptual entre autoridad y autonomía. Si la democracia directa y por unanimidad es, como sostiene WOLFF, un tipo de autoridad, entonces a partir del voluntarismo hay al menos un caso en que podemos hablar con propiedad de autoridad legítima.

**Palabras clave:** autoridad, autonomía, autolegislación, juicio propio, WOLF.

**ABSTRACT.** The paper distinguishes between two conceptions of moral autonomy —self-legislation and self-judgment—. Both are present in WOLFF's *In Defense of Anarchism*. The paper then focuses on the analysis of the peculiar Wolffian conception of autonomy as self-legislation: voluntarism. It is proved that WOLFF adopts this thesis as a consequence of his rejection of the viability of the Kantian claim of grounding the moral law on an a priori basis. Presenting WOLFF's arguments against KANT is a good way both to determine the contours of the voluntarist conception of autonomy as self-legislation and to make explicit the commitments that its adoption involves. Finally, the paper attempts to show that the thesis of the conceptual incompatibility between authority and autonomy cannot be coherently sustained by a supporter of the voluntarist conception of autonomy as self-legislation. If unanimous direct democracy is, as WOLFF asserts, a kind of authority, then from voluntarism there is at least one case of which we can properly speak of as being a case of legitimate authority.

**Keywords:** authority, autonomy, self-legislation, self-judgment, WOLFF.

---

\* Fecha de recepción: 10 de enero de 2010. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2010.

En el presente trabajo todas las referencias a trabajos de KANT son acordes con la paginación de la edición de la Academia. Para la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres* abrevio (F), para la *Metafísica de las costumbres* (MC). Para la *Fundamentación* he utilizado la traducción de Roberto Aramayo, Madrid, Alianza, 2002. Para la *Metafísica* me he valido de la traducción de Adela Cortina y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1996. El resto de las traducciones son mías, salvo que indique lo contrario.

## 1. EL PROBLEMA

Entre los teóricos dedicados al estudio del problema de la normatividad del Derecho hoy es dominante una posición escéptica respecto de la existencia de una obligación general de obedecer el Derecho<sup>1</sup>. El grado de este rechazo varía en intensidad y los fundamentos ofrecidos también son diversos. Dentro de este espectro quizás la posición más radical sea el anarquismo filosófico a priori y autonomista. Esta postura, sostenida por R. P. WOLFF en *In Defense of Anarchism*<sup>2</sup>, afirma que las ideas de autoridad legítima y autonomía moral son conceptualmente incompatibles y que por ello es imposible la existencia misma de autoridades legítimas. En consecuencia, sostiene, no tenemos ningún deber de obedecer ningún Derecho positivo en tanto emanado de fuentes con pretensiones de autoridad<sup>3</sup>. Al estudio de esta tesis en una de sus variantes posibles —la que deriva la incompatibilidad conceptual a partir de una concepción voluntarista de la autonomía entendida como autolegislación—, está dedicado este trabajo.

El análisis y refutación de la postura de WOLFF se ha convertido en el primer paso obligado para los teóricos preocupados en fundar la autoridad del Derecho o por lo menos en negar que debamos a priori descartar su fuerza normativa. Pero la mayoría de los análisis obvian el hecho de que en DA, WOLFF maneja inadvertidamente dos concepciones diferentes e incompatibles de la autonomía moral: por un lado una comprensión voluntarista de la autonomía como autolegislación y, por otro, una idea de autonomía como juicio propio, como independencia epistémica. Estas concepciones presuponen teorías opuestas sobre la fuente y la naturaleza de los deberes morales. Para la segunda, la existencia de la moral es independiente de cualquier estado subjetivo del sujeto normativo y, por tanto, es susceptible de conocimiento objetivo —de juicio en última instancia—, mientras que para la primera los deberes surgen de actos de voluntad del agente y por tanto no son cognoscibles con independencia de sus estados subjetivos. Cada una de ellas tiene, tal como sostendré aquí, implicancias distintas en relación con el conflicto entre autoridad y autonomía. Una vez distinguidas estas concepciones se verá claramente que la existencia del conflicto y la viabilidad de

<sup>1</sup> *Vid.*, por ejemplo M. B. E. SMITH, «Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?», *Yale Law Journal*, 82, 1973; J. RAZ, «The Morality of Freedom», Oxford, Clarendon Press, 1986; «La Obligación de Obedecer el Derecho», en *La Autoridad del Derecho*, México, UNAM, 1985; «El deber de obediencia; revisionismo y tradición», en *La Ética en el ámbito de lo Público*, Barcelona, Gedisa, 2001; J. SIMMONS, «Moral Principles and Political Obligations», Princeton, Princeton University Press, 1979; Ch. GANS, «Philosophical Anarchism and Political Disobedience», Cambridge, Cambridge University Press, 1992; K. GREENWALT, «Conflicts of Law and Morality», New York, Oxford University Press, 1987.

<sup>2</sup> R. P. WOLFF, «In Defense of Anarchism», New York, Harper & Row Ed., 1970. En adelante DA.

<sup>3</sup> «La marca definitoria del Estado es la autoridad, el derecho a mandar. La obligación primera del hombre es la autonomía, el rechazo a ser mandado. Parecería, entonces, que no puede haber solución al conflicto entre la autonomía del individuo y la autoridad putativa del Estado. En tanto que, como hombre, cumple con su obligación de ser él mismo el autor de sus decisiones, resistirá la pretensión del Estado de tener autoridad sobre él. Esto es, negará tener un deber de obedecer las leyes del Estado *simplemente porque son las leyes*. En ese sentido, pareciera que el anarquismo es la única doctrina política consistente con la virtud de la autonomía» (DA, 18). «Si todos los hombres tienen la obligación continua de alcanzar el mayor grado de autonomía posible, entonces pareciera no haber Estado cuyos súbditos tengan el deber de obedecer sus mandatos. Por tanto, el concepto de estado *de iure* parece vacío, y el anarquismo filosófico parece ser la única creencia política razonable para un hombre ilustrado» (DA, 19).

las propuestas de solución dependen de cuál se use en la construcción del problema. Mantenerlas separadas nos permite, por otra parte, dividir en dos la tesis de la incompatibilidad conceptual:

- a) El conflicto entre autoridad y autonomía es irresoluble porque la autonomía moral requiere que siempre seamos los autores de las normas que hemos de obedecer y la autoridad pretende que su voluntad sea la fuente de tales normas.
- b) El conflicto entre autoridad y autonomía es irresoluble porque la autonomía moral requiere que siempre juzguemos por nosotros mismos sobre cuestiones morales y la autoridad pretende que renunciemos a dicho juicio.

La mayoría de los análisis vigentes de la autoridad se centran en esta última noción, destacando que la autoridad exige renuncia a la independencia epistémica (al juicio propio) y que justificar la autoridad es justificar tal renuncia<sup>4</sup>. La idea de autolegislación tal como la maneja WOLFF, *i. e.*, la concepción voluntarista de autonomía como autolegislación, ha sido objeto de escasa atención en este debate<sup>5</sup>. Por ello en este trabajo me centraré en su análisis.

En primer lugar mostraré las razones que han llevado a WOLFF a adoptar esta concepción. Ella se sigue como conclusión de los argumentos esgrimidos por WOLFF en *The autonomy of reason*<sup>6</sup>. Mediante dichos argumentos WOLFF pretende mostrar la inviabilidad de la pretensión kantiana de fundar la ley moral sobre bases a priori. Considero que cualquier intento de refutar la concepción voluntarista de autonomía debe enfrentarse con dichos argumentos y mostrar que la pretensión kantiana se sostiene o, por lo menos, que WOLFF no ha demostrado lo contrario. Creo que una refutación semejante es perfectamente posible, que la concepción voluntarista de la autonomía no se sostiene. Sin embargo no argumentaré aquí en contra de la concepción voluntarista. Me limitaré a presentar los argumentos de WOLFF en contra de KANT, tarea que espero sea útil tanto para permitirnos determinar los contornos de la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación como para explicitar los compromisos que su adopción implica.

En segundo lugar mostraré que desde de una concepción voluntarista de la autonomía (y con independencia de su viabilidad sustantiva), no puede sostenerse coherentemente la tesis de la incompatibilidad conceptual. *A partir del voluntarismo*, tanto

<sup>4</sup> Ésta es la comprensión estándar del conflicto. Así, J. RAZ describe el supuesto conflicto en los siguientes términos: «... el principio de autonomía implica que se actúe basándose en el propio juicio en todas las cuestiones morales. Como la autoridad algunas veces requiere que se actúe en contra del propio juicio, exige, así, el abandono de la autonomía moral». J. RAZ, «La Autoridad del Derecho», México, UNAM, 1985, 17-18. Asimismo, en «The Morality of Freedom» —*op. cit.*, 48—, RAZ afirma: «Todo el punto y propósito de las autoridades... es excluir el juicio individual sobre los méritos del caso...». En el mismo sentido J. C. BAYÓN, «La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción», Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 618-619.

<sup>5</sup> Considero, sin embargo, que es la más importante, ya que, a diferencia de la de juicio propio, es una tesis sobre la fuente de la normatividad categórica y cualquier teoría de la autoridad como generadora de deberes debe dar cuenta de qué tesis sobre tal fuente supone. Cabe destacar que WOLFF maneja aquí una concepción posible, la voluntarista, de autonomía como autolegislación. En la discusión del concepto kantiano de autolegislación hay otras dos interpretaciones que no discutiré aquí, la constructivista y la realista. De dichas concepciones se siguen resultados diferentes para la resolución del conflicto entre autoridad y autonomía.

<sup>6</sup> R. P. WOLFF, «The Autonomy of Reason. A Commentary on Kant's Groundwork of the Metaphysics of Morals», New York, Harper & Row Ed., 1973 (en adelante AR).

la promesa de obediencia a determinadas personas (*i. e.*, el contrato social entendido como acto histórico) como el consenso, pueden fundar autoridades legítimas. Sin duda, a partir del voluntarismo —y a defender este punto se limitará mi argumentación— hay al menos un caso de consenso, el de la democracia directa y por unanimidad, en que podemos hablar con propiedad de autoridad legítima<sup>7</sup>. De aquí se sigue que, partiendo de esta concepción de la autonomía no es cierta la tesis de la incompatibilidad conceptual. La viabilidad del consenso como fundamento de autoridades legítimas nos explica que WOLFF afirme que la democracia directa y por unanimidad (el caso paradigmático de un consenso expreso) sea la única solución genuina al desafío del anarquismo<sup>8</sup>. Sin la distinción entre dos concepciones de autonomía aquí propuesta, tal afirmación implicaría por parte de WOLFF una crasa contradicción con su tesis de la incompatibilidad conceptual. Pero que WOLFF se contradice es cierto sólo en parte, en tanto que la tesis de la «única solución posible» está sostenida y es viable dentro del marco de una concepción voluntarista de la autonomía. La tesis de la incompatibilidad conceptual puede, por el momento, mantenerse para la concepción de la autonomía como juicio propio y para otras concepciones no voluntaristas de la autonomía como autolegislación.

## 2. AUTONOMÍA MORAL EN *IN DEFENSE OF ANARCHISM*

### 2.1. Agencia racional y autonomía moral

En DA, WOLFF comienza su exposición del concepto de autonomía afirmando una relación conceptual entre agencia racional (entendida como capacidad de elegir actuar por razones) y responsabilidad moral (entendida como capacidad de ser sujeto de imputación). Del hecho de que no podemos dejar de pensarnos como responsables por nuestras acciones se sigue necesariamente que somos (o debemos considerarnos como) agentes racionales, *i. e.*, capaces de elegir actuar por razones. Sólo tiene sentido atribuir responsabilidad a agentes capaces de elegir actuar por razones, no lo tiene imputársela a seres totalmente determinados por la causalidad natural<sup>9</sup>.

Dos son los elementos del concepto de agencia racional. Por un lado, la capacidad de elegir, la libertad.

«El presupuesto fundamental de la filosofía moral es que los hombres son responsables por sus acciones. A partir de este presupuesto se sigue necesariamente, como señalara KANT, que los hombres son metafísicamente libres, lo que equivale a decir que en algún sentido son capaces de elegir cómo actuar»<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Límito aquí la tesis a defender. No pretendo dar a entender que los argumentos de este trabajo bastan para fundar el deber de obedecer las normas emanadas de cualquier contrato o cualquier consenso. Simplemente defiendo que a partir del voluntarismo no es cierta la tesis de la incompatibilidad conceptual porque hay por lo menos un caso de autoridad compatible con la autonomía.

<sup>8</sup> DA, 27. La única condición que cabe agregar aquí para tener por buena esta hipótesis es que acordemos con WOLFF en que la democracia directa y por unanimidad es un caso de autoridad —afirmación cuya verdad no es, tal como se verá en el texto, en absoluto obvia—.

<sup>9</sup> Este punto está vinculado a la afirmación kantiana en la *Crítica de la Razón Práctica* (CRP, 5:30) de que la moral (el sabernos responsables) es anterior a la libertad (el concebirnos como agentes racionales) en el orden del conocimiento, mientras que la libertad es anterior a la moral en el orden del ser.

<sup>10</sup> DA, 12.

Pero inmediatamente WOLFF agrega que la libertad de elegir no es el único elemento necesario a la hora de dar cuenta del presupuesto de la responsabilidad, *i. e.*, de la agencia racional:

«La obligación de asumir responsabilidad por la propias acciones no se deriva solamente de la libertad de voluntad del hombre... Sólo porque el hombre tiene la capacidad de razonar acerca de sus elecciones puede decirse que está bajo una obligación continua de asumir responsabilidad por ellas»<sup>11</sup>.

Libertad y razón son entonces los elementos mutuamente necesarios y conjuntamente suficientes del concepto de responsabilidad y de su presupuesto, el concepto de agencia racional. Según WOLFF, y según KANT a quien WOLFF está siguiendo aquí, todo hombre que goza tanto de libertad (de una voluntad libre) como de razón, todo agente racional, es responsable. A su vez todo hombre responsable debe asumir responsabilidad por sus acciones. Igualmente, todo agente racional tiene la obligación de actuar racionalmente<sup>12</sup>.

Hasta aquí WOLFF ha realizado dos afirmaciones. Primero, que cuando concebimos a alguien como un ser responsable necesariamente nos comprometemos con la idea de que es un agente racional, un ser capaz de elegir actuar por razones. Segundo, que todo ser responsable tiene la obligación de asumir responsabilidad (y que todo agente racional tiene la obligación de actuar racionalmente). Analicemos entonces esta distinción entre «ser responsable» y «asumir responsabilidad».

Ser responsable es una *facultad* (*una capacidad de asumir responsabilidad*) que es una propiedad necesaria de los agentes en tanto son capaces de elegir y de reconocer las razones existentes. Sólo los seres responsables son susceptibles de imputación, sólo a ellos se les puede atribuir acciones como acciones *suyas*. Consecuentemente, sólo a ellos tiene sentido exigirles que asuman sus consecuencias (por ser consecuencias de acciones *suyas*).

Quienes son responsables tienen a su vez la obligación de asumir responsabilidad, *i. e.*, tienen el deber de elegir actuar de acuerdo a las razones (que consideran) existentes. Pero no todos los que son responsables cumplen necesariamente con esta obligación. Sólo de quienes de hecho lo hacen puede decirse que asumen responsabilidad. La asunción de responsabilidad no es un hecho necesario para agentes responsables pero imperfectamente racionales como nosotros.

¿Qué se requiere para satisfacer la obligación de asumir responsabilidad? El satisfacer la obligación de asumir responsabilidad, *i. e.*, el asumirla, requiere, según WOLFF, hacer *uso* tanto de la propia libertad como capacidad de elección como de la propia razón como capacidad epistémica. Notemos que si bien todas nuestras acciones son *nuestras* en la medida en que somos seres responsables, no es cierto, y menos necesariamente cierto, que en todas nuestras acciones hagamos uso de nuestra libertad y de nuestra razón. Quien hace algo por la mera razón que otro le dijo que lo hiciera —digamos que usted me pide que me tire a un pozo y yo me tiro, o que mate a alguien y yo lo mato— no está haciendo *uso* ni de su libertad ni de su razón.

<sup>11</sup> DA, 12.

<sup>12</sup> DA, 12-13.

Este último requisito —el hacer uso de la propia razón— no requiere, según WOLFF, que se logre identificar adecuadamente las razones existentes, sino que no se renuncie al esfuerzo de realizar dicha tarea:

«Cuando describimos a alguien como un individuo responsable, no queremos afirmar que siempre hace lo correcto, sino meramente que no desatiende el deber de intentar determinar qué es correcto»<sup>13</sup>.

Intentar determinar qué es correcto implica a su vez dos cosas que definen el alcance de la noción de juicio propio: por una parte, aumentar el conocimiento de los datos, tanto normativos como fácticos, relevantes en el razonamiento categórico-práctico que nos llevará a decidir la cuestión y, por otra, ejercitar dicho razonamiento (el balance de razones y el juicio de subsunción) cada vez que la situación demande tomar decisiones morales:

«Asumir responsabilidad implica intentar determinar lo que uno debe hacer, y eso arroja sobre uno las cargas adicionales de aumentar el conocimiento, reflexionar sobre los motivos, predecir resultados, criticar los principios, y cosas semejantes»<sup>14</sup>.

De un agente que ha decidido libremente actuar de acuerdo a razones que, tras un proceso de conocimiento, ha llegado a considerar como las razones aplicables a su caso, se puede decir que ha asumido responsabilidad por sus actos. Nada habrá que reprocharle aún si no ha logrado actuar por las razones que decidían el caso. Ha hecho todo lo que se podía esperar de él.

A su vez la noción de autonomía moral es idéntica, según WOLFF, a la idea de asumir responsabilidad:

«... *moral autonomy is simply the condition of taking full responsibility for one's actions...*»<sup>15</sup>.

Así, la idea de autonomía está vinculada, mediante la de responsabilidad, con la de agencia racional<sup>16</sup>. Asumen responsabilidad, satisfacen su obligación de actuar racionalmente, son autónomos, quienes eligen por sí haciendo uso de su razón.

## 2.2. Posibles objeciones al concepto normativo de un agente racional

Antes de seguir con el análisis de las tesis de WOLFF es importante detenerse en este punto kantiano porque está presupuesto en el resto de la discusión y un malentendido aquí puede llevar a confusiones más adelante.

Hasta ahora se ha afirmado que la idea de responsabilidad presupone la de agencia racional (la idea de un agente capaz de elegir actuar por razones) y que todo agente responsable tiene la obligación de asumir responsabilidad así como todo agente racional tiene la obligación de actuar racionalmente.

Un primer mal entendido consistiría en suponer que lo que se afirma es que de hecho estamos obligados a actuar racionalmente. Muy por el contrario, lo único que

<sup>13</sup> DA, 12-13.

<sup>14</sup> DA, 12.

<sup>15</sup> DA, 14.

<sup>16</sup> En DA, 87, WOLFF afirma que la teoría del contrato social es un intento por superar el conflicto entre «la demanda fundamental de la agencia moral, que es la autonomía...».

KANT está afirmando es que *si* alguien es un agente racional, entonces debe actuar racionalmente. (F 4:412-413) Igualmente, WOLFF afirma que *si* alguien es un ser responsable, entonces está obligado a asumir responsabilidad.

Una segunda cuestión. Bien podría objetarse que aquí tanto KANT como WOLFF están dando un salto de lo conceptual a lo normativo. Ésta es sin duda una objeción importante, quizás la más importante. ¿Cómo puede ser que del concepto de un agente racional derivemos la obligación de actuar racionalmente? Igualmente podemos pensar que no se puede derivar la obligación de asumir responsabilidad, esto es, de actuar responsablemente, a partir del concepto de un agente responsable.

Los conceptos de responsabilidad y de agencia racional, afirman WOLFF y KANT, son conceptos normativos. Una forma posible de concebir un concepto normativo es, tal como en una conversación sobre este punto sostuvo R. CARACCILO, entenderlo como un concepto cuya definición incluye una norma. Así como un juez penal es un agente que en sus decisiones públicas debe aplicar las normas penales y procesal-penales, un agente responsable es uno que debe asumir responsabilidad por sus acciones. Un agente racional, a su vez, es uno que está obligado a actuar racionalmente, *i. e.*, a elegir actuar por las razones que considera correctas<sup>17</sup>.

¿Son estas definiciones normativas correctas en tanto definiciones de agencia racional y de responsabilidad?

Bien podríamos contestar que éste no es el caso. Así, uno podría pensar que el concepto de agencia racional implica meramente la capacidad, pero no la obligación, de actuar por razones. Para revisar la plausibilidad de esta definición alternativa vale acudir a KANT. Cuando se enfrenta a la noción de agencia racional lo hace en los siguientes términos:

«Cada cosa de la naturaleza opera con arreglo a leyes. Sólo un ser racional posee la capacidad de obrar *según la representación* de las leyes o con arreglo a principios del obrar, esto es, posee una *voluntad*. Como para derivar las acciones a partir de leyes se requiere una *razón*, la voluntad no es otra cosa que razón práctica». (F 4:412)

<sup>17</sup> KANT defenderá esta última afirmación bajo una forma específica. Porque entiende que del concepto de un agente racional se deriva no sólo la obligación de actuar racionalmente, sino también el criterio para determinar cuáles acciones son racionales y cuáles no. La idea kantiana es que del concepto de un agente racional se deriva una norma, el imperativo categórico, a la que los agentes racionales están vinculados en tanto tales. Por tanto, si alguien es un agente racional y está vinculado a actuar racionalmente, entonces está vinculado a actuar de acuerdo al primer principio de la moral. Todo el segundo capítulo de la *Fundamentación* está dedicado a mostrar la verdad de este condicional. El imperativo categórico es obligatorio *para* agentes racionales. Idealmente todo el argumento de la *Fundamentación* podría ser reconstruido como un gran *modus ponens* con el anterior condicional como premisa mayor. Es cierto, uno esperaría que KANT inmediatamente afirme que somos de hecho agentes libres y racionales para poder derivar que de hecho estamos vinculados por el primer principio. Pero debemos advertir que ésta es una cuestión diferente. KANT se enfrenta a ella recién en el tercer capítulo. Allí, sin embargo, no afirma categóricamente que somos agentes libres y racionales. Semejante afirmación teórica queda excluida del ámbito de lo que se puede decir con sentido en virtud de los argumentos de la primera crítica. En cambio KANT se limita a afirmar por un lado que el concebimos a nosotros mismos como agentes libres y racionales es compatible con el hecho de que en determinado nivel somos meros fenómenos y que como tales estamos inscriptos en el orden causal. Por otro lado, KANT afirma que en tanto decidimos y actuamos no podemos dejar de concebimos a nosotros mismos como seres libres y racionales. Cualquiera que niegue esta afirmación es de esperar que lo haga por una razón. Pero si la niega por una razón cae inmediatamente en contradicción, pues está afirmando algo, y el afirmar algo por una razón es actuar por una razón. Quien acepta que actúa, acepta que se concibe a sí mismo como un agente racional.

Un agente racional entonces, tiene la capacidad de obrar según la representación de *leyes*, es decir, de *razones a las que está vinculado*. La agencia racional es una capacidad de obrar en virtud de razones que nos vinculan. Para un agente capaz de razón práctica no tiene ningún sentido decir «reconozco que ésta es una razón vinculante que se aplica a mi caso pero no estoy vinculado a actuar conforme».

Alternativamente, podríamos entender que si somos agentes racionales es *necesario* que actuemos racionalmente. Pero que del hecho de que esto sea necesario no se sigue que sea obligatorio. Ahora bien, cabe preguntarnos, ¿es cierto que un agente racional actúa necesariamente de modo racional? La idea kantiana de que somos agentes *imperfectamente* racionales trata de captar la intuición de que éste no es el caso. Muchas veces, pese a representarnos las razones que deberían guiar nuestra acción, las razones que triunfan y deciden el caso desde el punto de vista de la razón, actuamos en contra de esas razones. KANT explica el hecho de que actuemos irracionalmente como el resultado de una lucha entre la razón y la inclinación. Con independencia de la corrección de la explicación kantiana es claro que nuestro actuar racional no es necesario. Ahora bien, el hecho de que actuemos irracionalmente no nos vuelve agentes irracionales. Porque la agencia racional no implica que necesariamente actuemos racionalmente, sino meramente que estamos obligados a actuar así. Vale en este punto traer nuevamente a KANT.

«Si la razón determina indefectiblemente a la voluntad entonces las acciones de un ser semejante que sean reconocidas como objetivamente necesarias lo serán también subjetivamente, es decir, la voluntad es una capacidad de elegir sólo aquello que la razón reconoce independientemente de la inclinación como prácticamente necesario, o sea, como bueno. Pero si la razón por sí sola no determina suficientemente a la voluntad y ésta se ve sometida además a condiciones subjetivas (ciertos móviles) que no siempre coinciden con las objetivas, en una palabra, si la voluntad no es de suyo plenamente conforme con la razón (como es el caso entre los hombres), entonces las acciones que sean reconocidas como objetivamente necesarias serán subjetivamente contingentes y la determinación de una voluntad semejante con arreglo a leyes objetivas supone un apremio... La representación de un principio objetivo, en tanto resulta apremiante para una voluntad, se llama un mandato (de la razón) y la fórmula del mismo se denomina imperativo» (F 4:413).

Si no nos convenciera KANT, ¿hay algún otro argumento que se nos pueda ofrecer a favor de la tesis de que el concepto de agencia racional implica la obligación de actuar racionalmente? Quizás baste preguntarnos ¿tiene sentido la idea de un ser racional que no está obligado a actuar racionalmente? La pregunta es más iluminadora si utilizamos la idea de responsabilidad. ¿Podemos pensar un agente responsable que no tiene la obligación de actuar responsablemente? Semejante agente podría decir «tengo el permiso de actuar irresponsablemente pero eso no compromete mi responsabilidad». Sin embargo esto parece ser contradictorio.

Los agentes racionales, entonces, tienen la obligación de asumir responsabilidad, *i. e.*, de ser autónomos. Nuevamente, entonces ¿por qué deberíamos considerar a todos los agentes libres y racionales como obligados a ejercitar su autonomía, *i. e.* su capacidad de elegir y su razón? ¿Es acaso, tal como sostienen algunos de los objetores de WOLFF, una obligación moral más, que puede ser derrotada bajo determinadas circunstancias? Las consideraciones aquí apuntadas indican que el alcance y el peso de la obligación de autonomía están ya determinadas por la misma idea de agencia racional:

existe un vínculo entre el concepto de agencia racional, como concepto normativo, y el surgimiento de esta obligación. Esto es, en tanto somos seres libres y dotados de razón tenemos necesariamente la obligación de ejercitar tales facultades. Por ello, aunque según WOLFF podemos de hecho renunciar a asumir responsabilidad, renunciar a la autonomía, no podemos dejar de vernos a nosotros mismos como bajo la obligación de asumirla. Así la persona que realiza una acción meramente porque otro le dijo que la hiciera, digamos una acción dañosa, no puede excusarse alegando que el otro se lo ordenó. Permanece responsable aun cuando no haya asumido su responsabilidad.

### 2.3. Autonomía como juicio propio vs. autonomía como autolegislación

Ahora bien, ¿cuál es el rol específico de estas dos facultades, voluntad libre y razón, en el ejercicio de esta responsabilidad por las propias acciones? Una respuesta coherente, la que parece estar implícita en gran parte de DA, es que la razón se debe encargar por un lado de identificar los elementos relevantes para el razonamiento práctico normativo y, por otro, de ejercitar ese razonamiento (*i. e.*, aplicar los deberes generales al caso concreto). La libertad de elegir es, por su parte, capacidad de actuar por razones, de modo que una vez que identificamos mediante el juicio propio qué es lo que debemos hacer en el caso concreto, ahora esta capacidad, como una capacidad ejecutiva (en KANT arbitrio libre, *willkür*)<sup>18</sup>, hace que podamos actuar sobre la base de esas razones. De modo que la libertad de elegir no juega ningún papel ni respecto de la existencia de las razones (no las crea) ni del ejercicio del razonamiento práctico (que es una capacidad epistémica). Presupone esta explicación una teoría respecto de la naturaleza y la fuente de las razones categóricas, de los deberes que la razón identifica y aplica. Aunque WOLFF no explicita esta teoría, parece claro que entiende que la razón como facultad epistémica puede identificar y aplicar estas razones (razones existentes independientemente), razones que, por tanto, serán enunciables en proposiciones normativas susceptibles de verdad o falsedad (*i. e.*, serán susceptibles de conocimiento objetivo). De modo que la teoría supone tanto el realismo como el cognitivismo moral. Ésta parece ser la concepción metaética en juego, vinculada a lo que podemos llamar una concepción judicial o epistémica de la autonomía. De hecho, en el párrafo que sigue a las distinciones establecidas dentro del concepto de responsabilidad y analizadas más arriba, WOLFF continúa del siguiente modo:

«El hombre responsable no es caprichoso o anárquico, se reconoce a sí mismo limitado por restricciones morales. Pero insiste en que sólo él es juez de tales restricciones. Puede escuchar el consejo de los demás, pero lo hace suyo al determinar por sí mismo si es un buen consejo. Puede aprender de los demás acerca de sus obligaciones morales, pero sólo en el sentido en que un matemático aprende de otros matemáticos —esto es, escuchando argumentos cuya validez reconoce por sí mismo pese a que no los haya originariamente pensado—. No aprende en el sentido en que uno aprende de un explorador, esto es, aceptando como verdad sus relatos sobre cosas que uno no puede ver por sí mismo»<sup>19</sup>.

Hasta aquí parece que WOLFF está presentando una concepción de la autonomía como ejercicio del propio juicio, de modo que quien juzga por sí mismo es autónomo

<sup>18</sup> MC 6: 226.

<sup>19</sup> DA, 13.

y quien no lo hace no lo es. Pero a continuación extrae una consecuencia totalmente inesperada y que nos introduce en una concepción diferente de la autonomía, autonomía entendida ahora como autolegislación, concepción que en su interpretación voluntarista (con implicaciones metaéticas diametralmente opuestas a cualquier realismo) adoptará en *AR*:

«Desde que el hombre responsable llega a decisiones morales que se expresa a sí mismo en forma de imperativos, podemos decir que se da leyes a sí mismo, o que se autolegisla. En breve, que es autónomo. Tal como KANT argumentara, la autonomía moral es una combinación de libertad y responsabilidad; es la sumisión a leyes que uno ha creado para uno mismo». «... debemos reconocer asimismo la obligación permanente de hacernos a nosotros mismos los autores de aquellos mandatos que debemos obedecer»<sup>20</sup>.

Pero esta concepción de la autonomía como autoría (por lo menos tal como más adelante la desarrollará en *AR*) implica una teoría totalmente diferente tanto respecto del rol de la libertad de la voluntad y de la razón como de la fuente y naturaleza de los deberes. Porque si nosotros mismos hemos hecho la ley para nosotros mismos, entonces ahora parece que nuestra voluntad libre es la fuente de la normatividad. La razón no tiene que salir a «descubrir» deberes porque los tiene muy cerca suyo: han sido «creados» por la voluntad libre del agente. De modo que el rol epistémico de la razón parece acotarse al ejercicio del razonamiento práctico entendido meramente como especificación de las razones creadas por la voluntad libre. E incluso dejarle este rol mínimo suena forzado.

WOLFF no tiene explícitamente en cuenta en *DA* la distinción entre autonomía como autolegislación y autonomía como juicio propio aquí ensayada. Bien podría pensarse que usa la idea de autoría o autolegislación solamente como una metáfora. En el mismo sentido podría sostenerse que la idea principal que WOLFF pone tras el rótulo de «autonomía» es que los agentes morales tienen una obligación de juzgar por sí. La idea de que ellos hacen su propia ley no sería sino una forma de enfatizar el hecho de que toman sus propias decisiones morales, aun si no crean las razones para dichas decisiones. Si no fuera porque el mismo WOLFF reinterpretará —en *AR*— toda su teoría en términos de autolegislación, podríamos conformarnos con sostener, tal como lo hace por ejemplo RAZ junto con todos los que entienden la justificación de la autoridad como la justificación de la renuncia al juicio propio, que WOLFF entiende autonomía como juicio propio<sup>21</sup>.

### 3. LA CONCEPCIÓN VOLUNTARISTA DE AUTONOMÍA COMO AUTOLEGISLACIÓN

#### 3.1. Tesis metaéticas

Paso ahora a analizar la concepción de la autonomía como autolegislación que WOLFF desarrolla en *AR*, y que está implícita en buena parte de las afirmaciones sos-

<sup>20</sup> *DA*, 14 y 17 respectivamente.

<sup>21</sup> J. RAZ, «La autoridad del Derecho», UNAM, 1985, 17-18. Para un análisis de la concepción de la justificación de la autoridad como justificación de la renuncia al juicio propio *vid.* J. C. BAYÓN, *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, especialmente 618 y ss.

tenidas en DA. El voluntarismo —tal es el nombre con que, por su vínculo con las homónimas concepciones teológicas de la fuente de la moral, la discusión filosófica contemporánea ha rotulado a la concepción de la autonomía sostenida por WOLFF en aquel texto— pone en el centro de la discusión sobre la fuente, el contenido y la vinculatoriedad de la moral la noción de una voluntad libre. Sostiene que los actos de voluntad, las contingentes elecciones de los agentes, sumados a determinada concepción meramente formal de la racionalidad, son la fuente última de cualquier normatividad. Tales actos de elección no están a su vez respaldados por razones (porque no hay fines en sí, no existe lo bueno incondicionado). La moral no puede exigirnos la adopción de máximas. En consecuencia esta concepción rechaza cualquier pretensión de atribuir a la normatividad moral los caracteres de objetividad, universalidad y necesidad *positivas*. Sólo queda una objetividad negativa relativa a la obligatoriedad de excluir cualquier máxima internamente contradictoria o la adopción conjunta de dos máximas externamente contradictorias. La normatividad resultante es una normatividad hipotética (dependiente de la contingente adopción de máximas). Ahora bien, cuando dichos actos expresan una libre decisión colectiva tenemos, según WOLFF, la fuente de la moral categórica positiva, una moral contractual que pese a ser categórica en virtud de ser producto del acuerdo, ya no es incondicionada<sup>22</sup>.

### 3.2. Fundamentos del voluntarismo

R. P. WOLFF desarrolla estas ideas como respuesta a lo que él considera objeciones definitivas a la concepción kantiana de la autonomía. Refiriéndose a ella sostiene:

«En este punto la falta de claridad de KANT emana directamente de su compromiso con dos doctrinas incompatibles. Por un lado él cree que hay principios morales categóricos, sustantivos y objetivos, que todos los agentes racionales, en tanto son racionales, reconocen y obedecen. Si esto es verdad, entonces la noción de autolegislación parece vacía. Por el otro lado, él cree (pienso que correctamente) que los agentes racionales están vinculados a políticas sustantivas sólo en tanto las hayan elegido libremente. Pero si esto es verdad, entonces uno debe renunciar a la creencia en principios sustantivos objetivos y reconocer que la sustancia y el contenido de los principios morales deriva de compromisos colectivos con fines libremente elegidos»<sup>23</sup>.

Como podemos ver, WOLFF sostiene que en el análisis kantiano del concepto de autonomía están presentes los dos elementos, voluntad libre y razón, que he señalado en el propio análisis wolffiano. Sólo que aquí, y como resultado de un meditado análisis de las tesis sostenidas por KANT en la *Fundamentación*, WOLFF toma partido explícitamente por el elemento volitivo rechazando el epistémico, *i. e.*, la existencia de principios objetivos de la razón práctica, independientes de los actos volitivos de los agentes y por ello susceptibles de conocimiento objetivo.

Presupuesto este nuevo significado de «autonomía», entendida ahora no como independencia epistémica sino como una particular concepción acerca de la fuente de la normatividad, se sigue que debemos reinterpretar en su totalidad el conflicto entre

<sup>22</sup> Por «positiva» me refiero aquí a una moral que implique que algunas máximas deben ser aceptadas, una que no se limite a excluir posibles máximas del debate moral.

<sup>23</sup> AR, 181.

autoridad y autonomía tal como fue presentado por el mismo WOLFF en DA. Pero para poder analizar el conflicto bajo la concepción voluntarista primero debemos precisar la concepción misma. Para ello es necesario explorar sus fundamentos, tarea que comenzaré a desarrollar en el próximo apartado.

Una vez precisada la concepción voluntarista de la autonomía analizaré qué resultados se siguen de su adopción respecto del conflicto entre autoridad y autonomía. Al respecto sostendré que a partir del voluntarismo (tal como lo entiende WOLFF) no se sostiene la tesis de la incompatibilidad conceptual.

### 3.3. El análisis de WOLFF de las tesis de la *Fundamentación*

La concepción voluntarista de la autonomía no pretende ser una mera exégesis del pensamiento de KANT, ni siquiera una interpretación de su pensamiento. Por el contrario, WOLFF llega a ella tras un análisis del argumento kantiano, análisis que pretende seguir a KANT hasta donde sus afirmaciones son correctas y rectificarlo donde, a su juicio, se equivoca.

WOLFF adopta el voluntarismo básicamente en virtud de que entiende que la empresa kantiana, entendida como la búsqueda de principios incondicionados de la razón práctica, ha fracasado. De modo que me centraré en el análisis wolffiano de los argumentos kantianos de la *Fundamentación* con el objeto de reconstruir las razones por las que WOLFF considera que de la noción kantiana de autonomía —la idea de que en un agente racional su voluntad es una ley para sí misma— no se pueden derivar semejantes principios.

Tal como acabo de afirmar, WOLFF entiende que el propósito central de KANT en la *Fundamentación* es «descubrir principios de razón práctica incondicionalmente válidos»<sup>24</sup>. KANT habría intentado dar cuenta de estos principios principalmente por dos vías. Por un lado KANT habría pretendido derivar el imperativo categórico, tanto en su versión de la fórmula de la ley universal como en su versión de la fórmula de la humanidad, a partir del concepto de un agente racional. A su vez, el imperativo categórico permitiría derivar a priori principios sustantivos incondicionados que bastarían para determinar el carácter normativo de cualquier máxima, *i. e.*, si su adopción está permitida, prohibida o es obligatoria. Por otro lado, KANT habría pretendido haber demostrado la existencia de dos fines —la felicidad ajena y la propia perfección— necesarios (de adopción obligatoria) para todo agente racional pero independientes del concepto de un agente racional. De existir, estos fines permitirían derivar principios que manden incondicionalmente a todo agente racional la adopción de las máximas necesarias para la realización de las acciones requeridas como medios para la satisfacción de esos fines.

Para demostrar que existen principios incondicionados de razón, a KANT le bastaría con mostrar que alguna de estas vías es sólida. Como la primera tiene a su vez

<sup>24</sup> R. P. WOLFF, «The Completion of Kant's Moral Theory in the Tenets of the Rechtslehre», en J. KNELLER y S. AXINN (eds.), *Autonomy and Community*, New York, State University of New York, 1998, 39. Recordemos que KANT señala que el propósito de la *Fundamentación* es «la búsqueda y el establecimiento del principio supremo de la moralidad» (F 4:392).

dos versiones tenemos que explorar la viabilidad de tres argumentos. KANT, entonces, tendría que mostrar la verdad de alguna de las siguientes tesis de modo de establecer la validez universal, objetiva y necesaria de los principios morales:

A) Que del concepto de un agente racional se deriva la fórmula de la ley universal —FUL—<sup>25</sup> y que FUL sirve como criterio para establecer las condiciones necesarias y suficientes de determinación del carácter normativo de cualquier máxima; *i. e.*, FUL permite determinar si la adopción de una máxima cualquiera es permitida, prohibida, u obligatoria.

B) Que del mero concepto de agencia racional se puede derivar FH (la Fórmula de la Humanidad) y que FH sirve como criterio necesario y suficiente para establecer el carácter normativo de cualquier máxima.

C) Que existen fines necesarios para todo agente racional derivados de alguna otra fuente independiente del concepto de agencia racional. Ésta es la vía que, según WOLFF, KANT elige en la *Metafísica de las costumbres* al postular como fines necesarios la búsqueda de la propia perfección y la felicidad ajena.

WOLFF, por su parte, afirma que ninguna de estas tesis está adecuadamente fundada. Por tanto, considera que KANT no ha demostrado la existencia de principios incondicionados de la razón práctica.

Respecto de las alternativas A y B, comencemos por advertir que, para WOLFF, la contribución principal de KANT en la *Fundamentación* es su intento de mostrarnos cómo derivar el imperativo categórico a partir de un análisis del concepto de agencia racional<sup>26</sup>. Pero WOLFF bien nos advierte que KANT intenta derivar a partir del concepto de un agente racional, de un ser capaz de actuar por razones, no sólo la fórmula del imperativo categórico y la prueba de su carácter vinculante respecto de nosotros en tanto que agentes racionales, sino también la fórmula y la vinculatoriedad del imperativo hipotético. Dos serían entonces los intentos kantianos: AR→IC y AR→IH.

El imperativo hipotético manda adoptar una máxima de medios presuponiendo la adopción de un fin. WOLFF considera que KANT muestra acertadamente que el imperativo hipotético es vinculante (es un imperativo) para todo agente que ha adoptado el fin que le sirve de condición. Por su parte, el imperativo categórico pretendería, según WOLFF, ser un test válido a priori para determinar a priori la validez de *cualquier* máxima sustantiva<sup>27</sup>. La repetición se justifica: por «a priori» entiende WOLFF aquí no sólo el carácter epistémico del primer principio, sino también el de los principios sustantivos particulares. Si la empresa kantiana (tal como WOLFF la entiende) fuera exitosa, entonces los deberes sustantivos y las permisiones podrían derivarse analíticamente del primer principio y, por tanto, el estatus normativo de cualquier máxima sería cognoscible a priori<sup>28</sup>. Ahora bien, respecto del imperativo categórico así entendido,

<sup>25</sup> FUL vale por las iniciales de la «fórmula de la ley universal», en inglés: «*formula of universal law*», denominación que adopto por ser hoy estándar.

<sup>26</sup> AR, 51.

<sup>27</sup> Vale recordar que por «máxima», KANT se refiere al principio subjetivo del obrar, *i. e.*, aquel por el cual el agente obra. Se diferencia de la idea de ley práctica, es decir, el principio objetivo, aquel por el cual el agente debe obrar (F 4:421, nota).

<sup>28</sup> Hoy sin embargo, y a partir del resurgimiento del interés por el estudio de la *Metafísica de las costumbres* y de los trabajos antropológicos de KANT, es común entender que la pretensión de apriorismo kantiano no es para toda la moral sino sólo para el primer principio. La derivación de deberes sustantivos generales o

WOLFF considera que KANT no muestra que se derive analíticamente del concepto de un agente racional.

Debemos entonces determinar tanto la propiedad de la comprensión wolffiana de la primera de las empresas kantianas en cuestión como la corrección de su negación del éxito de la misma. Este paso es decisivo para nuestro propósito de elucidar la noción voluntarista de autonomía moral, noción que parte de negar que KANT haya visto coronado con el éxito su esfuerzo sobre esta cuestión: «... es posible reconstruir la derivación kantiana del imperativo categórico. Pero no es posible reconstruirla de un modo tal que nos otorgue aquello que KANT realmente pretende»<sup>29</sup>.

Respecto de las alternativas B y C, advirtamos que si hubiera fines necesarios, fines de adopción obligatoria para todo agente racional, podríamos derivar máximas de adopción obligatoria para todo agente racional en tanto tal, máximas que a su vez requieran acciones que fueran medios conducentes a esos fines<sup>30</sup>. Estos fines, en tanto presupondrían una condición necesariamente satisfecha por cualquier agente racional (y no meramente derivada de la naturaleza humana, como el deseo de felicidad) darían lugar a imperativos categóricos. Pero, entiende WOLFF, no hay fines necesarios o, en todo caso, KANT no nos ha mostrado que los haya<sup>31</sup>.

Rechazadas las tesis A, B y C, lo único que KANT, según WOLFF, lograría mostrar es que del concepto de agencia racional se deriva FUL pero entendido sólo como criterio de admisibilidad o no de las máximas. Toda máxima que no satisfaga este criterio es una máxima que debe ser excluida a priori en virtud de no satisfacer una exigencia mínima de racionalidad. En otras palabras, satisfacer FUL es condición necesaria de la racionalidad o moralidad de las máximas. Pero dicha satisfacción no es suficiente para determinar su carácter normativo (una máxima que satisfaga FUL puede aún ser de adopción prohibida, permitida u obligatoria).

Lo que nos queda entonces es que del mero concepto de agencia racional podemos derivar analíticamente dos cosas: por un lado FUL entendido en los términos recién descritos y, por otro, el imperativo hipotético. Si esto es cierto ahora se entiende claramente por qué WOLFF sostiene su particular concepto de autonomía: no hay valores previos a ninguna decisión, sólo la adopción de un fin vuelve valioso el curso de acción conducente al logro de ese fin. Notemos además que si éste es el concepto de autonomía en juego, resulta ocioso postular una obligación incondicionada de juzgar por uno mismo. Bajo este esquema no hay ningún esfuerzo epistémico que hacer ya que no hay razones objetivas ni externas. De ser éste el caso sólo estaremos vinculados a nuestras propias decisiones (y por una exigencia de coherencia).

---

particulares a partir del primer principio requeriría el establecimiento de hechos con diferente grado de generalidad que permitirían especificar su contenido. A. WOOD y P. KAIN son claros expositores de esta forma de entender la empresa kantiana.

<sup>29</sup> AR, 153.

<sup>30</sup> Entiendo que la idea de «fines necesarios» es equivalente a la de «fines de adopción obligatoria» en lo que a agentes imperfectamente racionales respecta. Para nosotros no hay fines necesarios en sentido estricto, *i. e.*, fines que no podamos dejar de adoptar. Todo fin debe ser incorporado mediante un acto de la voluntad libre. Un fin necesario, en estos términos, no es más que un fin que cualquier agente racional tiene buenas razones para adoptar.

<sup>31</sup> *Vid.* AR, 132.

Analizaré primero la tesis que afirma la utilidad de FUL como mero criterio de determinación de la admisibilidad de las máximas (un resultado bastante pobre dadas las pretensiones kantianas pero no carente en absoluto de relevancia). Luego analizaré las razones por las que WOLFF considera que KANT falla en fundamentar las tres tesis recién enumeradas. Por último reconstruiré su análisis respecto de la normatividad de los imperativos hipotéticos.

### 3.4. FUL como mero criterio de admisibilidad de las máximas: la ley moral como exigencia de coherencia

#### 3.4.1. *Inconsistencia en el querer demostrada a partir de la fórmula de la Ley Universal (FUL)*

«El imperativo categórico subsiste sin embargo porque, como veremos, es un criterio negativo perfectamente universal de la racionalidad de las políticas, y como tal es vinculante para todos los agentes racionales»<sup>32</sup>.

«El imperativo categórico excluye la adopción de políticas o conjuntos de políticas que sean internamente inconsistentes y por tanto imposibles de ejecutar del modo especificado»<sup>33</sup>.

Cuando KANT presenta la primera fórmula del imperativo categórico (FUL) cerca del final del primer capítulo de la *Fundamentación* lo hace en los siguientes términos:

«Como he despojado a la voluntad de todos los acicates que pudieran surgírle a partir del cumplimiento de cualquier ley, no queda nada salvo la legitimidad universal de las acciones en general, que debe servir como único principio para la voluntad, es decir, yo nunca debo proceder de otro modo salvo que pueda querer también ver convertida en ley universal a mi máxima» (F 4:402).

Es clásica la discusión sobre la vacuidad de FUL. WOLFF, como ya indiqué, la presenta como la cuestión de si tal imperativo es condición solamente necesaria o también suficiente para la validez de cualquier máxima. En la frase anterior a la fórmula KANT sostiene que la conformidad con el imperativo es lo *único* que debe servir de principio a la voluntad, sugiriendo enfáticamente que considera que éste es condición necesaria y suficiente para determinar la validez de todas las máximas morales. Asimismo, tras la segunda presentación de la primera fórmula del imperativo, en el capítulo II, sostiene que «... sí a partir de este único imperativo pueden ser deducidos —como de su principio— todos los imperativos del deber...» (F 4:421).

Así pues, parece claro que la idea de KANT es que la fórmula de la ley universal del imperativo categórico nos otorga un criterio necesario, suficiente y a priori, para decidir si debemos *adoptar* una máxima determinada. Sin embargo WOLFF se ubica dentro de la tradición escéptica poniendo en duda, con razones atendibles, el hecho de que el imperativo categórico pueda cumplir con la tarea que KANT parece adjudicarle.

Però podemos tener una interpretación más débil de la fórmula de la ley universal del imperativo categórico: considerar que establece sólo una condición necesaria.

<sup>32</sup> AR, 138.

<sup>33</sup> AR, 159.

En este caso toda máxima que no satisfaga la condición establecida por FUL será considerada como inadmisibile en la discusión moral. Incluso podríamos decir que su adopción está prohibida. Pero el hecho de que una máxima satisfaga la condición en cuestión sólo será indicador de su admisibilidad *prima facie*. Esto es, sólo tendrá sentido discutir el carácter normativo de máximas que satisfagan FUL. Pero la satisfacción de esta condición no será suficiente para determinar el carácter normativo de ninguna máxima. Tendremos entonces un criterio para excluir algunas máximas del ámbito de la moral pero no uno para adoptar máximas. Claramente KANT, por lo menos en la presentación de FUL en el primer capítulo de la *Fundamentación*, no creía que el imperativo categórico cumpliera solamente este papel más modesto, aun cuando la expresión «salvo que» contenida en la fórmula, pudiera apuntar en la dirección de interpretarla como estableciendo solamente una condición necesaria. WOLFF sostiene, sin embargo, que esto es lo único que podemos derivar de un análisis del concepto de agencia racional.

A su entender, lo que KANT (en parte) pretende es mostrar que a partir del mero análisis de la noción de agencia racional, voluntad racional o razón práctica, se deriva un principio general de consistencia en el querer y que este principio a su vez implica (o es idéntico a) un principio de universalidad de tal modo que cuando un agente se da razones a sí mismo se compromete implícitamente con la afirmación de que cualquier agente en similares circunstancias tiene las mismas razones a su disposición:

«Esta exigencia de consistencia en el querer puede expresarse de un modo general bajo la forma de un mandato, que la razón se da a sí misma, de adoptar sólo aquellas reglas de acción (máximas en la terminología de KANT) cuya adopción sea mandada por razones que sean igualmente vinculantes para cualquier agente racional en tanto tal. O, en el lenguaje más familiar de la primera fórmula del imperativo categórico, “Actúa sólo de acuerdo con aquella máxima respecto de la cual puedas al mismo tiempo querer que se convierta en una ley universal”»<sup>34</sup>.

Reformulando la cuestión podemos preguntar: ¿Hay algún deber que podamos derivar sin mayores discusiones del mero concepto de agencia racional? Ciertamente, podemos derivar el deber de actuar racionalmente. Como nos indica WOLFF, de «“Siendo como eres un agente racional...” el único mandato de razón que puede seguirse... es un mandato de ser racional»<sup>35</sup>. Esto a su vez implica un mandato de adoptar máximas para las cuales tengamos buenas razones. Como las razones, en tanto hemos abstraído cualquier condicionamiento que las convierta en buenas razones sólo para algunos agentes, son universales en su forma, entonces éste es un mandato de actuar sobre la base de razones que sean buenas razones para todo agente racional. ¿Qué razones son obviamente buenas para todo agente racional? Según WOLFF, puede haber sólo dos conjuntos de razones buenas para todo agente racional, separadas en virtud de la distinción entre materia y forma. Cada conjunto tiene un solo elemento:

«La única razón material para actuar sobre la base de una máxima que sería una buena razón para todos los agentes racionales en tanto son racionales es: Porque el estado de cosas

<sup>34</sup> R. P. WOLFF, «The completion of Kant's Moral Theory in the Tenets of the Rechtslehre», en *Autonomy and Community*, KNELLER y AXINN, New York, Ed. State University of New York, 1998, 41.

<sup>35</sup> AR, 154.

propuesto o buscado por la máxima es bueno... La única razón formal para actuar por una máxima que sería una buena razón para todos los agentes racionales en tanto son racionales es: Porque la máxima es lógicamente consistente»<sup>36</sup>.

Dejemos de lado por ahora, en tanto que estamos analizando FUL, el elemento material para centrarnos en el formal. Aquí vemos que no parece ser el caso de que la mera consistencia lógica de una máxima pueda ser razón suficiente para adoptarla. Pero sí es una buena razón para rechazarla el que sea inconsistente. Todos, en tanto agentes racionales, tenemos una razón para no adoptar, para excluir, máximas internamente contradictorias.

Podríamos decir entonces que existe una implicación entre universalidad y no contradicción. Toda máxima que pueda ser querida por cualquier agente racional es una máxima no contradictoria. Por ello la exclusión de cualquier querer contradictorio (o sea, la prohibición de la adopción de una máxima internamente contradictoria o la adopción conjunta de máximas mutuamente contradictorias) está implicada en la fórmula de la ley universal del imperativo categórico. El caso más típico de máxima internamente contradictoria en la literatura kantiana es aquel en que se adopta como máxima una regla universal pero se permite una excepción para uno en el caso concreto. Una regla universal y abstracta manda para todos los agentes racionales y para todos los casos particulares que están dentro de su alcance. Si yo al mismo tiempo de adoptar esta regla acepto una excepción para mi caso, en el mismo acto de aceptar esta excepción estoy negando la universalidad de la regla. FUL funciona entonces como un requerimiento de imparcialidad en la adopción de máximas. Si yo acepto que se deben cumplir todas las promesas salvo ésta que he asumido y que va en contra de mis intereses, entonces estoy negando que se deban cumplir todas las promesas. Como nos indica WOLFF, la contradicción consiste en la adopción de máximas que no pueden ser ejecutadas conjuntamente.

«Por ejemplo, una compañía que anunciara como su política de contratación, “Como empleadores nos regimos por el principio de igualdad de oportunidades. Mujeres, negros e indios, abstenerse”, sería culpable de querer inconsistente. La política (o el par de políticas) anunciada no puede ser ejecutada, porque la primera parte será violada si se sigue la segunda parte, y viceversa»<sup>37</sup>.

Respecto de dos máximas internamente consistentes pero mutuamente inconsistentes, el imperativo categórico, según la lectura wolffiana, nos dice meramente que *si* hemos adoptado la máxima X, y *si* no estamos dispuestos a abandonarla, entonces no podemos adoptar al mismo tiempo la máxima Y en tanto sea inconsistente con X. Para que el imperativo nos mande dejar de lado la máxima Y debemos postular la adopción —contingente— de la máxima X. Lo que ahora sucede es que el rechazo de Y no se sigue enteramente a priori de la mera idea de un agente racional.

Para ilustrar lo afirmado revisemos brevemente dos de los ejemplos kantianos acompañando a WOLFF en su análisis de cuál es, según el imperativo categórico interpretado en los términos hasta aquí descriptos, el carácter normativo de estas máximas.

<sup>36</sup> AR, 75.

<sup>37</sup> AR, 159.

### 3.4.2. *El suicidio*

La máxima del suicida kantiano dice: «He de terminar con mi vida cuando ésta me amenace a largo plazo con más desventuras que placeres». Ahora bien, para extraer una contradicción, nos advierte WOLFF, KANT se ve obligado a introducir la razón para la máxima dentro de la fórmula de la máxima, de modo que ésta se leerá: «En base al egoísmo (o por amor propio) terminaré mi vida si es que...». Según KANT, si tornáramos esta máxima en ley de la naturaleza<sup>38</sup> encontraríamos que es internamente contradictoria, ya que el impulso del egoísmo tiene como función natural preservar la vida. Ahora bien, es contradictorio que el mismo impulso sea a la vez causa tanto de la finalización como de la preservación de la vida.

Para WOLFF este argumento tiene una falla fatal, ya que presupone que la naturaleza perseguiría ciertos fines al dotarnos de egoísmo, una teleología natural totalmente excluida por los argumentos de la primera crítica (que sólo permite afirmar la existencia de causas eficientes en la naturaleza). Como las inclinaciones egoístas no tienen ningún fin natural (porque no hay fines naturales), debemos rechazar el argumento que sostiene que una máxima basada en semejante impulso es autocontradictoria, y que por ello debe ser excluida. Si es cierto que debemos rechazar cualquier teleología natural, entonces por ahora no tenemos razón para considerar irracional la adopción de esta máxima que implicaría un deber negativo para con uno mismo. Pero, claro, si elegimos vivir, entonces sí es irracional elegir al mismo tiempo suicidarnos.

### 3.4.3. *La falsa promesa*

Según WOLFF, el ejemplo de la falsa promesa (un deber negativo y para con los otros) es el más importante:

«... en tanto la teoría moral de KANT es (a mi juicio) esencialmente una teoría contractualista de la obligación, el prometer falsamente o el incumplimiento contractual deben llegar necesariamente al corazón de su doctrina»<sup>39</sup>.

Por esto, y porque para WOLFF la promesa es una de las razones más plausibles para creer en la posibilidad de autoridades legítimas, debemos prestarle especial atención.

WOLFF sostiene que el argumento kantiano a favor de la posibilidad de derivar la prohibición de prometer falsamente a partir del imperativo categórico es inadecuado, pero que, por otras vías, se puede dar un argumento convincente al respecto, un argumento que muestre que una máxima de admitir la promesa falsa implica una incoherencia lógica y que, por tanto, es inconsistente con la interpretación mínima del imperativo categórico que aquí estamos evaluando.

KANT formula el problema en los siguientes términos:

<sup>38</sup> Los ejemplos kantianos están contrastados con la Fórmula de la Ley de la Naturaleza (FLN). Como FLN es nada más que la expresión más intuitiva de FUL, no debería haber problemas para su análisis.

<sup>39</sup> AR, 165.

«Enseguida me percaté de que, si bien podría querer la mentira, no podría querer en modo alguno una ley universal del mentir; pues, con arreglo a una ley tal no se daría propiamente ninguna promesa, porque resultaría ocioso fingir mi voluntad con respecto a mis futuras acciones ante otros, pues éstos no creerían ese simulacro o, si por precipitación lo hicieran, me pagarían con la misma moneda, con lo cual la máxima, tan pronto como se convirtiera en una ley universal, tendría que autodestruirse» (F 4:403)<sup>40</sup>.

Para WOLFF, el argumento que ofrece KANT a favor de la contradicción interna de esta máxima, en la medida en que se basa en una «heterónoma» apelación a las consecuencias de prometer falsamente, es incoherente con los propios principios kantianos y, por tanto, resulta inadecuado<sup>41</sup>. Más específicamente, WOLFF considera incorrecto el presente argumento por las siguientes razones:

— Es contingente que la práctica de prometer falsamente lleve a la anulación de la práctica de prometer vía descreimiento general en las promesas ajenas. También es un hecho contingente el que la gente tienda a descreer en quien persevera en el incumplimiento de sus promesas. De hecho se pueden mostrar casos en que la situación es justamente la contraria: la práctica de prometer, y de creer en las promesas ajenas, sobrevive aún frente a incumplimientos masivos<sup>42</sup>.

— El argumento de no prometer falsamente para evitar que los demás en el futuro dejen de creer en mis palabras o me paguen con la misma moneda, es de naturaleza prudencial y aquí no estamos tratando de determinar si me conviene prometer falsamente sino si es correcto.

— La forma de la pregunta de KANT «¿acaso me contentaría que mi máxima (librarme de un apuro gracias a una promesa ficticia) debiera valer como una ley universal (tanto para mí como para todos los demás)...?» nos lleva por mal camino. Porque no tenemos hasta aquí ningún criterio que nos diga con qué tipo de situaciones no puede estar contento un agente racional meramente en tanto tal. Es perfectamente posible que un psicópata o un aventurero estén dispuestos a sufrir el riesgo de ser alguna vez engañados por otros si pueden esperar ganar más que perder en una situación de engaño recíproco. Alguien, sin dejar de ser racional, podría estar contento con esta situación. Lo que importa no es si alguien pudiera quererla, sino si pudiera quererla consistentemente.

Sin embargo, pese al (alegado) yerro kantiano en su intento de argumentar a favor de la incoherencia de la máxima en cuestión, WOLFF sostiene que puede demostrarse por otras vías que semejante máxima es internamente contradictoria y que, por tanto, debe ser condenada. La clave para entender la relevancia del ejemplo de la promesa está, en sus palabras, en la noción de una práctica social gobernada por reglas, práctica a la que el agente ha ingresado *voluntariamente*. Recordemos que lo que excluye el imperativo categórico, bajo esta interpretación, es la contradicción en el querer, la adopción conjunta de máximas mutuamente excluyentes. Ahora bien,

«... el tipo más importante de querer contradictorio es el caso en que me comprometo con otros a la adopción de una política colectiva, estableciendo entonces una práctica o institu-

<sup>40</sup> Vid. también F 4:422.

<sup>41</sup> AR, 89.

<sup>42</sup> No es mi intención aquí evaluar críticamente los argumentos de WOLFF, pero cabe destacar que si bien la práctica de la promesa puede subsistir frente a incumplimientos generalizados, es más discutible que pueda hacerlo frente a un incumplimiento universal.

ción, y luego privadamente adopto otra política que contradice la primera. Por ejemplo, mis pares y yo adoptamos como política colectiva el sujetar nuestras acciones futuras mediante ciertas expresiones rituales (“prometo”), y luego yo también adopto la política de romper mis promesas bajo ciertas circunstancias no permitidas en las reglas de la política colectiva original. La contradicción consiste simplemente en la imposibilidad lógica de actuar en toda situación posible sobre la base de ambas políticas»<sup>43</sup>.

De la presentación del caso según WOLFF surge con claridad que para estar vinculados a no prometer falsamente los agentes deben haber ingresado, mediante una manifestación expresa o tácita de su voluntad, en *una* práctica de prometer. Lo que no puedo es simultáneamente querer comprometerme con otros en la adopción de determinada política — en este caso la adopción de una práctica de prometer— y querer que rijan excepciones para mí. A su entender, el ejemplo de la falsa promesa muestra que existe una ley que prohíbe prometer falsamente pero que manda condicionalmente: no para todo agente racional meramente en tanto tal, no enteramente a priori, sino sólo para el agente que haya adoptado como suyas ciertas máximas: en este caso, que haya postulado como máxima suya el ingresar en una práctica de prometer<sup>44</sup>.

Como podemos ver, WOLFF entiende que los ejemplos funcionan pero sólo bajo la condición de que el agente haya adoptado ciertas máximas. O en otras palabras, si los argumentos de WOLFF son correctos, ningún ejemplo funciona como KANT pretendía: no podemos establecer enteramente a priori estos deberes para todo agente racional. No tenemos lo que KANT buscaba: una derivación de los deberes morales sustantivos a partir de un análisis del concepto de un agente racional, vía el imperativo categórico.

### 3.5. El intento de derivar leyes morales sustantivas a partir de la noción puramente formal del imperativo categórico

Volviendo a la reconstrucción wolffiana del argumento de KANT, lo que molesta a WOLFF es que KANT parece creer que FUL no es sólo criterio necesario, sino también suficiente para la identificación de máximas morales sustantivas.

«Lo que hace tan controversial a la teoría moral de KANT... es su extraordinaria afirmación de que el principio puramente formal de consistencia en el querer es suficiente para identificar, entre la multitud de reglas morales posibles, sólo aquellas que la razón manda adoptar, y que por tanto constituyen la sustancia de la moral»<sup>45</sup>.

WOLFF niega que KANT logre llevar a cabo la tarea que se propone, es decir, niega que FUL sea un criterio para determinar el carácter normativo de cualquier máxima sustantiva y, específicamente, para determinar qué máximas son de adopción obliga-

<sup>43</sup> AR, 166.

<sup>44</sup> «Lo que el argumento de KANT, adecuadamente reconstruido, demuestra, es que el prometer falsamente es incompatible con la práctica de prometer, de lo que se sigue que para ser consistentes debemos elegir entre no adoptar, participar ni comprometernos con la práctica de la promesa o, de lo contrario, no hacer falsas promesas». R. P. WOLFF «The completion of Kant's Moral Theory in the Tenets of the Rechtslehre», en *Autonomy and Community*, KNELLER y AXINN, New York, Ed. State University of New York, 1998, 44.

<sup>45</sup> R. P. WOLFF, «The Completion of Kant's Moral Theory in the Tenets of the Rechtslehre», en *Autonomy and Community*, KNELLER y AXINN, New York, Ed. State University of New York, 1998, 41.

toria. Por el contrario, tal como vimos, WOLFF entiende que FUL solamente es un criterio para determinar cuándo es inadmisibles la adopción de una máxima. Pero si KANT pudiera derivar FUL, concebido como condición necesaria y suficiente de la moralidad de las máximas, del mero concepto de agencia racional, habría realizado una tarea hercúlea: habría dotado a la moral de un fundamento que ningún agente racional podría rechazar, y nos habría dado un criterio para determinar la corrección de cualquier juicio categórico-práctico. Esto es, habría determinado el contenido de la moral y la razón de su vinculatoriedad. Por tanto, si hemos de rechazar la pretensión kantiana debemos hacerlo por muy buenas razones. Dado que esto es justamente lo que WOLFF nos sugiere que debemos hacer, cabe analizar minuciosamente sus argumentos en contra de KANT. He aquí algunas de las razones por las que rechaza una interpretación positiva del imperativo categórico:

«Pero el argumento de la *Fundamentación* una y otra vez trata al imperativo categórico como una condición suficiente para la validez de las máximas. Por tanto KANT habla como si un agente que conformara su acción con el imperativo categórico tuviera una razón suficiente para la acción. Así, en el pasaje que tenemos ante nosotros, KANT afirma: “Como he despojado a la voluntad de todos los alicientes que pudieran surgirle a partir del cumplimiento de cualquier ley, no queda nada salvo la legitimidad universal de las acciones en general” (F 4:402). Pero esto no tiene sentido en absoluto. Después de haber “despojado la voluntad” de todas las razones para la acción basadas en una mera condición de facto del yo, tal como la posesión de ciertos deseos o inclinaciones, KANT no deja nada que pueda motivar la voluntad salvo esas razones que son buenas razones para cualquier agente en tanto racional. Entre esas razones para adoptar una política y actuar basándose en ella está el imperativo categórico, sin duda. Pero como una condición meramente necesaria de la validez objetiva de las políticas (máximas), puede a lo sumo servir para excluir las políticas propuestas en tanto sean inconsistentes. Algo más, la Idea del Bien, será necesario para incluir algunas políticas específicas como objetivamente válidas para todos los agentes racionales»<sup>46</sup>.

Dado el contexto en que KANT introduce la fórmula del imperativo categórico y los problemas de diverso orden que surgen de la cita de WOLFF inmediatamente precedente, conviene comenzar el tratamiento de este punto distinguiendo tres problemas diferentes:

— El de la determinación de qué puede motivar la acción. Aquí la pregunta es si el agente que reconoce que determinada acción es conforme al imperativo categórico tiene una razón suficiente para actuar en el sentido de un motivo que lo impulse a la acción. Al respecto KANT se preguntaba si la razón pura puede ser por sí misma práctica.

— El del establecimiento de las condiciones bajo las cuales la realización de acciones correctas otorga mérito moral al agente. La respuesta kantiana a esta cuestión es que la acción otorga mérito moral al agente sólo cuando éste la realiza por la razón de que es una acción correcta (y no meramente en virtud de que los fines buscados son buenos, ya que puedo realizar una acción cuyo fin es bueno pero por las razones equivocadas: en tal caso no merezco mérito moral).

— El de la determinación de la respuesta a la pregunta «¿qué es moralmente correcto?». Aquí la pregunta es si el imperativo categórico es criterio suficiente para responder a esa pregunta, *i. e.*, para establecer el carácter normativo de cualquier máxima, para determinar el contenido de la moral.

<sup>46</sup> AR, 86.

Ahora bien, el imperativo categórico debe primero dotarnos de un criterio para determinar la moralidad de cualquier máxima para que después podamos preguntarnos por sus otras funciones. Si la ley moral no nos otorgara un criterio para determinar qué debemos hacer, ¿a qué postularla como aquello que otorga valor a la acción y mérito al agente, o como aquello que debe motivarlo? Y éste es el problema que tenemos por delante. ¿Es la mera legitimidad universal un criterio suficiente para determinar la validez de máximas sustantivas? La respuesta de WOLFF, como ya vimos, es negativa. ¿Qué razones avalan esta negativa? No parece haber otra razón que su comprensión del funcionamiento de FUL<sup>47</sup>. Ya establecimos que el imperativo categórico prohíbe la adopción de una máxima internamente inconsistente o la adopción conjunta de dos máximas mutuamente inconsistentes. Ahora bien, sobre cuál de dos máximas internamente consistentes pero externamente inconsistentes adoptar, el imperativo categórico entendido como criterio de evaluación de la moralidad de las máximas a través de la posibilidad de querer consistentemente su universalización, no nos dice nada. Para ello, según WOLFF, debemos agregar en el ámbito práctico lo equivalente a la evidencia en el ámbito teórico: la idea material de lo bueno, *i. e.*, salirnos fuera del ámbito de FUL.

### 3.6. La postulación de un fin necesario para todo agente racional

#### 3.6.1. *Sólo la existencia de un fin necesario puede ser fundamento de un imperativo categórico*

Tanto el segundo como el tercer intento partirían de reconocer que un principio puramente formal no puede proveer de una guía moral sustantiva para decidir entre máximas internamente consistentes pero externamente contradictorias; que para poder emitir reglas prácticas vinculantes para todo agente racional se requiere contar con un fin que todos los agentes, en tanto racionales, busquen. Si existiera un fin necesario para todos los agentes racionales no podríamos «zafarnos de la prescripción si desistimos del propósito» (F 4:420). Por tanto, aunque un fin tal sea fundamento de normas condicionales, no establecería deberes contingentes sino necesarios.

¿Pero existe un fin semejante, un fin necesario para todo agente racional? Al respecto hay, según WOLFF, dos posibilidades, ambas exploradas por KANT: intentar derivar un fin necesario a partir de la mera idea de un agente racional o fundar por otras vías una teoría de los fines necesarios u obligatorios. Si alguno de estos dos caminos resultara viable, es decir, si contáramos con un fin necesario, bien podríamos derivar de la fórmula del imperativo hipotético —que puesta en términos no de mandato sino de proposición analítica, reza «quien quiere el fin quiere los medios necesarios para ese fin»— más el fin necesario en cuestión, la obligación para todo ser racional de adoptar determinadas máximas y de realizar determinadas acciones en tanto sean medios conducentes a la consecución de esos fines obligatorios. Así, la fórmula del imperativo categórico rezaría: «Siendo como eres un ser racional y teniendo como

<sup>47</sup> Podemos pensar que WOLFF ofrece escasos fundamentos a favor de su idea de que FUL es sólo un criterio necesario de la moralidad de las máximas. A su favor cabe sostener que quien pretende afirmar que FUL es un criterio también suficiente corre con la carga de la prueba.

fin tuyo la realización de lo bueno (el fin obligatorio), adopta las máximas  $x$ ,  $y$ , y  $z$  y realiza las acciones  $r$ ,  $s$  y  $t$  en tanto son medios necesarios para la realización del fin obligatorio»<sup>48</sup>.

3.6.2. *Un fin obligatorio derivado de la mera idea de agente racional:  
El hombre como fin en sí mismo*

KANT cree que del concepto de una voluntad racional se puede derivar no sólo un principio moral formal, sino también uno material: el hombre como un fin en sí. WOLFF, por el contrario, rechaza categóricamente que se pueda dar sentido a la idea de que el hombre es un fin en sí mismo y que la fórmula de la humanidad —«obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio»— (F 4:429) se derive del concepto de agencia racional. Por mi parte, si bien no estoy seguro de la viabilidad de la tesis kantiana, sí me parece que la negativa de WOLFF es por lo menos prematura. Pero no es objeto de este trabajo emprender la refutación del análisis wolffiano de KANT, por lo que me abstendré de desarrollar mis opiniones al respecto<sup>49</sup>. Aquí me limitaré a la presentación del argumento kantiano y al análisis de la reconstrucción wolffiana.

El argumento kantiano a favor de FH corre aproximadamente del siguiente modo: KANT comienza preguntándose si es posible enjuiciar cualquier máxima que sirva como principio subjetivo de la acción en base a una ley objetiva y afirmando que «si existe una ley tal, esta ha de hallarse ya vinculada (plenamente a priori) con el concepto de la voluntad de un ser racional en general» (F 4:426). Seguidamente repite su definición de voluntad: «La voluntad es pensada como una capacidad para que uno se autodetermine a obrar conforme a la *representación de ciertas leyes*. Y una facultad así sólo puede encontrarse entre los seres racionales» (F 4:427). Ahora bien, KANT reconoce que la voluntad racional tiene una forma (la universalidad) y tiene un fin. Al respecto nos dice: «Fin es lo que sirve a la voluntad como fundamento objetivo de su autodeterminación y cuando dicho fin es dado por la mera razón, ha de valer igualmente para todo ser racional» (F 4:427). El concepto mismo de agencia racional, voluntad racional o razón práctica entraña para KANT la postulación de un fin para esa voluntad. No es posible imaginar una voluntad que mueva a la acción al agente sin un fin para esa voluntad. Hasta aquí podemos seguir a KANT sin problemas. El argumento se torna difícil, y para

<sup>48</sup> Un ejemplo puede aclarar la idea. Supongamos que KANT logra demostrar que el hombre es un fin en sí mismo. Supuesto este fin necesario, de aquí puede derivarse la obligación de comprometerse con la felicidad ajena (y con todos los deberes a su vez derivados de este deber amplio). La FH manda respetar a la humanidad en cada persona como un fin en sí mismo. Ahora bien, «los fines del sujeto que es fin en sí mismo tienen que ser también *mis fines* en la medida de lo posible, si aquella representación debe surtir en mí *todo su efecto*» (G 4:430). Así, el imperativo categórico a este respeto diría más o menos lo siguiente: «siendo como eres un ser racional y teniendo como tienes la persecución de los fines lícitos de los demás como fin tuyo en la medida de lo posible, elige los medios conducentes a ayudar a los demás en el logro de esos fines». WOLFF no ve la vinculación entre la FH y los fines necesarios de la *Metafísica de las costumbres*. Parte de la crítica a su argumento (crítica que no emprenderé aquí) corre por esta vía.

<sup>49</sup> Para un lúcido análisis de la derivación de FH a partir de la idea de un agente racional, *vid.* A. WOOD, «Kant's Ethical Thought», Cambridge, Cambridge University Press, 1999, c. 4.

WOLFF errado, en tanto KANT también afirma que el mero concepto de agencia racional entraña la existencia de un fin objetivo, necesario para todo agente racional.

Para fundar tal tesis KANT comienza distinguiendo entre fines subjetivos «que descansan sobre móviles», es decir, sobre deseos contingentes, y fines objetivos, necesarios, «válidos para todo ser racional» (F 4:427). Los fines contingentes no pueden dar lugar a leyes prácticas que todo agente racional en tanto tal deba obedecer. Los fines contingentes que un agente se postula dan base a imperativos hipotéticos que mandan sólo a aquellos que adoptan el fin particular al que sirven los medios que el imperativo manda usar. Ahora bien, KANT sostiene con toda razón:

«Suponiendo que hubiese algo cuya existencia en sí misma posea un valor absoluto, algo que como fin en sí mismo pudiera ser un fundamento de leyes bien definidas, ahí es donde únicamente se hallaría el fundamento de un posible imperativo categórico, esto es, una ley práctica» (F 4:428).

Está claro que *si* podemos vincular al concepto de una voluntad racional no sólo la idea de fines que puedan motivar a esa voluntad a la acción sino la de fines necesarios, entonces podemos fundar imperativos categóricos vinculantes para todo agente racional<sup>50</sup>. En este sentido WOLFF:

«Si existe un fin que es en sí mismo bueno, entonces eso es una buena razón para su adopción como fin por cualquier agente racional, y cualesquiera políticas que sean medios eficientes para tal fin serán por ello políticas buenas para cualquier agente racional»<sup>51</sup>.

Pero, y he aquí la primera objeción de WOLFF, KANT no nos ofrece ningún argumento convincente para su afirmación de que existe un fin necesario, algo valioso en sí. Simplemente KANT comienza el párrafo que sigue a la anterior cita con esta afirmación:

«Yo sostengo lo siguiente: el hombre y en general todo ser racional *existe* como un fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por ésta o aquella voluntad» (F 4:428).

Y de aquí extrae la famosa fórmula de la humanidad antes citada. KANT, sostiene WOLFF, estaría *poniendo* un valor supremo del cual extraer luego todo el sistema de los deberes morales. No habría ningún argumento a favor de su afirmación de que el hombre es el valor supremo y el fin necesario<sup>52</sup>.

Es cierto que en virtud de los párrafos que siguen a la postulación de la idea del hombre como fin en sí mismo podemos interpretar a KANT como formulando un argumento por eliminación. Si no hubiera nada de valor absoluto, entonces no habría ningún principio categórico de conducta. Pero *debe* haber un principio categórico de conducta. Por tanto, debemos encontrar aquello que es de valor absoluto. Si hubiera un fin que todos los hombres en tanto tales deben adoptar, ese fin cumpliría ese papel (de valor absoluto capaz de fundar un imperativo categórico). El valor de los objetos de nuestra inclinación, así como los medios que usamos para alcanzarlos, no es más

<sup>50</sup> Aquí «imperativo categórico» no significa imperativo incondicionado, sino imperativo cuya condición es necesariamente satisfecha por todo agente racional.

<sup>51</sup> AR, 174.

<sup>52</sup> Nótese que no tenemos por qué conceder sin más a WOLFF la verdad de su tajante afirmación. KANT ofrece un argumento a favor de FH en F 4:429. A favor de la validez de dicho argumento, *vid.* A. WOOD, *Kant's Ethical Thought, op. cit.*, c. 4.

que relativo, porque si no tuviéramos esa contingente inclinación no tendrían valor alguno. Las inclinaciones mismas distan a su vez tanto de ser valiosas en sí «que más bien ha de suponer el deseo universal de cualquier ser racional el estar totalmente libre de ellas» (F 4:428). Nada queda que podamos postular como de valor absoluto, como fin en sí mismo, salvo las personas (o los agentes racionales en general) en sí mismas.

Ahora bien, el argumento presupone que debe haber un principio categórico de conducta y que, por tanto, debe haber algo de valor absoluto que le sirva de fundamento. Sin embargo, hay que advertir que ésta es una presuposición que, como bien señala WOLFF, corta para los dos lados. Si no encontramos nada de valor absoluto, no podremos fundar un imperativo categórico<sup>53</sup>.

Por otra parte, ¿qué quiere decir la idea de que el hombre es un fin en sí mismo? Al respecto WOLFF: «¿Ahora, en qué sentido puede un agente moral —sea yo mismo, sea otro— ser un fin de mi acción? ¿Puede una persona ser mi propósito?»<sup>54</sup>. La pregunta misma parece no tener sentido. Yo puedo hacer algo por el bien de otra persona. En este sentido *su bienestar* es mi fin, no la persona misma<sup>55</sup>.

Otra manera plausible de interpretar lo que KANT está diciendo es que, al actuar y al tomar decisiones que involucran a otros no debemos descuidar el hecho de que los demás, en tanto agentes racionales, también adoptan ciertos fines, lo que implica que debemos respetar los fines que estas personas libremente eligen. Si ésta es la interpretación correcta de lo que KANT quiere decir con su idea de que el hombre es un fin en sí mismo, entonces el mero hecho de que otro adopte un fin debería ser una razón para respetarlo. Pero no es cierto que debemos respetar cualquier fin que otro adopte por el mero hecho de que lo adopte. Porque los fines ajenos pueden ser morales o inmorales. Debemos respetar los primeros y rechazar los segundos. Pero ahora cabe preguntarse ¿cuál es el criterio para distinguir entre unos y otros? Justamente se esperaba que el imperativo categórico en su versión de la humanidad como fin en sí lo proveyera.

Hasta aquí los argumentos de WOLFF contra la idea kantiana de que todo agente racional tiene valor absoluto y, por tanto, es un fin en sí mismo.

### 3.6.3. *Una teoría de los fines obligatorios independiente del concepto de agencia racional: la Teoría de la virtud de la Metafísica de las costumbres*

«Tiene que haber, pues, un fin semejante y un imperativo categórico que le corresponda. En efecto, puesto que hay acciones libres, tiene que haber también fines a los que se dirijan como objeto. Pero entre estos fines tiene que haber algunos que a la vez sean deberes (es decir, según su concepto). Porque si no hubiera fines semejantes, y puesto que ninguna

<sup>53</sup> AR, 49.

<sup>54</sup> AR, 175.

<sup>55</sup> En el mismo sentido, D. ROSS («Kant's Ethical Theory, A Commentary on the Groundworks of the Metaphysics of Morals», Oxford, Clarendon Press, 1954, 51), afirma que un fin es algo que todavía no existe, y por tanto que KANT hace una distinción impropia, un uso inadecuado del lenguaje, cuando distingue entre un fin establecido por cuenta propia (categoría a la que pertenecerían los hombres) y un fin a realizar (F 4:437). A favor de la inteligibilidad de la noción de hombre como fin en sí mismo y de fin existente o establecido por cuenta propia, A. WOOD, «Kant's Ethical Thought», Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 116 y 362, n. 4.

acción humana puede carecer de fin, todos los fines valdrían para la razón práctica sólo como medios para otros fines, y sería imposible un imperativo *categorico*; lo cual anularía toda doctrina de las costumbres....

¿Cuáles son los fines que son a la vez deberes?

Son la propia perfección y la felicidad ajena» (F 4:385).

Aquí, sostiene WOLFF, KANT ya ha renunciado a su intento de extraer principios morales sustantivos meramente a partir de un análisis del concepto de agencia racional. Es más, WOLFF entiende que en la *Metafísica de las costumbres* KANT no hace ningún intento de derivar nuestras supuestas obligaciones de buscar nuestra propia perfección y de favorecer la felicidad ajena a partir de ese concepto. Tampoco ofrecería ningún argumento equivalente, ningún otro intento de justificar esos supuestos deberes. Por ello WOLFF considera que esta empresa no es más que un intento fallido:

«KANT no ofrece ningún fundamento para atribuir obligatoriedad incondicional a ningún conjunto de fines independientes, y toda la *Metafísica de las costumbres* debe ser dejada a un lado como un mero ejercicio sobre posibilidades hipotéticas»<sup>56</sup>.

En esto WOLFF no hace más que seguir la tradicional crítica a la Teoría de la virtud. En ella KANT habría abandonado la concepción meramente formal de la ética para anclar en una ética de bienes<sup>57</sup>.

Creo, sin embargo, que WOLFF descarta con excesiva ligereza la posibilidad de fundar los deberes en cuestión en una teoría de la agencia racional. De hecho no ofrece ningún análisis de la teoría kantiana de los fines obligatorios, lo que vuelve dogmática su afirmación y en última instancia le impide apreciar la fuerza de la argumentación kantiana. Al respecto basten aquí las siguientes sugerencias como indicadores de una refutación posible de la tesis wolffiana.

En primer lugar, no es cierto que KANT en la *Metafísica de las costumbres* no argumente a favor de estos dos fines obligatorios<sup>58</sup>. Considero que Wood acierta al afirmar que la obligatoriedad de estos fines se funda en el imperativo categórico bajo la fórmula de la humanidad, que a su vez se deriva del concepto de agencia racional<sup>59</sup>. Porque el hombre es un fin en sí mismo tenemos necesariamente el deber de buscar nuestra propia perfección y el deber de promover la felicidad ajena. Si FH tiene, contra WOLFF, fundamento adecuado en la noción de un agente racional, KANT entonces podrá derivar de allí estos dos deberes como incondicionados, válidos para todo agente racional. Asimismo podrá derivar válidamente toda la lista de deberes específicos, positivos y negativos, que extrae de estos dos fines obligatorios: la prohibición del suicidio, la deshonra de sí mismo por la voluptuosidad, la mentira, etc.; así como las obligaciones de beneficencia, gratitud, amistad, etc. En segundo lugar, en la *Fundamentación* están los principios de un argumento al respecto. Cabe observar que los deberes de buscar la propia perfección y la felicidad ajena no son sino la contracara positiva de los deberes

<sup>56</sup> AR, 49.

<sup>57</sup> Al respecto, *vid.* el prefacio de A. CORTINA a la *Metafísica de las costumbres* de KANT (*op. cit.*, XX).

<sup>58</sup> Respecto del deber positivo de cultivar las propias facultades, *vid.* MC 6:392. Respecto del deber positivo de comprometerse con la felicidad ajena el argumento está en MC 6:393 (y también en CRP, 5:34-35).

<sup>59</sup> «La teoría moral de KANT sostiene que hay otros dos fines que todo agente racional debe postularse por obediencia a la ley moral; a saber, mi propia perfección y la felicidad ajena. Pero estos son fines representados como necesarios a consecuencia de la ley moral; no son fines a los que pueda apelarse para fundarlas». A. WOOD, «Kant's Ethical Thought», Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 253, n. 27.

negativos de no adoptar una máxima de descuido de los propios talentos ni una de no beneficencia universal<sup>60</sup>.

Hasta aquí la tarea wolffiana de crítica a los argumentos kantianos destinados a demostrar la existencia de una moral objetiva, universal y necesaria. Según WOLFF, si sus argumentos son buenos, si KANT no puede rebatirlos, entonces debemos dejar de lado nuestra creencia en una moral semejante, por lo menos hasta tanto encontremos buenos argumentos para sostenerla. WOLFF comienza ahora su construcción de un sistema moral basado en el contrato.

### 3.7. Autonomía y elección libre de fines

Hasta aquí el análisis de WOLFF pretende haber demostrado que del concepto de un agente racional no se deriva más que FUL entendido como un criterio de exclusión de máximas contradictorias. Pero la mera no contradicción no es una razón suficiente para la acción. A su entender, tampoco podemos derivar de aquel concepto la existencia de fines de adopción obligatoria. La razón pura, entonces, no puede motivar la acción en tanto que no puede establecer criterios a priori de acción debida (no nos podemos motivar por el imperativo categórico en ninguna de sus variantes si éste no nos dice qué hacer). ¿En virtud de qué razones cabe entonces esperar que actúe el agente? ¿Y con qué criterios de acción correcta nos deja este análisis?

Sólo cabe actuar, sostiene WOLFF, en razón de fines adoptados libremente.

«La adopción o postulación de fines es un proceso no racional no determinado ni por la razón ni por el deseo. No hay, en principio, fines requeridos por la razón ni fines por ella excluidos»<sup>61</sup>.

Aquí yace el centro de la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación que WOLFF desarrolla en AR. Somos autónomos en tanto adoptamos libremente nuestros fines.

Adoptar un fin es un acto de la voluntad libre<sup>62</sup>. Los deseos no explican por sí mismos la acción sino en la medida en que el agente adopta un fin en base a ellos. Este acto a su vez implica la incorporación de los deseos dentro de una máxima general en virtud de la cual el agente actúa<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> Es decir, no son exactamente los mismos, porque en la *Fundamentación*, y particularmente al desarrollar los ejemplos de máximas evaluadas usando FUL, KANT meramente muestra la inadmisibilidad en el discurso moral de una máxima de no beneficencia universal, y de una máxima de descuido sistemático de los propios talentos. Pero no argumenta a favor de la conclusión más fuerte de que exista un deber positivo al respecto. Tal deber no se puede derivar de las conclusiones meramente negativas arribadas mediante el uso de FUL. Al respecto, *vid.* A. WOOD, «Kant's Ethical Thought», *op. cit.*, 101.

<sup>61</sup> AR, 223.

<sup>62</sup> «Fin es un objeto del libre arbitrio, cuya representación determina al libre arbitrio a una acción (por la que se produce aquel objeto). Toda acción tiene, por tanto, un fin y, puesto que nadie puede tener un fin sin proponerse a sí mismo como fin el objeto de su arbitrio, tener un fin para las propias acciones es un acto de la libertad del sujeto agente y no un efecto de la naturaleza» (MC 6:385). Tenemos que distinguir entonces entre desear un objeto o tener una inclinación hacia algo y querer un fin. De aquí se sigue que la fórmula del imperativo hipotético no es idéntica a «quien desea el fin, quiere los medios». La segunda no es analítica y como proposición sintética, muchas veces es falsa, es decir, no es universalizable. Un agente puede desear un fin sin quererlo, es decir sin realizar el acto de la libertad de elegirlo como fin de su voluntad y, por tanto, puede no querer los medios.

<sup>63</sup> «La libertad del albedrío tiene la calidad totalmente peculiar de que éste no puede ser determinado a una acción por ningún motivo impulsor *si no es en tanto que el hombre ha admitido tal motivo impulsor en*

### 3.8. Normatividad del imperativo hipotético

Una vez que tenemos un criterio de qué vale como una explicación correcta de una acción, cabe preguntarnos por qué criterio de justificación es compatible con esta teoría de la acción. Al respecto WOLFF destaca que

«... en la concepción de KANT, el caso paradigmático de acción racional es el caso en el cual: primero, me formo un concepto de alguna situación, objeto o estado de cosas que elijo traer a la existencia; y segundo, hago algo que creo que actualizará aquello que mi concepto representa. En breve, actúo para realizar mi fin»<sup>64</sup>.

Por ello el único criterio de corrección para las acciones, diferente de la mera no contradicción de las máximas que las inspiran, es el imperativo hipotético, la adecuación de las acciones como medios para los fines que pretenden satisfacer.

El imperativo hipotético es válido para todo agente racional (WOLFF destaca que su fórmula se sigue directamente de la definición kantiana de voluntad)<sup>65</sup>. Pero para determinar su contenido, es decir, qué manda específicamente, debemos esperar a que el agente se postule —contingentemente— un fin. De modo que sólo sabemos qué manda en concreto el imperativo hipotético con posterioridad a ese acto de la voluntad libre: cuando la condición, en términos kantianos, está dada. Por ello, para WOLFF, la fuente de la normatividad por excelencia es la elección de un fin. En tanto actúa sobre la base de principios relevantes a condición de que haya elegido libremente un fin, el agente es, según WOLFF, autónomo.

### 3.9. Fundamentos voluntaristas de la normatividad categórica

En el análisis de WOLFF los agentes cuentan con dos criterios de corrección. Por una parte, deben evitar tanto la adopción de máximas internamente contradictorias como la adopción conjunta de máximas externamente contradictorias. Además deben adoptar los medios conducentes a los fines que haya elegido libremente. El primero no es un criterio para la adopción de máximas sustantivas, sino para su exclusión. El segundo manda sólo bajo la condición de que el agente haya adoptado un fin. Bajo esta reconstrucción pareciera que nos hemos quedado sin moral (entendida como un conjunto de deberes categóricos, objetivos, universales y necesarios). Así lo reconoce el mismo WOLFF:

«Si no hay razones para la elección de fines, entonces no puede haber razones que sean buenas razones para todos los agentes en tanto agentes. Podría uno aún hablar de buenas razones para la adopción de políticas, pero todas esas razones serían buenas sólo para agentes que tuvieran los fines especificados y, por tanto, los principios que expresaran dichas razones serían lo que KANT llama principios hipotéticos antes que categóricos»<sup>66</sup>.

*su máxima* (ha hecho de ello para sí una regla universal según la cual él quiere comportarse); sólo así puede un motivo impulsor, sea el que sea, sostenerse junto con la absoluta espontaneidad del albedrío (la libertad)». I. KANT, *La religión dentro de los límites de la mera razón*, 6:24. Esta tesis ha sido denominada por H. ALLISON como «tesis de la incorporación». Al respecto, *vid.* su *Kant's Theory of Freedom*, New York, Cambridge University Press, 1990, 40-41.

<sup>64</sup> AR, 111.

<sup>65</sup> AR, 143-144.

<sup>66</sup> AR, 89.

Claro está entonces que para WOLFF no hay principios morales obligatorios para todo agente racional meramente en tanto tal, *i. e.*, derivados del concepto mismo de agencia racional. Sin embargo, su escepticismo moral no va tan lejos como para negar cualquier moral posible. Dados estos presupuestos no parecen quedarle a WOLFF sino dos caminos para fundar algo similar a una moral, *i. e.*, un conjunto de deberes categóricos (aunque ya no incondicionados):

1. El consenso, es decir la elección común de fines. El consenso fundaría una moral entendida como el compromiso con políticas colectivas conducentes al logro de los fines colectivamente adoptados y el rechazo de aquellas que puedan frustrarlos. En tanto que los fines en cuestión son producto del consenso, cada agente no estaría en libertad de librarse de la obligación renunciando al fin. En este sentido las normas, pese a ser producto de la elección contingente de fines, serían categóricas para cada agente.

2. El ingreso en una práctica de prometer y la realización de promesas vinculantes dentro de esa práctica.

Por ambos caminos sólo a posteriori tendremos deberes categóricos sustantivos. En el primero, el contenido de la normatividad categórica dependerá del contenido del consenso, y en el segundo, del contenido de las promesas de los agentes.

Quisiera centrarme ahora por un lado en la explicación, a partir de una concepción voluntarista, de la fuerza normativa de la promesa y del consenso y, por otro, en las consecuencias que la adopción de estos fundamentos tiene para la distinción entre prudencia y moralidad.

Comencemos con el caso de la promesa. Como ya vimos, WOLFF considera que una persona que ingresa en una práctica de prometer tiene la obligación de cumplir con cada una de sus promesas. De lo contrario caería en una contradicción volitiva pues no se puede querer estar dentro de la práctica y a la vez querer poder dejar de cumplir con el contenido de las particulares promesas realizadas. Todas mis promesas me vinculan categóricamente, *i. e.*, no puedo desvincularme renunciando al fin concreto que me llevó a prometer en el caso particular<sup>67</sup>. El límite entre moral y prudencia, entre normatividad categórica y normatividad hipotética, queda entonces determinado por el alcance de las promesas de los agentes.

El caso del consenso resulta un poco más complicado. Comenzaré aportando soporte textual a mi afirmación de que WOLFF considera que el consenso es un fundamento adecuado de la moral. En AR se expresa sobre este punto en los siguientes términos:

«Estoy persuadido de que las obligaciones morales, estrictamente hablando, surgen de compromisos contractuales libremente asumidos entre agentes racionales que han ingresado en alguna interacción continua y organizada. Donde tales compromisos contractuales no existen, no pueden ser plausiblemente contruidos como habiendo sido tácitamente asumidos, y no puede incluso suponerse que sean del tipo que se asumirían si las personas intentaran algún acuerdo colectivo, entonces no hay obligaciones morales que vinculen a las personas entre sí»<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Aunque todavía está abierto si no sería posible lograr ese resultado renunciando a la práctica de la promesa. De todos modos, ¿qué significa renunciar a dicha práctica?, ¿es una práctica a la que podemos renunciar con sentido?

<sup>68</sup> AR, 219.

WOLFF entiende que el consenso puede funcionar como fundamento de la moral, *i. e.*, de un conjunto de normas universales objetivas y necesarias. Pero semejante moral estará limitada en su alcance. Sólo vinculará a los participantes en el acuerdo o a quienes racionalmente se lo pueda extender. Las normas morales mandan categóricamente —con independencia de los deseos y fines contingentes que los agentes puedan adoptar o abandonar con posterioridad al consenso—, pero sólo a quienes hayan, expresa o tácitamente, acordado.

WOLFF también considera que el consenso nos permite distinguir la moral de la prudencia:

«Aquellos fines que uno se postula para uno mismo, tratando a las demás personas como externas al proceso de elección, dan lugar a lo que comúnmente se llama principios de prudencia. Aquellos fines que uno postula colectivamente con otros agentes racionales, mediante un proceso de discurso racional que culmina en un acuerdo unánime, dan lugar a lo que comúnmente se llama principios morales»<sup>69</sup>.

¿Cómo es que el consenso puede funcionar como fundamento de la moral? ¿Y cómo es que nos permite distinguir la moral de la prudencia? La respuesta a ambas cuestiones está, a mi entender, en la similitud entre el consenso y la promesa.

Para poder, en el caso del consenso, trazar la línea entre prudencia y moral, hay que distinguir entre la mera concordancia de fines y el ingreso deliberado en una práctica común que implique un proceso deliberativo por el que llegamos a acuerdos sobre qué fines adoptar y mediante qué medios alcanzarlos. Porque si partimos de agentes racionales sólo comprometidos por un deber de consistencia y por imperativos hipotéticos, el hecho de que adopten fines meramente concordantes con fines de otros no parece ser razón para otorgarle carácter categórico a los principios de conducta que se sigan de esa adopción. ¿No podrían acaso liberarse de sus obligaciones renunciando a los fines adoptados?

Sólo podemos negar esta conclusión si otorgamos al acuerdo la misma fuerza normativa de una promesa, que es lo que parece pensar WOLFF. No puedo querer ingresar en una práctica de prometer y a la vez querer poder zafarme a mitad de camino de los compromisos implicados por mis promesas particulares<sup>70</sup>. El consenso, por su parte, no es más que una promesa, dirigida por cada uno de los participantes a todos los demás, de mantenerse en la adopción de los fines y los medios consensuados.

<sup>69</sup> AR, 224.

<sup>70</sup> G. DWORKIN no ve este punto y por eso se equivoca cuando critica a WOLFF en los siguientes términos: «Desde una perspectiva temporal los compromisos de mi anterior yo deben vincular (en algún grado) a mi yo posterior. No puede estar siempre abierta para el yo posterior la posibilidad de renunciar a los compromisos asumidos por el yo anterior. Esto implica que incluso las obligaciones autoimpuestas crean un mundo de “otredad” —un mundo que es independiente de mi voluntad actual y que no está sujeto a mis elecciones y decisiones—. La distancia entre mi yo anterior y mi yo posterior es sólo cuantitativamente diferente de la existente entre mí mismo y los demás. En su discusión sobre el único estado que él cree que goza de una autoridad consistente con la autonomía —la democracia directa y por unanimidad—, WOLFF no ve este punto. Sostiene que en esa situación no hay sacrificio de la autonomía porque todas las leyes son aceptadas por cada ciudadano. Pero esto sólo es cierto en un punto determinado del tiempo. ¿Qué sucede si el individuo cambia de opinión sobre la sabiduría o la bondad de la ley? ¿Está entonces obligado a obedecerla?» (G. DWORKIN, «Theory and Practice of Autonomy», New York, Cambridge University Press, 1995, 42). DWORKIN parece no percatarse de que dentro de la concepción voluntarista de WOLFF la vinculatoriedad a largo plazo de los deberes emanados de la promesa o el consenso no pone en juego la autonomía moral de los agentes. Si los agentes cambian de parecer siguen estando vinculados, de lo contrario caerían en una contradicción volitiva.

Según WOLFF entonces, cualquier razón que vincule a un agente presupone por su parte un acto suyo de elección de un fin. Si ha elegido un fin por sí mismo, la razón es prudencial; si lo ha elegido con otros en un proceso deliberativo, o si dentro de una práctica de prometer ha elegido un fin que lo llevó a realizar una promesa particular, la razón es moral (categórica). Pero para tener una razón el agente debe siempre elegir el fin, es decir, ser el autor de las razones que lo vinculan.

#### 4. VOLUNTARISMO Y AUTORIDAD

Seguidamente desarrollaré la concepción de la autoridad de WOLFF y luego su tesis de la incompatibilidad conceptual entre autoridad y autonomía. Inmediatamente pasaré a evaluar dicha tesis en relación con la concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación. Tal como vimos, pareciera que esta concepción pudiera dar lugar a deberes categóricos mediante dos dispositivos: el consenso y la promesa. Si no hay ninguna diferencia entre cualquier consenso y la democracia directa y por unanimidad (el caso paradigmático de un consenso explícito), si no hay ninguna diferencia entre cualquier promesa y la promesa de obedecer los mandatos de otro, entonces pareciera que un voluntarista debería rechazar la tesis de la incompatibilidad conceptual. Me centraré en el caso del consenso ya que éste da cuenta de lo que en DA WOLFF entiende como la única autoridad justificada.

##### 4.1. La autoridad según WOLFF

Para comenzar recordemos su concepto de autoridad legítima: «Autoridad es el derecho a mandar y, correlativamente, el derecho a ser obedecido»<sup>71</sup>. El derecho a mandar por parte de quien detenta autoridad implica un deber de obediencia por parte del sujeto normativo<sup>72</sup>. En tanto que un mandato es un acto de habla, quien afir-

<sup>71</sup> DA, 4.

<sup>72</sup> Si bien es cierto que el derecho a ser obedecido, *i. e.*, el deber de obediencia por parte del sujeto normativo, es el problemático, basta con centrarnos en el derecho a mandar ya que quien justifica este derecho justifica el deber de obediencia de los sujetos normativos. Esta afirmación implica la aceptación de la hoy conocida como tesis de la correlatividad, la idea de que el derecho a mandar no es concebible con independencia del deber de obedecer. No deben desconocerse sin embargo los esfuerzos realizados por desligar el derecho de la autoridad a mandar del deber de obediencia del sujeto normativo. Así, R. LADENSON, en «In Defense of a Hobbesian conception of Law», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 9, núm. 2, 1980; reimpresso en J. RAZ (ed.), *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, ha sostenido (35 y ss. de esta última edición) que el concepto de Derecho implicado en el derecho a mandar es un derecho como justificación (*justification-right*). Estos derechos (a diferencia de los derechos como pretensiones (*claim-rights*), no son derechos a que otro haga algo y por tanto no implican, como sí implican aquéllos, un deber por parte del sujeto pasivo de la relación. Como señala J. C. BAYÓN (*La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 629), el «derecho a mandar» en la concepción de LADENSON implica meramente la pretensión de que la autoridad tiene una justificación para ejercer el poder. Así una autoridad legítima tendría derecho a mandar si el ejercicio de la fuerza por su parte está justificado. Esta situación no implicaría sin embargo que aquéllos a ella sometidos tengan el deber de obedecerla. Sin embargo, J. RAZ (*The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 25-26) ha sostenido que este intento de separar el derecho a mandar del deber de obedecer no conduce por buen camino: «Parece bastante claro que el uso justificado del poder coercitivo es una cosa y la autoridad es otra... El ejercicio de la coerción o de cualquier otra forma de poder no es ejercicio de autoridad a menos que incluya una apelación al cumplimiento por parte de las personas sujetas a la autoridad... Pero la

ma autoridad afirma que ese acto o el contenido de ese acto produce un cambio en la situación normativa del sujeto normativo, *i. e.*, en algún sentido es relevante y debe ser tenido en cuenta por el sujeto normativo a la hora de determinar sus deberes finales. Llamemos a ésta tesis de la diferencia práctica.

Cabe entonces preguntarse en qué sentido considera WOLFF que pretende relevancia el acto de quien pretende autoridad. De las muchas precisiones que cabría hacer al respecto me interesa aquí una en particular: ¿Considera WOLFF que la autoridad pretende que su voluntad es creadora de normas? ¿O considera, más bien, que la autoridad pretende que su dicho es relevante en tanto es reflejo de su mayor conocimiento de un mundo normativo existente independientemente?

La primera opción es la correcta. WOLFF entiende que la autoridad pretende, mediante su voluntad, crear razones. Específicamente razones operativas, independientes del contenido y de carácter absoluto. Notemos que si éste fuera el caso, si la autoridad tuviera la capacidad de modelar mediante su voluntad nuestro paisaje normativo, su actividad pareciera, en principio, ser un obstáculo para la autonomía moral en sus dos versiones (autolegislación y juicio propio). Bajo esta hipótesis no tiene sentido pensarse como autor de las normas a obedecer y tampoco lo tiene comprometerse en un esfuerzo epistémico por conocer razones existentes independientemente<sup>73</sup>. Con vistas a brindar soporte textual a mi lectura de WOLFF, explicitar la teoría wolffiana de los mandatos y exponer las razones de su rechazo a la tesis que afirma su fuerza normativa (*i. e.*, su rechazo a la tesis de que agentes autónomos debían obediencia a algún mandato), analizaré algunas de sus afirmaciones claves con relación a este tema.

1) «La obediencia no es cuestión de hacer lo que alguien te dice que hagas. Es cuestión de hacer lo que alguien te dice que hagas *porque te dice que lo hagas*»<sup>74</sup>.

---

apelación al cumplimiento tiene sentido precisamente porque es una invocación del deber de obedecer». RAZ nos señala además (27) que una sociedad en que la autoridad funcionara como LADENSON pretende sería una sociedad cuyas prácticas nos resultarían irreconocibles. Así las Cortes no impondrían penas o mandarían pagar indemnizaciones en virtud de que las personas han violado un deber de comportarse de determinado modo. En dicha sociedad los tribunales sólo afirmarían que «a las personas que se comporten de ciertos modos se las hará sufrir» (27) Y se tendrá dicho sufrimiento por moralmente justificado. En el mismo sentido, BAYÓN (*op. cit.*, 629) señala que si la doctrina en cuestión fuera verdadera esto implicaría que toda coerción justificada debería contar como un caso de autoridad legítima, lo que evidentemente confunde las ideas de *actuar como autoridad* y *estar moralmente autorizado* a usar la fuerza sobre otro. BAYÓN (*op. cit.*, 632) destaca una idea que a mi juicio resulta muy esclarecedora, sino concluyente, respecto de la diferencia entre la afirmación de que alguien tiene una justificación para usar la fuerza y el decir que alguien tiene autoridad legítima: «... decir que alguien tiene una justificación para usar el poder, es decir, que hay razones morales que amparan la realización de actos que pueden modificar las razones prudenciales de otro (y sólo esa clase de razones). Por el contrario, pretender que —en tanto que autoridad legítima— uno cuenta con un poder normativo equivale a sostener que mediante la emisión de directivas se puede modificar el conjunto de razones para actuar dominantes sobre las meramente prudenciales del destinatario de las normas». Para una discusión sobre la tesis de la correlatividad que incluye una reconstrucción precisa de las posiciones de LADENSON y RAZ, *vid.* Á. RÓDENAS CALATAYUD, *Sobre la justificación de la autoridad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1996, 84-88.

<sup>73</sup> Vale destacar un punto. Si la autoridad diseñara nuestro paisaje normativo aún sería relevante el juicio propio, aunque en un sentido débil. Aún deberíamos juzgar, es decir, conocer y aplicarnos a nosotros mismos las normas de ese paisaje normativo artificial creado por la autoridad. Claro que no tendríamos ninguna obligación de juzgar por nosotros mismos al respecto, bien podríamos contratar un abogado. Pero la idea de juicio sigue teniendo sentido. Lo que pierde sentido es la idea de juicio sobre un mundo normativo existente independientemente de los actos de la autoridad.

<sup>74</sup> DA, 9.

2) «El hombre autónomo, en tanto es autónomo, no está sujeto a la voluntad de otro»<sup>75</sup>.

3) «... los hombres pueden renunciar a su autonomía a voluntad. Esto es, un hombre puede decidir obedecer los mandatos de otro sin hacer ningún intento de determinar por sí mismo si lo que es mandado es bueno o sabio»<sup>76</sup>.

4) «Pero al rechazar comprometerse en la deliberación moral, al aceptar como finales los mandatos de otros, él (el individuo) renuncia a su autonomía»<sup>77</sup>.

5) «Asumir responsabilidad por las propias acciones significa tomar las decisiones finales sobre lo que uno debe hacer. Para el hombre autónomo, no hay tal cosa, estrictamente hablando, como un mandato»<sup>78</sup>.

Las aserciones expuestas prestan tesis distinguibles y merecen un análisis por separado:

a) El mandato es un acto de habla o algún tipo de acto comunicativo. Esta tesis se sigue de lo afirmado en 1).

b) Los mandatos, en tanto que actos de habla, son expresiones de la voluntad del mandante. En 2), interpretado a contrario, se puede leer esta tesis.

c) Tesis de la diferencia: quien manda *pretende* que existe un vínculo entre la realización del acto del mandato y la producción de algún cambio en el catálogo de deberes del agente<sup>79</sup>. Podemos leer esta tesis principalmente en la última frase de 5) y también en 4). Recordemos, por otra parte, su definición de autoridad como derecho a mandar y correlativo surgimiento de un deber de obediencia. Si surge un deber de obediencia al mandato esto es porque el mandato ha logrado cambiar la situación normativa del sujeto normativo, específicamente ha logrado crear una norma.

d) Independencia del contenido: quien manda *pretende* que existe un deber que ha surgido del acto de mandato, un deber dependiente del mandato e independiente de consideraciones de justicia o corrección. Creo que esta tesis está implícita en todas las afirmaciones anteriormente citadas. Si actuamos en virtud de lo que otro nos dice *porque nos lo dice*, parece que entendemos su acto como generando deberes, *i. e.*, deberes dependientes del acto de mandato. Cómo el dicho de una persona no tiene una conexión necesaria con ningún contenido, es evidente que si consideramos su dicho como fuente de normatividad lo consideraremos como fuente de una normatividad independiente del contenido.

e) Carácter absoluto de los mandatos: quien manda *pretende* que el mandato genera razones *absolutas*, es decir, no razones *prima facie* que hayan de ingresar como premisas al razonamiento práctico y competir con otras razones válidas, sino razones que siempre triunfan en el razonamiento práctico y por tanto, en un sentido, excluyen el juicio propio o por lo menos su relevancia práctica. Es decir, quien acepta un mandato cuenta, según WOLFF, con una solución (espuria en su análisis) al problema práctico. Esta tesis está expuesta en las afirmaciones 4) y 5). Tiene sentido hablar de

<sup>75</sup> DA, 14.

<sup>76</sup> DA, 14.

<sup>77</sup> DA, 24.

<sup>78</sup> DA, 15.

<sup>79</sup> Si aceptamos que se produce un cambio, cosa que no hace WOLFF, habrá que explicar en qué consiste, pero ésta es una tarea independiente.

que la autoridad crea deberes finales si su mandato excluye toda la relevancia del razonamiento práctico<sup>80</sup>.

La idea de WOLFF, entonces, es que la autoridad pretende que su mandato, expresión de su voluntad, puede generar razones normativas, independientes del contenido y absolutas, esto es, capaces de excluir la relevancia práctica de cualquier otro hecho que pretenda funcionar como razón. Por ello pretende excluir la relevancia tanto de la voluntad como del juicio propio del sujeto normativo.

## 4.2. Dos versiones de la tesis de la incompatibilidad conceptual

WOLFF, al menos en DA, niega que el mandato tenga la fuerza que pretende. Afirma, por el contrario, que en virtud de que esta pretensión es incompatible con nuestro deber de autonomía, el mandato carece de toda fuerza normativa. Ya en estas tesis sobre la naturaleza de los mandatos se deja entrever la distinción aquí usada entre dos concepciones de la autonomía. Por ello, tal como hice al comienzo, dividiré en dos su tesis de la incompatibilidad conceptual. Pues por un lado tenemos una versión voluntarista de dicha tesis y, por otro, tenemos una versión epistémica.

### 4.2.1. *El conflicto entre autoridad y autonomía es irresoluble porque la autonomía requiere que siempre seamos los autores de las normas que hemos de obedecer y la autoridad pretende que su voluntad sea la fuente de tales normas*

Los actos de voluntad ajenos, entiende WOLFF, no tienen relevancia normativa (no pueden cambiar la situación normativa; en todo caso funcionarán como cual-

<sup>80</sup> Cabe advertir que si bien se pudiera pensar que la reinterpretación de las tesis de WOLFF aquí propuesta es deudora del pensamiento de otros autores, todo lo que le atribuyo surge, a mi entender, de su propio y particular pensamiento. Respecto de las tesis *c)* y *d)* que atribuyo a WOLFF, es cierto que él no habla en términos de deberes dependientes de la emisión de mandatos ni de deberes independientes del contenido; tampoco se refiere explícitamente a la tesis de la diferencia. Para buscar los referentes de tales términos hay que revisar los trabajos de RAWLS, HART y RAZ. Pero, a mi entender, las ideas a que esos términos refieren sí están presentes en el análisis de WOLFF. Respecto de la tesis *e)* cabría pensar que aquí debería más bien afirmarse que WOLFF considera que los mandatos generan razones excluyentes en lugar de razones absolutas, tal como afirmo en el texto. Mi reiterado uso de la afirmación de que las razones absolutas excluyen la relevancia del juicio propio bien puede sugerir esto. Sin embargo no debe interpretarse a WOLFF como afirmando que los mandatos generan razones excluyentes. De hecho la teoría de los mandatos como razones excluyentes es parte de la teoría de la autoridad como servicio con que Raz pretende mostrar el espacio en que es posible hablar de autoridades legítimas. WOLFF, en cambio, no tiene ningún interés en legitimar la autoridad. Si WOLFF afirmara que los mandatos *son* razones excluyentes, estaría diciendo que son razones para excluir el juicio propio, cosa que enfáticamente niega. Uno podría aún pensar que lo que WOLFF quiere decir es que los mandatos *pretenden* generar, sin éxito, razones excluyentes. Pero de hecho la tesis de WOLFF es que los mandatos *pretenden* generar razones absolutas (*vid.* DA, 111). Una razón excluyente es una razón para dejar de considerar ciertas razones (de primer orden) en el balance de razones. Sin embargo una razón excluyente no soluciona necesariamente el problema práctico. Sí sucede esto con las razones absolutas, éstas excluyen la relevancia del juicio propio de un modo mucho más radical: nos ofrecen una solución directa al problema práctico, *i. e.*, son razones (o deberes, en términos de WOLFF) finales. Los mandatos tampoco pueden pensarse como razones concluyentes. Mientras que una razón es absoluta si no puede haber una razón que la supere, una razón es concluyente si no hay de hecho una razón que la derrote. No podemos saber de antemano si una razón no absoluta es concluyente. Tenemos que ver en el caso si es la razón que resuelve el problema práctico. Para un análisis de la distinción entre razones absolutas, concluyentes y *prima facie*, *vid.* J. RAZ, *Razón Práctica y Normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 31. Agradezco al evaluador anónimo de este trabajo el haberme indicado la necesidad de aclarar mi posición respecto de este tema.

quier hecho, para determinar, como razones auxiliares, la situación normativa del agente en el caso concreto). ¿Por qué piensa WOLFF que un acto de voluntad de otro no puede hacer una diferencia normativa? Para entenderlo, simplemente debemos recordar su concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación, su tesis de que tenemos razones sólo en tanto elegimos libremente fines. Las elecciones de otro no pueden cambiar el catálogo de mis razones. ¿Pero realmente se sigue de dicha concepción que la voluntad de otro no puede nunca cambiar la situación normativa del sujeto normativo? En el próximo apartado intentaré dar respuesta a esta pregunta.

4.2.2. *El conflicto entre autoridad y autonomía es irresoluble porque la autonomía requiere que siempre juzguemos por nosotros mismos sobre cuestiones morales y la autoridad pretende que renunciemos a dicho juicio*

La autoridad puede pretender el derecho a desplazar el juicio del agente por dos razones: Primero, porque considera que su *voluntad* es una fuente de razones normativas de peso absoluto o por lo menos superador de cualesquiera otras razones identificables mediante el ejercicio, por parte del agente, de su capacidad de juicio. Si se acepta, como acepta WOLFF, que los actos de voluntad ajenos no tienen, en tanto tales, relevancia normativa, se debe dejar de lado esta posibilidad de justificación de la renuncia al juicio propio. Segundo, quien pretende autoridad puede considerar que su *entendimiento* es mayor y por tanto el sujeto normativo, en tanto conoce menos, tiene buenas razones para dejar en manos de la autoridad la identificación de las razones (existentes con independencia de la voluntad de la autoridad) por las que debe actuar. WOLFF no da señales de pensar la autoridad mediante este último esquema. Por ello no profundizaré en su análisis.

### 4.3. El voluntarismo y la tesis de la incompatibilidad conceptual

Una concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación, en tanto que pone en el centro la noción de autoría de las razones a través de la elección subjetiva de un fin, parece llevar a la tesis anarquista que niega la posibilidad conceptual de autoridades legítimas, *i. e.*, que otro pueda ser el autor de las razones que debo atender. Si soy autónomo sólo en tanto elijo fines y, por tanto, si estoy vinculado sólo por los fines que elijo, no se ve a primera vista cómo pueda vincularme otro. Según este punto de vista, la voluntad de otro no puede vincularme porque sólo puedo vincularme a través de *mi* voluntad. Pero bien mirado cabe por lo menos dudar que a partir de estas premisas se siga la incompatibilidad conceptual postulada. Pues bien, puedo querer quedar vinculado por la voluntad de otro (como en el caso de la promesa plasmada en el contrato social entendido como acto histórico) o querer quedar vinculado por el consenso logrado con otros. Analizaré este último caso ya que es el más importante según WOLFF para la determinación de la posibilidad de autoridades legítimas.

#### 4.4. Autoridad basada en el consenso (democracia directa y por unanimidad)

WOLFF comete en DA una gruesa contradicción: sostiene por un lado el anarquismo a priori, su tesis de la contradicción conceptual entre autoridad y autonomía, y luego afirma que la democracia directa y por unanimidad es la única solución genuina al conflicto. Pero es obvio que si es cierto que dicha democracia es la única solución posible entonces no es verdadera la tesis de la incompatibilidad conceptual. Ahora bien, la democracia directa y por unanimidad es o no es un caso de autoridad legítima. Si es un caso de autoridad legítima, entonces no es verdadera la tesis de la incompatibilidad conceptual. Si no es un caso de autoridad legítima, entonces WOLFF puede seguir afirmando su tesis de la incompatibilidad conceptual, pero debe negar que la democracia en cuestión sea la única solución genuina al conflicto.

Comenzaré analizando la primera posibilidad, supondré con WOLFF que el procedimiento bajo análisis es un caso de autoridad legítima. WOLFF afirma que «la democracia directa y por unanimidad [...] es una solución genuina al problema de la autonomía y la autoridad...»<sup>81</sup>. Esto en virtud de que

«... bajo una democracia directa y por unanimidad, cada miembro de la sociedad quiere libremente toda ley que resulta sancionada. Por tanto, se ve sólo confrontado como ciudadano con leyes que ha consentido. Desde que un hombre que está limitado sólo por los dictados de su propia voluntad es autónomo, se sigue que bajo las directivas de una democracia directa y por unanimidad los hombres pueden armonizar el deber de autonomía con los mandatos de una autoridad»<sup>82</sup>.

Advirtamos que lo que WOLFF propone como solución al conflicto no es la sumisión a un conjunto de instituciones que seres racionales puedan querer, sino la sumisión a leyes que todos los ciudadanos de hecho quieran. El querer de los ciudadanos no está limitado aquí por ningún principio restrictivo. Y aunque postulásemos que los que deciden son todos sujetos racionales, no sería, según WOLFF, su racionalidad lo que los lleva a querer las mismas leyes. La racionalidad, en esta versión, no ofrece criterios sustantivos de decisión.

Entendemos mejor cómo es que WOLFF puede caer en semejante contradicción si la miramos con la lupa de la distinción aquí propuesta entre distintas concepciones de la autonomía moral presentes en su análisis. Aquí WOLFF considera explícitamente a la voluntad de los agentes como la fuente de la normatividad por excelencia. Así dice que en la democracia directa y por unanimidad «todo miembro *quiere* toda ley», y que un agente autónomo es aquel que está limitado «sólo por los dictados de su propia voluntad»<sup>83</sup>. Si el querer de los agentes es la fuente de la normatividad de las leyes, entonces es perfectamente posible que éstos se vean vinculados y que su situación normativa cambie en virtud de leyes que hayan querido conjuntamente con otros. El

<sup>81</sup> DA, 27.

<sup>82</sup> DA, 23.

<sup>83</sup> «Así como el hombre auténticamente responsable se da leyes a sí mismo, y por tanto se vincula a sí mismo respecto de lo que concibe como correcto, una sociedad de hombres responsables puede colectivamente vincularse a sí misma a leyes colectivamente creadas...», DA, 22.

hecho del consenso hace, por otra parte, que el querer de los agentes inmersos en esta práctica sea vinculante para ellos de un modo que no lo sería la mera adopción privada de un fin. Pues sólo en este último caso los agentes podrían desvincularse renunciando al fin.

Cabe también destacar que el consenso puede cambiar la situación normativa de los agentes sólo bajo una concepción voluntarista de la autonomía como autolegislación. Si, en cambio, sostuviéramos una concepción de la autonomía como juicio propio y además afirmáramos que existen deberes independientes de los actos colectivos de elección de los agentes, deberíamos negar al consenso, entendido como acuerdo de voluntades, cualquier fuerza normativa<sup>84</sup>. Afirmar lo contrario sería similar a afirmar que éste puede cambiar las leyes causales que rigen el mundo físico. Algo semejante sucedería si aceptáramos concepciones diferentes de la autonomía como autolegislación, ya sea constructivistas o realistas. Frente a ellas, el mero acuerdo de voluntades no tendría necesariamente la misma fuerza normativa<sup>85</sup>.

Por las razones expuestas creo poder afirmar que bajo una concepción voluntarista de la autonomía y suponiendo que la democracia directa y por unanimidad sea un caso de autoridad, no existe la contradicción conceptual afirmada por WOLFF. Bajo tal concepción esta última es la tesis que debe ser abandonada, no la tesis de que una democracia directa y por unanimidad resuelve el conflicto<sup>86</sup>. La incompatibilidad se torna meramente empírica y contingente. Los problemas con la democracia directa y por unanimidad no son conceptuales sino técnicos<sup>87</sup>, derivados de las contingentes y empíricas limitaciones a nuestras capacidades de lograr consenso. Pero es lógicamente posible pensar una sociedad en donde las decisiones se tomen por el acuerdo de todos los ciudadanos.

<sup>84</sup> Nótese que WOLFF sostiene aquí que lo que concilia la autoridad y la autonomía en el caso de la democracia directa y por unanimidad es el hecho de que todos los ciudadanos *quieren* la ley sancionada. Bien pudiera ser otra justificación el hecho de que en este caso todos los ciudadanos  *juzgan*  que la ley sancionada es correcta. Pero esta última no es la línea argumentativa que WOLFF sigue aquí.

<sup>85</sup> *Me he limitado a mostrar aquí* que la falsedad de la tesis de la incompatibilidad conceptual sólo en tanto partamos de una concepción voluntarista de la autonomía. Este trabajo deja abierta la posibilidad de que a partir de otras concepciones de la autonomía la incompatibilidad en cuestión se mantenga. Sólo si aclaramos lo suficiente nuestras concepciones de la autonomía podremos evaluar acabadamente la tesis de la incompatibilidad conceptual. Esto es un buen antídoto contra quienes, como SIMMONS (*vid.* J. SIMMONS, «Philosophical anarchism», en *Justification and Legitimacy. Essays on rights and obligations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 110-111, n. 15), al observar que existen para el mismo WOLFF casos de autoridad legítima, dan por tierra sin más con la tesis de la incompatibilidad conceptual.

<sup>86</sup> Sí debe ser también abandonada la afirmación de que la democracia directa y por unanimidad es la *única* solución posible. Porque, y aunque aquí no se ha argumentado mayormente al respecto, parece que desde una concepción voluntarista la promesa de obediencia también funciona como fundamento posible de una autoridad legítima. Esto, por otra parte, lo reconoce el mismo WOLFF: «Una democracia contractual es legítima, sin duda, en tanto está fundada sobre la promesa de los ciudadanos de obedecer sus mandatos. Más aún, cualquier estado fundado en tal promesa es legítimo» (DA, 69). Extrañamente WOLFF continúa inmediatamente con la siguiente y desconcertante afirmación: «Sin embargo, todos esos Estados logran su legitimidad sólo gracias a la renuncia de sus ciudadanos a su autonomía...». Cómo la condición de legitimidad del Estado es el respeto de la autonomía, esta última afirmación no parece tener ningún asidero. La extrañeza se resuelve en tanto nos percatamos que el concepto de autonomía en que WOLFF, confusamente sin duda, piensa aquí, es el de autonomía como juicio propio. Porque ciudadanos que voluntariamente (autónomamente) prometen obediencia a un Estado constituyendo así su legitimidad, renuncian sin embargo a su autonomía como ejercicio del juicio propio.

<sup>87</sup> Tal como el mismo WOLFF reconoce. *Vid.* DA, 34.

La única forma en que WOLFF podría seguir manteniendo su tesis de la incompatibilidad conceptual es negando que la democracia directa y por unanimidad sea un caso de autoridad. En tanto que su definición de autoridad decía que autoridad es el derecho de *uno* a mandar sobre *otros*, esta posibilidad no parece en absoluto descabellada. Lo que tendríamos en este caso sería, más que Derecho, una moral basada en el consenso<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Agradezco a R. CARACCILO el haberme ayudado a pensar en esta posibilidad.

# DETECTAR CONCEPCIONES: EL TEST DE LA NEGACIÓN\*

Maribel Narváez Mora

*Universidad de Girona*

**RESUMEN.** En el ámbito de las ciencias sociales se utilizan con frecuencia expresiones con apariencia de enunciados teóricos (externos). Del análisis de las negaciones formales de tales enunciados resulta que su función es menos teórica y más conceptual de lo que aparentan (internos). Suponer la verdad de tales negaciones impide el uso de los términos con el significado que tenían en las afirmaciones originales. Las polémicas en tales casos se caracterizan entonces por ser discusiones entre concepciones y no entre descripciones opuestas de un mismo fenómeno o realidad.

**Palabras clave:** concepción, enunciados descriptivos, relación interna entre conceptos.

**ABSTRACT.** In the Social Sciences field expressions that appear to be theoretical statements (external) are frequently used. Nevertheless, by analysing their formal negations we realised that their function is less theoretical and more conceptual (internal) than it seems to be. To suppose the truth of such negations preclude the possibility of the involving terms having the same meaning they had in the original affirmative statements. Controversies then are characterized better as discussions between conceptions than as opposed descriptions of the same phenomena or reality.

**Keywords:** conception, descriptive statements, internal relations among concepts.

---

\* Fecha de recepción: 3 de marzo de 2011. Fecha de aceptación: 3 de abril de 2011.

## 1. PRESENTACIÓN

**E**n este texto desearía delimitar y reivindicar un concepto: el de concepción. Delimitarlo para distinguirlo del concepto de teoría, especialmente cuando nos encontramos en el ámbito de las llamadas «ciencias sociales». Aclarar por qué un conjunto de tesis es la expresión de una concepción nos permitirá distinguir teorías que describen y explican fenómenos de concepciones que tienen carácter constitutivo. Reivindicarlo porque creo que es útil detectar las formas de comprensión subyacentes a todo tipo de teorías; es necesario ser conscientes de nuestra metafísica discursiva, así como de que ésta se extiende más allá de lo que estamos en ocasiones dispuestos a admitir. En realidad, hablar de *concepciones* es algo exagerado, en especial para quien entiende que las concepciones son cosmovisiones o perspectivas vitales de carácter global. No se trata de eso. En el sentido que aquí se va a utilizar, podemos tener una concepción sobre las degustaciones culinarias o sobre los estados de ánimo, los días soleados o los seminarios de teoría del Derecho.

Para hacer manejable la presentación me centraré en ciertas expresiones que se pueden utilizar como premisas o puntos de partida, y a veces como punto de llegada, en todo tipo de confrontaciones argumentativas. Tales expresiones, que se ofrecen a menudo como creencias básicas, y a veces se dice que son las *tesis nucleares* teóricas de la postura de que se trate, juegan un papel fundamental para la comprensión propia y ajena y no son otra cosa que la expresión parcial de concepciones.

Para mi propósito me fijaré en expresiones generales defendidas con pretensiones teóricas en diversos ámbitos. Como sugería algunas líneas más arriba, centraré la atención en el marco de las ciencias sociales pero, si no voy errada, las implicaciones de lo que sostengo no se ven limitadas a dicho ámbito del saber<sup>1</sup>.

## 2. ALGUNOS CONTENIDOS EN LAS LLAMADAS «CIENCIAS SOCIALES»

En virtud del método de trabajo y de sus objetivos declarados existen ámbitos en ciencias sociales con contenidos marcadamente normativos; otros, por el contrario, tienen una sustancia claramente experimental, empírica y naturalizada. En estos últimos casos las funciones descriptivas y explicativas se pueden satisfacer en mayor o menor medida. Sin embargo, no siempre se hacen explícitos los límites entre funciones descriptivas y el carácter constitutivo de las afirmaciones más generales que cada propuesta utiliza.

---

<sup>1</sup> En filosofía de la ciencia, P. ZEIDLER, por ejemplo, sostiene que los modelos rígidos de estructuras moleculares han sido sustituidos por modelos dinámicos donde la estructura molecular se transforma en virtud de condiciones ambientales. Por ello aunque los modelos teóricos reciban corroboración empírica, y jueguen así un importante papel en la práctica experimental, no pueden entenderse como representaciones de sistemas empíricos reales. De ahí que considere necesario reconocer que se ha producido un cambio en su estatuto epistemológico de los modelos teóricos sobre estructuras moleculares. Vid. P. ZEIDLER, «The Epistemological Status of Theoretical Models of Molecular Structure», *International Journal for Philosophy of Chemistry*, vol. 6, núm. 1, 2000, 17-34.

Parte de los fundamentos de tales ciencias son filtrados por un método que podríamos llamar «filosófico». Dicho método está basado en la actividad, perfeccionada por la filosofía analítica del siglo XX, del análisis o reconstrucción conceptual. Desde posturas filosóficas se mantienen también pretensiones descriptivas y explicativas de modo que se sigue diciendo que esta o aquella teoría, acerca de tal o cual cuestión se opone a ésta o aquella otra reclamando corrección o adecuación para sí, en suma, reclamando verdad ya que se supone que desvelan la naturaleza de alguna práctica o fenómeno social.

Podemos pensar en los extremos de un continuo. En uno de ellos se encuentran las propuestas claramente normativas efectuadas y en el otro las aportaciones empíricas de algunos estudios. Una máxima política que defiende ciertos valores o ideología, o un catálogo de pautas éticas que hacen lo propio se situarían con claridad en el extremo prescriptivo. Por su parte, el resultado de ciertos estudios cuantitativos de la sociología empirista o la descripción cualitativa de una práctica pueden situarse en el extremo descriptivo. Existe, sin embargo, un tipo de actividad intelectual que se expresa mediante las correspondientes formulaciones lingüísticas, que no tiene siempre carácter descriptivo-explicativo, a pesar de su forma de presentación y de las explicitaciones metodológicas alegadas. Pero el no tener carácter descriptivo ni explicativo no hace que la actividad en cuestión ni las correspondientes formulaciones, sobre las que vamos a tratar, sean prescriptivas. Es el lugar ocupado por las concepciones. Como he venido diciendo será fundamental la distinción entre lo que es (lo que aquí se entiende por) una tesis teórica y lo que constituye la expresión de una concepción. Por supuesto la semántica de los enunciados involucrados es compleja y no deseo defender «verdaderos significados» fijados de una vez por todas. Lo relevante será qué características o rasgos configuran el sentido de expresiones teóricas y el de expresión de concepciones, aunque luego se las pueda llamar como se desee<sup>2</sup>.

Tener una concepción es tener una visión integral o parcial sobre cualquier cuestión que puede ser articulada lingüísticamente. Se puede tener una concepción sobre la amistad, o sobre la política internacional, pero también sobre los sobrinos y la comida basura. Sería adecuado decir metafóricamente que las concepciones son perspectivas, enfoques o puntos de vista. En tanto que autocomprensiones pueblan el completo espectro de los «saberes». No se elige secundar una concepción antes de tenerla, esto es, no se eligen las reglas de representación con las que dotamos de sentido nuestras acciones verbales y no verbales. No obstante, cuanto más periférica sea la cuestión respecto del conjunto de creencias, con mayor facilidad puede ser abandonada, y con mayor facilidad un enunciado utilizado para expresarla podrá usarse también para efectuar descripciones. Las concepciones pueden ser expresadas lingüísticamente y de las formulaciones que las expresan puede decirse que tienen, en cierto sentido, carácter constitutivo. Por su forma de presentación es fácil malentender su función y considerarlas siempre descripciones.

---

<sup>2</sup> Vale decir que una gran parte de los problemas que quiero tratar proviene del conocido como «giro lingüístico» del XX. A partir de muchas y muy distintas contribuciones a la filosofía del lenguaje y a la lingüística durante la primera mitad del siglo XX se solidificó un modelo de lenguaje que distingue tres tipos de elementos en la significación: el texto, su significado y aquello a lo que en virtud de dicho significado el texto refiere. Aunque tal partición puede resultar completamente de recibo si se quiere dar cuenta del lenguaje extensional, no parece tener las mismas virtudes cuando lo involucrado son conceptos intensionales.

«Pero no tengo mi imagen del mundo porque me haya convencido a mí mismo de que sea la correcta; ni tampoco porque esté convencido de su corrección. Por el contrario, se trata del trasfondo que me viene dado y sobre el que distingo entre lo verdadero y lo falso»<sup>3</sup>.

Entre las muchas dificultades que puede enfrentar un ejercicio de delimitación como éste vale la pena mencionar una desde el comienzo. Las concepciones se encuentran, en parte, del lado de las propuestas normativas, en virtud de su naturaleza constitutiva, pero también, en parte, tienen la función de posibilitar descripciones y explicaciones. El hecho de ubicarlas en ese lugar intermedio no significará en ningún caso admitir un híbrido o un punto de equilibrio.

Intentaré argumentar la incapacidad para construir un discurso teórico descriptivo con las formulaciones que expresan concepciones a partir de la prueba de la negación. Con dicha prueba espero que pueda verse que las relaciones que unen los elementos vinculados en enunciados generales expresan concepciones, lo que significa que tienen carácter interno. De ahí que quienes aparecen como contrincantes utilizando tal tipo de expresión no estén participando de una discusión ni sustantiva ni verbal. La discusión no es sustantiva si a este tipo de discusión se le exige la existencia de acuerdo semántico ya que éste no se produce. No obstante, tampoco es meramente verbal, si por ello se entiende una polémica que puede disolverse sólo con poner de manifiesto que quienes discuten dan significados distintos a los términos que utilizan. Vale decir que las expresiones por sí mismas no enuncian concepciones, ello dependerá de las funciones que estén cumpliendo. En algunos casos no es posible aislar un mínimo universal que caracterice a los fenómenos para los que utilizamos conceptos intensionales, para luego predicar de éste tal o cual característica, especialmente en los casos de máxima generalidad: llegado cierto nivel no se dispone de concepciones alternativas en un marco de referencia dado<sup>4</sup>.

### 3. MI PRIMER USO DEL TEST DE LA NEGACIÓN

Hace algún tiempo decidí someter a prueba las afirmaciones de los políticos durante las campañas electorales. El objetivo era establecer con alguna claridad qué contenido sustantivo se defendía al hacer tales afirmaciones para poder emitir un voto lo más informado posible<sup>5</sup>, aunque las más de las veces de lo que se trataba era de enten-

<sup>3</sup> L. WITTGENSTEIN, *Sobre la certeza*, Barcelona, Gedisa, 1995, § 94, 15c.

<sup>4</sup> Como espero que pueda verse el término del texto con el ejemplo del rey Darío, al hablar de marco de referencia aludo al punto de mínimo común denominador que se requiere para sostener de dos tipos de *algo* que lo son de ese *algo*. En el ejemplo que ofreceré más adelante el rey Darío dispone de ese marco. Otro ejemplo simple podría ser el siguiente: en la comunidad A los conocidos se saludan con un apretón de manos, y en la comunidad B se saludan llevando la palma de la mano derecha extendida hasta el lado izquierdo del pecho. Contamos con una noción de saludo (marco de referencia) que nos consiente decir que estamos en presencia de *dos tipos de saludo*. Tanto es así que si en la comunidad C, por hipótesis, los conocidos se saludasen dándose patadas con fuerza al verse, no podríamos identificar el supuesto como el de un saludo. Rechazaríamos que ese es *otro tipo de saludo*. Cuando redacto estas líneas me convierto en el rey Darío generando la hipótesis de que ése es el saludo de la comunidad C. Ésa es una ficción narrativa.

<sup>5</sup> Uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, según consagra la Constitución española de 1978, es el pluralismo político. Dicho valor parece salvaguardarse cuando existe una «opinión pública bien formada». La idea de que los medios tienen especial relevancia en la materialización de dicha formación se di-

der qué decían los programas y en qué se distinguían unos de otros. La sospecha que me llevó a poner en práctica la «prueba» fue que la grandilocuencia de las expresiones no parecía tener nada que ver con la diminuta relevancia del contenido expresado. Denominé a dicha prueba «el test de la negación» y más adelante lo definiré para el contexto que nos interesa de la teoría del Derecho.

Pero ahora me mantendré en este *contexto de descubrimiento* ¿En qué consistía el test por lo que hacía a las campañas electorales? Tomaba cualquiera de los enunciados que encontraba en un programa electoral, o cualquiera de las manifestaciones de los líderes políticos durante la campaña, y construía su negación formal. A continuación me formulaba la pregunta: ¿Habrá alguien dispuesto a defender la negación en cuestión, algún partidario de lo contrario de lo que aquí se dice? Ya sabemos que hay gente para todo, pero si la respuesta que yo daba a la pregunta era «No, no creo que lo haya, al menos entre los llamados a votar en estas elecciones», entonces me parecía claro que la afirmación en cuestión carecía de contenido político. Por el contrario, cuando la respuesta era sí, la afirmación de origen tenía un contenido político que estaba en juego al decantarme por una u otra formación política. Tener contenido, políticamente hablando, supone bajo el prisma de este test, que lo dicho es objeto de debate y que resulta relevante para «tomar partido», que es de lo que se trata al elegir representantes.

Con la ayuda de la prueba de la negación podemos analizar enunciados de tipo diverso en el discurso político. Por ejemplo, compromisos electorales. Si se lee «Trabajaremos para superar los estereotipos de género»<sup>6</sup>, se observa que tanto la negación externa de la expresión: «No trabajaremos para superar los estereotipos de género», como la interna: «Trabajaremos para no superar los estereotipos de género», no pueden ser secundadas, al menos en los escenarios electorales a los que me estoy refiriendo<sup>7</sup>. Por su parte, si se dice: «Queremos introducir una tasa sobre las transacciones financieras internacionales»<sup>8</sup> puede construirse con más facilidad un debate en torno a dicha propuesta y su negación. Algunos (muchos o pocos) —de ahí la idea de opinión mayoritaria o minoritaria— estarán a favor y algunos (muchos o pocos) en contra de la creación de dicha tasa.

Para comunicar tales compromisos electorales hace falta articular una serie de creencias y deseos con los que se construyen las reglas técnicas que sirven de base a las distintas políticas.

Las articulaciones de deseos no pasan el test de la negación cuando son en realidad la expresión de lo que consideramos un deseo generalizado o universal. Sien-

---

funde a partir de pronunciamientos judiciales del más alto nivel (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 23 de abril de 1992, STC 190/1992, de 16 de noviembre). Por su parte, la idea de que la responsabilidad de estar bien informado es un mandato para el ciudadano republicano, podemos encontrarla en muchos lugares.

<sup>6</sup> Propuesta en el programa electoral para las elecciones autonómicas 2010 del Partido Socialista de Cataluña en <http://www.presidentmontilla.cat/files/programaelectoral-psc-2010.pdf>.

<sup>7</sup> Con independencia de que alguien verdaderamente desee que las cosas sean así, la regla del discurso público impone unas restricciones, al menos temporalmente. Nada excluye un concreto contexto socio-político en el que se escuche a un candidato sostener: «Trabajaremos para no superar los estereotipos de género». De hecho, no creer en las promesas electorales sólo significa muchas veces que creemos que el resultado final de las políticas se parecerá a lo contrario de lo dicho.

<sup>8</sup> Propuesta en el programa electoral para las elecciones autonómicas 2010 del Partido Socialista de Cataluña en <http://www.presidentmontilla.cat/files/programaelectoral-psc-2010.pdf>.

do algo esquemáticos podra decirse que puesto que no hay quien no desee eso, afirmar que es eso lo que se desea conseguir tiene garantizado el apoyo. «Apostamos por un modelo político que permita a los ciudadanos vivir con más libertad y desarrollar sus propias potencialidades»<sup>9</sup>. Por su parte, la articulación de creencias, las afirmaciones descriptivas sobre hechos, no pasan la prueba cuando resultan obviedades; por el contrario, superan el test al no ser creencias compartidas por todos. «Creemos que la Administración ha invadido demasiados espacios de la sociedad»<sup>10</sup>.

En otras ocasiones el discurso electoral se centra en vaticinios de futuro para criticar o avalar ciertas medidas. Se toma entonces un referente independiente, por ejemplo «La nueva ley X», y se sostiene que su puesta en vigor llevara a (producira, causara, tendra las consecuencias) Y. Si el partido en la oposición dice que la puesta en vigor de X llevara a Y, el partido en el gobierno suele decir justo lo contrario. Al auditorio, en general a la ciudadanía, se le lleva así a la encerrona de la inferencia. Si apoyas la puesta en vigor de X apoyas que se produzca la consecuencia Y. Puesto que no hay quien desee Y, y a ese absurdo te llevara defender la nueva ley X. Tú no puedes desear realmente eso, verdad?

Aquí la controversia (pero sólo de la clase política) está garantizada. Para el militante de un partido decir «ley X», se vincula discursivamente a los efectos perniciosos sobre los que tanto nos han advertido. Decir «ley X», para el militante del partido rival está asociado a unos efectos beneficiosos incuestionables.

Aparentemente los enunciados de futuro tienen cierta ventaja, frente a los que mencionábamos al inicio. Puesto que algo efectivamente ocurrira tras la entrada en vigor de X, tal vez podamos evaluar los efectos de X y comprobar quien tenía razón. Pero la apariencia queda en eso. Prácticamente sean cuales sean los efectos, se magnifican, por parte de los interesados, los beneficios o desventajas obtenidos dependiendo de la posición política de origen. Con esta vuelta de tuerca se inicia el camino donde lo habíamos dejado.

MERTON explicó hace ya largo tiempo cómo, en ciertas condiciones, se auto-cumplen las profecías en la vida social. Resulta asombroso que nadie se avergüence de construir un determinado tipo de discurso político, por cierto, muy generalizado. Aquí no voy a hablar de comportamiento electoral ni haré un análisis del discurso político. No hace falta dedicarse a ninguna actividad académica para darse cuenta de los devastadores efectos de tales prácticas en la vida pública. De la vacuidad evidente, con o sin test de la negación, se pasa al absentismo electoral, de ahí al rechazo activo<sup>11</sup>, y la clase política parece no saber que «hay un mundo ahí afuera».

<sup>9</sup> En el programa electoral para las elecciones autonómicas 2010 del Partido Popular de Cataluña en [http://www.ppcatalunya.com/wp-content/uploads/2010/programa\\_castellano\\_LWR1.pdf](http://www.ppcatalunya.com/wp-content/uploads/2010/programa_castellano_LWR1.pdf).

<sup>10</sup> En el programa electoral para las elecciones autonómicas 2010 del Partido Popular de Cataluña en [http://www.ppcatalunya.com/wp-content/uploads/2010/programa\\_castellano\\_LWR1.pdf](http://www.ppcatalunya.com/wp-content/uploads/2010/programa_castellano_LWR1.pdf).

<sup>11</sup> El Centro de Investigaciones Sociológicas recoge en su estudio núm. 2.856 del mes de diciembre de 2010 el resultado que vemos en porcentajes como respuesta a la pregunta 18, formulada del siguiente modo (repase en la tercera de las líneas «la política»): «A lo largo de la vida para una persona hay cosas que son muy importantes, mientras que otras, por el contrario, carecen de importancia. Para cada una de las cuestiones que voy a leer a continuación, podra decirme si representan para Ud. en su vida, algo muy importante, bastante, poco o nada importante?».

En conclusión: la expresión de deseos y creencias ampliamente compartidos son una garantía, suponen poco riesgo porque carecen de contenido político. La cuestión de fondo es sencilla: digamos cosas que nadie pueda negar, ya que negarlas o admitir su negación sería absurdo, carece de sentido.

#### 4. EN OTRO ORDEN DE COSAS, EL QUE NOS INTERESA

Pero fijarme en el discurso electoral y en lo que a éste le ocurre cuando se le aplica el test de la negación es sólo algo instrumental. Lo que sí me interesa es la idea de fondo con la que cerraba el apartado anterior: que existan expresiones cuya negación desde la perspectiva de quienes las formulan, carezca de sentido.

En el ámbito de la teoría del Derecho no hay afirmación que formule una teoría que no sea puesta en cuestión por otra, así que negar lo que otro sostiene está al orden del día. Dicha discusión está cimentada, precisamente, en cuestionar las tesis centrales de los oponentes. Podría decirse que, contrariamente a lo que ocurre en el discurso político, en el debate iusteórico no se verifica el refrán «a río revuelto ganancia de pescadores», razón por la cual delimitar claramente la propia posición es un requisito.

El test de la negación ¿nos puede ayudar a tomar partido en el debate iusteórico? El test no nos brindará la ayuda necesaria para destilar opciones correctas. Lo que nos va a permitir es detectar polémicas construidas sobre no distinguir reglas de representación del resultado de haber usado dichas reglas. Usando el símil para las longitudes, sobre no distinguir el metro en tanto que patrón de medición y el metro como resultado de la medición. Una cosa es expresar una concepción sobre el Derecho y otra describir o evaluar fenómenos en el marco de dicha concepción.

En primer lugar será necesario presentar algunos conceptos básicos. También, por supuesto, necesitamos decir algo acerca de la noción de teoría a la que me refiero <sup>12</sup>.

En segundo lugar utilizaremos algunos debates al uso para ejemplificar lo dicho. La conclusión del análisis será poco halagüeña si lo que se pretende es dar con expre-

	Muy	Bastante	Algo	Poco	Nada	N.S.	N.C.
El trabajo	62,1	30,0	1,9	2,1	2,8	0,4	0,7
La familia	86,0	12,7	0,8	0,2	0,2	0,0	0,1
La política	6,1	21,3	16,4	31,7	23,4	0,6	0,5
El bienestar económico	44,0	50,9	3,7	0,8	0,0	0,1	0,5
El tiempo libre/ocio	35,2	50,9	8,3	4,2	0,6	0,2	0,6
La salud	86,9	12,4	0,4	0,1	—	0,0	0,2
Los/as amigos/as	41,9	48,0	7,0	2,1	0,3	0,4	0,2
La religión	8,4	20,2	16,5	29,9	24,2	0,5	0,2
Las relaciones de pareja	54,0	36,0	3,4	3,1	2,0	0,7	0,9

<sup>12</sup> «I will be using “a theory of law” in a narrow sense, as referring to an explanation of the nature of law. [...] The thesis I will be defending is that a theory of law is successful if it meets two criteria: first, it consists of propositions about the law which are necessarily true, and second, they explain what the law is». J. RAZ, *Can be a Theory of Law? The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, M. P. Golding y W. A. Edmundson, Oxford, Blackwell, 2005, 324-342, esp. 324.

siones aptas para la verdad, que podría ser el mínimo exigible para el contenido de las tesis de cualquier teoría.

## 5. PROPOSICIÓN. AFIRMACIÓN Y NEGACIÓN

Son muchas las definiciones de «proposición» que se manejan en el ámbito filosófico. Éstas guardan relación en algunos supuestos con lo que enseñan la lingüística, la semántica y por supuesto la lógica, aunque no siempre se puede obtener una visión panorámica clara. Podemos decir que la proposición es el contenido, o significado, de una oración que puede ser verdadera o falsa, pero no ambas cosas a la vez. También se sostiene que una proposición es el contenido de una oración, es decir, el conjunto de situaciones (a veces *mundos posibles*) en las cuales la oración es verdadera.

Una frase, como conjunto de grafías o palabras, no es una proposición. La frase u oración, se nos dice, es la forma lingüística en un idioma determinado que puede expresar una proposición.

Otra manera de definir «proposición» es considerarla la unidad semántica de la cual puede predicarse verdad o falsedad. Las órdenes o recomendaciones no pueden ser verdaderas o falsas: de ellas decimos más bien que son juiciosas o insensatas, seguidas o ignoradas, eficaces, justas o válidas. Verdad es la propiedad de la unidad semántica que describe adecuadamente, correctamente, el mundo. Verdad y falsedad pueden considerarse también simplemente como los valores lógicos de la unidad semántica descriptiva con sentido completo.

Pues bien, tomando cualquiera de estos puntos de partida cabe decir que si una frase, oración o enunciado (de ahora en adelante enunciado) expresa una proposición, también la negación de dicho enunciado expresa una proposición.

El punto crucial se encuentra en la distinción entre negación formal (no interpretada) y negación sustantiva o interpretada.

Veamos un ejemplo simple:

E1: El hombre es bueno por naturaleza.

De E1 puede decirse que expresa una proposición siempre que se esté de acuerdo en sostener que lo que expresa es verdadero o falso pero no las dos cosas a la vez y que ése sea el criterio para el uso de «proposición» que se utilice. Por supuesto, apelando a la ambigüedad puede sostenerse que no expresa proposición alguna argumentando, por ejemplo, que es una manifestación encubierta o implícita de deseos. Obviamente, si se rechaza la definición de «proposición» asumiendo que algunas proposiciones tienen valores de verdad distintos a verdadero y falso, mantener que E1 expresa una proposición no nos comprometería con el tercero excluido, que en general sí vamos a necesitar para nuestro propósito.

Mantengamos por el momento la postura más simple: E1 expresa una proposición por lo que o es verdadero o es falso. Bajo esa perspectiva sabemos alguna cosa más. Sabemos que si E1 es verdadero su negación es falsa, y viceversa.

E2: El hombre no es bueno por naturaleza.

Supongamos que alguien defiende la verdad de E2. Cuando lo hace puede ocurrir que los términos con los que se ha construido la expresión tengan un sentido que no pueda ser el que tenían en E1. Ello ocurre si no hay un referente para «hombre» común en ambos casos del que luego se diga que tiene o no tiene una propiedad, «bondad natural». Si quienes usan el término «hombre», en cada uno de los dos supuestos, lo está dotando de sentido incorporando o excluyendo la «bondad natural» según el caso, no se está realizando la predicación de propiedades opuestas al mismo referente. La relación entre los aparentes sujeto y predicado, por decirlo así, sería interna y, por tanto, no estaríamos ante una auténtica predicación. Si un enunciado es la negación de otro, en el debate, ambos contendientes deben otorgar el mismo sentido a los términos que funcionan como sujeto y predicado. Para la predicación entre particulares o descripciones de objetos sometidos a ubicación espacial y temporal el modelo es de lo más adecuado. El problema es que no siempre estamos materialmente ante una predicación copulativa. Podríamos decir que E1 y E2 no refieren a hombres, sino que nos dicen algo sobre el concepto de hombre, que son parcialmente constitutivos del sentido del término que en ellos se utiliza.

¿Pero eso no significa tan sólo que se están tomando las expresiones E1 y E2 como distintas definiciones parciales de «hombre» o como expresiones analíticas y no sintéticas?

## 6. RELACIÓN INTERNA

Existe un modo erróneo de entender la relación interna, puesto que la presencia de estas relaciones impide la construcción de una negación sustantiva de la expresión. Tomemos una definición material o una expresión analítica, de las que se denominan «verdaderas por definición»: E3: «Todos los solteros son hombres no casados» y sus negaciones formales, E4: «Algunos solteros no son hombres no casados», E5: «Algunos solteros son hombres casados». La idea de relación interna no es meramente la que llevaría al aguijón semántico. Esto es, si E4 y E5 son verdaderos, entonces simplemente se está hablando de algo distinto a lo que se hablaba en E3. Conformarse con la conclusión se «habla de otra cosa» es un error, porque aunque se trata de eso, no sólo se trata de eso.

En el diccionario sobre el trabajo de WITTGENSTEIN elaborado por H. JOHANN GLOCK<sup>13</sup>, qué cuenta cómo relaciones internas queda definido del modo siguiente: «*relations which could not fail to obtain, since they are given with or (partly) constitutive of the terms (objects or relata), such as white's being lighter than black*». Esta idea de WITTGENSTEIN proviene del *Tractatus*, en el que ofrece una definición de propiedad interna:

«Una propiedad es interna si resulta impensable que su objeto no la posea. / (Este color azul y aquel están *eo ipso* en la relación interna de más claro y más oscuro. Es impensable que *estos* dos objetos no estuvieran en esa relación)»<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> H.-J. GLOCK, *A Wittgenstein Dictionary*, Oxford, Blackwell, 1996, 189.

<sup>14</sup> L. WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, trad. de J. Muñoz e I. Reguera, Madrid, Alianza, 1987, 3.<sup>a</sup> reimpresión, § 4.123, 1922, 69.

Con todo, a lo largo de la evolución del pensamiento de WITTGENSTEIN, dicha relación dejó de ser entendida tan sólo como propia del lenguaje fenomenológico, y se extendió al lenguaje intencional, sirviendo para entender ideas tan distintas como el seguimiento de reglas o la comprensión de acciones intencionales.

Solicitar una justificación de la relación interna, o plantearse una duda acerca de si dicha relación es predicable de un par de elementos carece de sentido. En cierto modo, la relación es constitutiva de lo relacionado de manera que no es posible, coherentemente, negar la relación sin que se esté «hablando de otra cosa» o *haciendo referencia a otro elemento*. Pero entenderlo así, como dije, es lo propio de aceptar la corrección del argumento del aguijón semántico<sup>15</sup>.

Si se presupone la verdad de la negación de un enunciado que expresa una concepción, entonces los términos que aparecen en dicha negación no pueden tener el mismo significado que tenían en la concepción de partida. Veamos algunos ejemplos:

a) Supongamos el enunciado «Ningún objeto es simultáneamente completamente rojo y completamente azul», al considerar las condiciones que harían verdadera su negación «Algún objeto es simultáneamente completamente rojo y completamente azul», resulta imposible mantener el significado de todas las palabras en la afirmación y en la negación. Es decir, si la negación fuese verdadera, «completamente», «simultáneamente», «objeto», «rojo» etc., no podrían tener el significado que tienen en la afirmación.

b) Supongamos la verdad de la negación de «No puede existir un mundo en el que todo sea distinto», es decir, la verdad de «Puede existir un mundo en el que todo sea distinto», entonces, «mundo» «todo» o «distinto» no podrían tener el mismo significado en ambas expresiones.

c) Supongamos la verdad de «Puedo sentir el dolor de otros» como la negación de «No puedo sentir el dolor de otros», tenemos que reconocer que en cualquier mundo que el primer enunciado fuese verdadero, «dolor» no podría significar lo mismo que en el mundo en que el segundo enunciado fuese verdadero<sup>16</sup>.

El corolario de estos ejemplos es que *mientras los términos tienen el sentido que se les otorga por una concepción su negación carece de sentido*. La negación de un enunciado básico en una concepción, que lo está usando como tal, carece de sentido en el sistema de esa concepción ya que éste constituye una regla de representación, y por tanto la expresión que muestra cuál es el sentido de otras<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, HUP, 1986.

<sup>16</sup> Que un enunciado sea la negación sustantiva de otro presupone una identidad semántica de algún tipo entre los componentes de los enunciados. Quien admitiese un concepto de proposición de carácter veritativo funcional, tendría que decantarse por, o bien admitir que en ciertos casos las condiciones de verdad de un enunciado no son las condiciones de falsedad de su negación, o bien admitir que si ese tipo de expresiones existe, entonces no expresa una proposición.

<sup>17</sup> Así, MOORE escribe en las anotaciones de las clases impartidas por WITTGENSTEIN en Cambridge: «¿Acaso “No puedo sentir su dolor de muelas” no significa que “Siento su dolor de muelas” no tiene sentido?» [KLAGGE y NORDMANN, 1993, 91. La publicación *Philosophical Occasions 1912-1951* a cargo de KLAGGE y NORDMANN en 1993 recoge con algunas correcciones del propio MOORE los apuntes y comentarios de clase aparecidos en *Mind*, 1954, 63 (1-15) y (289-315), y 1955, 64 (1-27 y 264) con el título «Las clases de Wittgenstein durante el periodo 1930-1933». La cita se corresponde con una explicación ofrecida por WITTGENSTEIN, según MOORE, sobre el sinsentido de una expresión que mencionó al final del periodo (entre mayo de 1932 y el último trimestre de 1933)].

No suele prestarse atención a la formación de las concepciones individuales o colectivas ni a los modos de comprensión subyacentes que otorgan sentido identitario a los sujetos y a las colectividades. Por ejemplo, la concepción de aprendizaje académico que yo poseo, y sobre la que puedo no haber reflexionado jamás, no puede desprenderse, desprenderse o disociarse de la idea de creatividad. Ésta puede ser mayor o menor, pero presupongo que algún grado de creatividad está siempre involucrado en el aprendizaje. Podría decir que me resulta inconcebible, que sin creatividad se pueda aprender no porque no pueda imaginar otra concepción de aprendizaje, sino porque nada de lo que digo y hago dotando de sentido por mi propia concepción podría tener el sentido que tiene si el aprendizaje fuese algo meramente mimético o repetitivo: no contaría como aprendizaje académico y no identificaría como tal dicha actividad.

## 7. LA POSTURA DE RAZ

J. RAZ se ha preguntado acerca de la posibilidad de que exista una teoría del Derecho<sup>18</sup>. Para entender el concepto de teoría del Derecho que utiliza valgan sus propias palabras: «*I will be using "a theory of law" in a narrow sense, as referring to an explanation of the nature of law. [...] The thesis I will be defending is that a theory of law is successful if it meets two criteria: first, it consists of propositions about the law which are necessarily true, and second, they explain what the law is*».

El texto de RAZ es muy estimulante. Señala con claridad algunos de los problemas epistemológicos involucrados en el tratamiento de nociones como significado, concepto y explicación que hasta la fecha se encuentran latentes en el debate iusteórico. RAZ presenta un mapa utilizando los elementos: significado de las palabras, conceptos y sus casos de aplicación.

El modelo teórico constituido por los elementos palabra-significado-cosa es especialmente embaucador. Generalmente se construye y se presenta utilizando ejemplos de la función nominativa del lenguaje, y además para palabras de clase que con frecuencia nombran algún tipo de entidad u objeto empírico. Casi con toda seguridad su aprendizaje escolar trae origen en el proyecto saussuriano de la significación, y su aprendizaje filosófico en las sucesivas construcciones de FREGE, RUSSELL, CARNAP. En este modelo por un lado tenemos palabras, entendidas como símbolos, por otro sus significados, y por último aquello a lo que se refieren. La relación entre el significante o símbolo y el significado es arbitraria, por lo que el uso correcto de la palabra dependerá de cuál sea el significado asociado a ésta. A veces se habla de criterios de uso, y a veces del concepto involucrado.

RAZ entiende que este modelo puede dificultar entender en qué consiste una teoría del Derecho. La forma en que se conciben objetos y fenómenos depende de los conceptos, tanto para el filósofo como para cualquier persona. Los conceptos, nos dice, se encuentran entre los objetos y las palabras. Nos advierte de que si se exagera la relación de los conceptos con las palabras, éstos se llegan a considerar el significado de los tér-

<sup>18</sup> J. RAZ, «Can There Be a Theory of Law?», en M. P. GOLDING y W. A. EDMUNDSON (eds.), *The Backwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, 324-342.

minos. Por otro lado, si se hace hincapié en el polo contrario, hablar de conceptos se convierte en hacerlo de la naturaleza de los objetos. En este caso explicar los conceptos y la naturaleza de esas cosas u objetos se convertiría en actividades equivalentes. Hay quien entiende que no hay dificultad en conjugar ambas posturas mediante el análisis conceptual.

Para RAZ, en ambas posturas hay algo correcto, pero también algo erróneo. Los conceptos, nos dice, son cómo concebimos los aspectos del mundo y están entre éste y las palabras y sus significados por una parte y entre las cosas o fenómenos por otra. De esta forma considera, por ejemplo, que HART en su trabajo no estaba diciéndonos nada sobre la palabra «Derecho» dada su forma de excluir muchos de los significados de esa palabra. Por ejemplo, todos los significados relacionados con las normas religiosas y matemáticas quedaron excluidos de *su concepto de Derecho*. La pretensión es teórica cuando se quiere decir algo sobre la naturaleza de los fenómenos, y ése entiende que era el caso de HART.

RAZ explica su visión a partir de las ideas de poseer y entender un concepto ¿En qué condiciones es verdad que alguien posee y entiende un concepto? Los conceptos difieren entre sí por la información que se necesita para tener y entender uno de ellos, y por las competencias y habilidades involucradas en su posesión. Si entender un concepto es conocer la cosa o fenómeno, comprender un concepto es conocer esa cosa o ese fenómeno conociendo sus rasgos necesarios.

Se tiene competencia completa sobre un concepto si se conocen y comprenden todos los rasgos necesarios de los objetos a los que se aplica. Triángulo equilátero y triángulo equiángulo no son conceptos idénticos aunque las propiedades de estos triángulos sean todas ellas las mismas. Se aplican a las mismas figuras por razones diferentes, en un caso por su propiedad de ser equiláteros y en el otro por ser equiángulos. Así es posible decir que las condiciones mínimas para poseer ambos conceptos son diferentes, y de ahí que sean conceptos distintos. Un completo conocimiento de ambos conceptos haría que se pudiesen utilizar para comprender el tipo de triángulo al que ambas se refieren al saber que tienen las mismas propiedades necesarias y por ello son los mismos triángulos.

RAZ sostiene que las condiciones que una teoría del Derecho debe cumplir para ser tal es que esté integrada por expresiones *necesariamente verdaderas* del Derecho y *que a su vez expliquen* el fenómeno. Por ello le resulta útil la propuesta que PUTNAM hizo para abandonar la idea de que el significado de los términos nos da la información necesaria para identificar los fenómenos a los que éstas se refieren. Pero el uso del modelo de PUTNAM no refuerza la postura de RAZ.

Si un concepto es de naturaleza intensional y por ello dependiente de creencias, no cumple con los requisitos que van a permitir el error generalizado, que juega un rol fundamental en el supuesto de las clases naturales. Por eso la comunidad que no tiene nuestro concepto de Derecho no está cometiendo un error generalizado cuando sostiene que es necesariamente verdad del Derecho algo que nosotros consideramos contingente.

Si se dijese que existen varios conceptos de Derecho, entendidos como varios significados para la palabra «Derecho», esto no puede satisfacer la pretensión de RAZ

ya que la teoría del Derecho no sería un conjunto de proposiciones necesariamente verdaderas del objeto al que le es aplicable nuestro concepto de Derecho.

¿Pero qué ocurre si seguimos a RAZ a partir de nuestra idea de expresión de una concepción? Si se toma una de esas proposiciones, siendo como es necesariamente verdadera, su negación tendrá que ser necesariamente falsa. Para que lo sea, tendrá que ser la negación, no meramente formal, sino sustantiva de la proposición.

Supongamos que una de las proposiciones relevantes en la teoría fuese E6: «El contenido del Derecho no depende de su mérito moral». Si lo dicho en E6 es necesariamente verdadero del Derecho, entonces E7: «El contenido del Derecho depende de su mérito moral» tiene que ser necesariamente falsa, PERO ANTES tiene que ser la negación de la primera. Para que una proposición sea la negación de otra, como dije, es de suponer que los símbolos que se usen representan en ambos casos los mismos conceptos, así que «contenido del Derecho» «depender» «mérito moral», o cualquier otra palabra (de otro lenguaje natural) o símbolo debe mantener esta característica. Ello es necesario si se defiende el principio de composición en el lenguaje. Si no se da esta condición podría ocurrir que ambas expresiones fuesen verdaderas, lo que supondría admitir que una no es la negación de otra. Quien sostiene, en lo que se supone que es un debate entre teorías del Derecho (o entre propuestas que aspiran a llegar a ser teorías del Derecho) que «el contenido del Derecho depende de su mérito moral» es imposible que esté usando el mismo concepto de contenido del Derecho que quien sostiene lo contrario, puesto que en su uso decir «contenido del Derecho» es decir «contenido con mérito moral».

Si una forma de entender que cierta proposición es necesariamente verdadera consiste en decir que establece una relación interna (o un vínculo conceptual) entre los elementos relacionados, entonces negar la relación interna no va a tener éxito —en el sentido de producir una negación del primero—: se convierte para quien parte de ese lugar en un sinsentido. Recuérdese que los enunciados no son objetos que significan, sino que significan *para sujetos* situados en algún espacio de significación.

Cuando RAZ habla de «proposiciones necesariamente verdaderas» sobre el Derecho, está hablando de lo que no puede ser negado con sentido. Pero dos elementos diferencian su punto de partida con el que aquí se defiende: en primer lugar la idea de verdad no puede aquí jugar un papel, a menos que lo jugase la idea de verdad por definición que es completamente distinta a la idea de verdad por correspondencia o por adecuación de cualquier tipo. Si la expresión es verdadera, su negación es falsa, pero dicha negación en el sistema de reglas de representación de RAZ sería un sinsentido<sup>19</sup>. El segundo punto de diferencia es el carácter de necesidad. RAZ está obligado a echar mano de la noción de mundo posible, de necesidad metafísica o alguna similar para poder hablar de *necesidad*, no puede llegar a defender la universalidad que requiere su propuesta porque la visión o concepción alternativa queda como una falsedad. Para decirlo de otra manera, si RAZ consigue que los enunciados sean necesariamente verdaderos, no serán explicativos; y si son explicativos, no serán necesariamente verdaderos<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Hay que distinguir *senseless* y *meaningless* en WITTGENSTEIN, a partir de las comparaciones de su primera y segunda época. Para ello son muy útiles las aclaraciones que hiciera (lectura de videoconferencia) VON WRIGHT en el congreso *Wittgenstein research revisited*, Bergen (Noruega), 12-15 de diciembre de 2001.

<sup>20</sup> *Vid.* para la discusión de la propuesta de RAZ, J. RAZ, R. ALEXY y E. BULYGIN, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007.

El rasgo que puede despertar mayor recelo si seguimos mi línea argumental, y desde luego con razón, es el de la aparente defensa de un relativismo fuerte. Produce pánico decir que si la expresión de partida es «Las mujeres no son seres inferiores a los hombres», aquí lo que tenemos es meramente la expresión de una concepción y que dicho enunciado no expresa una verdad, necesaria o tan sólida como podamos hacerla ser. Si la negación formal «Las mujeres son seres inferiores a los hombres» es a su vez otra expresión de una concepción tenemos el siguiente panorama: quien enuncia la primera tiene que decir que la otra carece de sentido, pero no que es falsa.

La expresión en cuestión tiene, al menos, tres tratamientos posibles.

El primero es el que haría una lectura externa de la relación que establece entre sus elementos. Eso presupone un criterio, por ejemplo biológico, para la clasificación de elementos, y una comparación con criterios a su vez compartidos. Esto es, la primera lectura permite decir que una de ellas es verdadera y la otra falsa. Aquí la lectura tradicional sabe que el criterio biológico podría llegar a decir que se da dicha inferioridad (al menos que hay diferencia biológica), y por eso cabría la segunda lectura: decir que se trata de ofrecer una propuesta normativa: no deben ser consideradas inferiores o deben serlo. Ese tratamiento tampoco genera conflicto para quien no necesite como criterio de selección de normas la verdad.

El tercer tratamiento, el que habla de una vinculación interna entre los elementos y que por tanto sostiene que son la expresión de concepciones, ¿nos podría llevar a decir que son dos concepciones igualmente valiosas? Pero ese temor es infundado porque ¿desde dónde vamos a concebir ambas como igualmente valiosas o indiferentes? Desde el espacio de significación en el que nos expresamos tenemos también una concepción de lo que es o no igualmente valioso.

Así, el reconocimiento de concepciones diversas, cuando éste es posible, no nos obliga a tratarlas como igualmente valiosas. Como digo, para que esto llegase a producirse el punto de vista de partida (o si se prefiere, la concepción de partida) tendría que permitirlo. Un ejemplo tradicional que permite hablar de expresivismo moral es el de los gustos alimenticios (u otros). La lectura metaética de enunciados morales desde el expresivismo consiente en tratarlos como la manifestación de preferencias. Hay a quien le gusta el gazpacho y hay a quien no le gusta en absoluto. Tan legítima o adecuada es una preferencia como la otra: «sobre gustos no hay nada escrito». No obstante, la crítica más simple a esta postura es aquella que muestra la polémica entre «gustos morales» como un error categorial<sup>21</sup>.

La concepción que tenemos de los gustos alimenticios (o de cualquier otro tipo de gusto) es tal que la pluralidad igualmente aceptable es constitutiva de la noción de gusto y de la práctica sobre gustos. De ahí que no se comparta por todos la concepción que hace de la moral una práctica subjetiva asimilable a la de los gustos personales. Vale decir que la dificultad no es sólo que no se siga del reconocimiento de concepciones diversas sobre lo mismo su equivalencia valorativa, sino que ese reconocimiento, el de que son concepciones sobre *lo mismo*, es también problemático.

<sup>21</sup> La idea de error categorial en este caso es del tipo de la propuesta por RYLE. G. RYLE, *El concepto de lo mental*, trad. de E. Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1967, 14.

## 8. UN PAR DE EJEMPLOS

Es bien conocida la polémica que, en especial en Estados Unidos de América, existe entre los defensores de las teorías evolucionistas, neodarwinistas, y quienes se oponen a ellas esgrimiendo lo que se conoce como explicación del «diseño inteligente». En modo muy breve: quien avala el diseño inteligente sostiene que explicar la presente configuración de la biología humana a partir de las mutaciones azarosas del ADN y el mecanismo de selección natural no resulta algo en modo alguno concluyente. Los miembros del *Discovery Institute* —radicado en Seattle, <http://www.discovery.org>— son escépticos respecto de la capacidad explicativa de la teoría de la evolución y creen que merece mayor reconocimiento científico concebir la vida humana como el producto de un diseño inteligente. Si bien insisten en que el diseñador no tiene por qué ser determinada deidad, objeto de culto en una concreta confesión o práctica religiosa, la opción de que un dios haya diseñado el proyecto de la vida, arguyen, no puede excluirse y en sus investigaciones todo apunta precisamente a eso. Se presentan como una concepción científica en biología apartada del Creacionismo. Entre las distintas defensas que esgrimen aparece una específica prueba de la negación elaborada por P. NELSON. El argumento de NELSON viene a ser, también expuesto muy someramente a través de una pregunta, el siguiente: ¿Cómo puede sostenerse que el estatuto epistemológico de la expresión «Todos los organismos que pueblan la Tierra comparten un ancestro común» es científico y simultáneamente que una expresión que no es más que la negación formal de la anterior «No es el caso que todos los organismos que pueblan la Tierra compartan un ancestro común» sea calificado de enunciado religioso?

El ejemplo resulta interesante. Con independencia de la opinión que merezca la polémica y de la postura que se tenga al respecto, lo cierto es que la negación formal de los enunciados generales de este tipo nos enseña algo. Obviamente uno de los enunciados es la negación formal del otro, pero ¿quiere eso decir que también uno es la negación material o sustantiva del otro? Para que así fuese la vinculación entre «todos los organismos que pueblan la Tierra» y «compartir un ancestro común» tendría que ser externa para los participantes de la polémica. Sin embargo, a este nivel de abstracción o generalidad, creo que no puede formularse una oposición teórica, sino de concepciones, esto es, no se están presentando relaciones externas, sino internas. Un neodarwinista no concibe (so pena de no ser un neo-darwinista) a todos los organismos que pueblan la Tierra como organismos que no compartan un ancestro común. Es decir, al hablar de todos los organismos que pueblan la Tierra, habla de seres con un ancestro común; y lo hace porque al usar «organismos que pueblan la Tierra» se compromete con una inferencia material del tipo «sí algo es un organismo que puebla la Tierra, entonces comparte un ancestro común con el resto de organismos». Por su parte, quien defiende el diseño inteligente puede separar conceptualmente las nociones involucradas y hacerlo sin mayor dificultad, es más, ése es su propio postulado. Está negando la inferencia material en cuestión.

Resulta ilustrativo ver qué ocurre si a alguien que no participa de la polémica se le pide que «tome partido». Para ello estará interesado, antes de solicitar «pruebas» que avalen las posturas, en entender el carácter del conflicto con un análisis más detenido. Un «observador» que esté intentando comprender la polémica, como yo misma al

redactar estas líneas, parece que va a tener ciertas posibilidades de éxito en la tarea de convertir las afirmaciones en liza en la expresión de relaciones externas. Puede otorgar un sentido a la expresión «Todos los organismos que pueblan la Tierra» —de ahora en adelante A— y un sentido unívoco e independiente para la propiedad relacional «compartir un ancestro común»<sup>22</sup> —de ahora en adelante B—, y ver la polémica como una en la que un bando dice que A tiene la propiedad relacional<sup>23</sup> B, y otro que ése no es el caso. ¿Qué impide que lo que aquí esté en juego sea la verdad de una afirmación o la de su negación, siendo ambos casos la expresión de una relación externa? En principio nada, sólo que quienes no tienen una concepción determinada al respecto pueden considerar el carácter contingente (teórico o científico si se prefiere) de la vinculación, y eso no es posible para cualquiera. Veamos un último caso.

En la *Historia* de HERODOTO<sup>24</sup>, para mostrar que las costumbres de los pueblos tienen enorme poder en la conformación de las convicciones más profundas se narra una escena protagonizada por el rey Darío<sup>25</sup>. El rey persa se dirigió a los griegos de su corte preguntándoles por cuánto dinero cambiarían su rito funerario de honra a los padres —consistente en la cremación de los cuerpos— por el rito por el del pueblo dravídico del interior de la India —que era una práctica caníbal puesto que comían sus cuerpos—. Los griegos respondieron que por precio alguno. Después preguntó a los Calatías, el pueblo indio, por cuánto dinero consentirían en quemar a sus progenitores tras su muerte, y éstos también se ofendieron ante lo que entendieron una blasfemia. Ambas comunidades consideraban una aberración la costumbre ajena, y no podían describir aquello que hacían los demás como su forma de honrar a los padres. La descripción física de lo que hacían unos y otros podía coincidir, pero no una en la que se predicase «estar honrando a los padres»<sup>26</sup>. Nótese que una hipotética polémica entre tales indios y griegos puede presentarse como la pugna entre dos concepciones *del mismo* concepto, o como una disputa verbal acerca de la expresión «honrar a los padres». De hecho, el observador tiene la posibilidad de elegir entre las dos consideraciones, cuando es él quien decide que son «dos formas de hacer *lo mismo*», o «dos formas *distintas* de regimenter el uso de “honrar a los padres”». En esta narración Darío ocupa el lugar del observador. No obstante cada pueblo mantiene una concepción que no puede ser «concebida» por el otro. Para los griegos de este pasaje honrar a los padres en un rito funerario *está constituido* por su cremación. Nada cuenta como rito funerario si no se lleva a cabo esa cremación porque eso ES el rito funerario.

<sup>22</sup> Es la idea simple de que mis hermanos y yo compartimos unos progenitores.

<sup>23</sup> Recuérdese que A sustituye a una expresión que presupone una colección de objetos y por ello es posible decir que tiene una propiedad relacional; la tienen los objetos de esa colección.

<sup>24</sup> HERODOTO, *Historia*, Libros III y IV, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, 1979, 88-89.

<sup>25</sup> «Darius, after he had got the kingdom, called into his presence certain Greeks who were at hand, and asked: “What he should pay them to eat the bodies of their fathers when they died?”. To which they answered, that there was no sum that would tempt them to do such a thing. He then sent for certain Indians, of the race called Callatians, men who eat their fathers, and asked them, while the Greeks stood by, and knew by the help of an interpreter all that was said: “What he should give them to burn the bodies of their fathers at their decease?”. The Indians exclaimed aloud, and bade him forbear such language». HERODOTUS (440 BCE): *The History of Herodotus*, trad. de G. Rawlinson, *The Internet Classics Archive* by Daniel C. Stevenson, <http://classics.mit.edu/Herodotus/history.3.iii.html> (consulta realizada el 27 de julio de 2005).

<sup>26</sup> Una afirmación de ese tipo siempre sería un juicio de valor. Vid. R. W. HALL, «The Controversy of Convention or Nature as the Basis of the State», en *Plato*, London, George Allen & Unwin, 1981, 13-30, esp. 17.

La diferencia entre «existen dos concepciones de lo mismo», o «llaman de la misma forma a dos cosas distintas», sólo tiene sentido cuando hay un modo de identificar *lo mismo* o *lo distinto* de manera independiente, y ello nunca puede ser en términos absolutos. No se puede ofrecer un criterio general de qué es *igual* o *distinto* (una definición de qué es *lo mismo* y que es *distinto* desde ningún lugar). Las distinciones relevantes para ello las ofrece el lenguaje; esto es, un conjunto de conceptos relacionados, tal vez inferencialmente, que adquieren contenido en prácticas de uso.

En una discusión sobre si dos cosas son iguales, ¿cómo se determinaría que estamos en presencia de dos cosas o dos tipos de eventos y no una o uno? Sea lo que sea lo que se haya usado como criterio, será un elemento diferenciador que haga que no pueda decirse que son idénticas. Cuando aquello con lo que hemos determinado —aquello con lo que justificamos— que son dos cosas o fenómenos es un criterio de individuación dentro de una clase, la diferencia existente es irrelevante por lo que hace, obviamente, a la pertenencia a la clase. Si aquello por lo que hemos determinado que son dos objetos es un criterio de identificación, igualarlas supone una clase en la que incluir ambas subclases. Así las cosas, podemos decir que estamos ante propuestas o concepciones distintas, pero ¿cómo se elige entre concepciones? Hay quien diría que todo depende del significado de nuestras palabras y que éste a su vez tiene carácter meramente estipulativo. Bastaría pues con estipular el sentido de nuestras expresiones. Yo creo que elegir o secundar una concepción se parece más a cómo nos relacionamos con las personas. Con la mayoría de personas no nos relacionamos porque no las hemos conocido ni las conoceremos. Con algunas personas que hemos conocido superficialmente no nos queremos relacionar y con otras nos atrae la idea de hacerlo por lo que hemos creído entrever. De algunas otras, que conocemos bien, podemos pensar que más valdría no haberlas conocido. Y, con suerte, siempre hay alguien que nos intriga, seduce e inspira más confianza y entusiasmo cuanto más lo conocemos. Creo que elegir entre concepciones es algo mucho más complejo que elegir entre definiciones estipulativas.



# META-METAÉTICA \*

Sergio Raponi

*Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)*

**RESUMEN.** Partiendo de la tradicional distinción entre dos niveles de la discusión ética (ética normativa y metaética), resulta insoslayable pasar, en algún punto del debate, a un tercer nivel de discusión (meta-metaética). Luego de presentar una *agenda* de las múltiples cuestiones que pueden ser incluidas en este tercer nivel, el trabajo se dirige hacia una de esas cuestiones en particular: la relación entre las distintas cuestiones de segundo orden. El análisis se concentra en la disputa entre dos hipótesis posibles (implicación vs. independencia) en torno a la relación entre cuestiones conceptuales y ontológicas. La conclusión es que la hipótesis de independencia cuenta con ciertas ventajas argumentativo-metodológicas respecto de la hipótesis de la implicación.

**Palabras claves:** meta-metaética, metaética, niveles de la discusión ética, multiplicidad de cuestiones éticas de segundo orden, independencia.

**ABSTRACT.** From the basis of the traditional distinction between ethics and meta-ethics, it is necessary to develop a new level of analysis, i.e. meta-metaethics. In this paper I detail the agenda of the most important topics that are included in this new level, and I mainly concentrate on the relationship between second order issues. In particular, I analyze the dispute between entailment vs. independence about the relationship between conceptual and ontological issues. As a conclusion I try to show that the hypothesis of independence plays a better role in methodological and argumentative contexts.

**Keywords:** meta-metaethics, metaethics, levels of ethical discourse, multiplicity of second order questions, independence in meta-metaethics.

---

\* Fecha de recepción: 20 de abril de 2010. Fecha de aceptación: 4 de mayo de 2010

## INTRODUCCIÓN

Si siguiendo una tradición muy respetable la discusión ética puede ser diferenciada en términos de dos niveles u órdenes (ética normativa y metaética)<sup>1</sup>. Ahora bien, tanto la discusión acerca de la relación que pueda darse entre estos dos niveles, como la discusión acerca de la posible relación entre las múltiples cuestiones de segundo orden abren a su vez la posibilidad de ascender un nivel más en el ámbito de la discusión ética. Este paso ha sido dado, aunque sólo aisladamente, por algunos filósofos morales clásicos, y de hecho sólo ha sido escasamente intentado en la discusión filosófico-moral reciente. Falta, en ambos casos, una reconstrucción más general y sistemática en relación con este tercer nivel de la discusión ética.

Un primer objetivo de este trabajo es sugerir una agenda provisoria de las múltiples cuestiones que podrían incluirse en un tercer nivel de la discusión ética (meta-metaética). En este sentido, esta agenda constituye un enfoque *sobre* la meta-metaética. Un segundo objetivo de este trabajo es dirigirse hacia una de esas cuestiones de tercer orden en particular, tratando de fijar allí una posición *dentro* de la meta-metaética.

### 1. LOS NIVELES DE LA DISCUSIÓN ÉTICA

El auge de la teoría analítica en el siglo XX resultó determinante en la utilización (y propagación) de la distinción entre niveles discursivos (lenguaje objeto y metalenguaje). Esta distinción resultó un presupuesto indispensable para la comprensión y posterior solución de diversas paradojas y dilemas filosóficos tradicionales<sup>2</sup>. La filosofía moral incorporó inmediatamente la distinción entre niveles del discurso ético. Así, el lenguaje objeto (esto es: el lenguaje ético de primer nivel) está conformado, básicamente, por los juicios y argumentos morales ordinarios<sup>3</sup>. Respecto de estos juicios se efectúa, en un segundo nivel (meta-lenguaje), el correspondiente análisis lingüístico-conceptual. De este modo, la búsqueda del *significado* de los términos éticos y, en general, la reconstrucción de los presupuestos y la lógica del discurso moral ordinario se convirtió

<sup>1</sup> Más allá de las sospechas que algunos importantes teóricos han lanzado sobre la distinción entre niveles de la discusión ética (cfr. B. WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, Fontana, 1985, 73), otros teóricos igualmente importantes han confiado en la utilidad de esa distinción (cfr. J. MACKIE, *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London, Penguin Books, 1977, 9; M. SMITH, *The Moral Problem*, Oxford, Blackwell, 1995, 1).

<sup>2</sup> Especialmente a partir de la teoría de los tipos elaborada por B. RUSSELL (cfr. B. RUSSELL, «La lógica matemática y su fundamentación en la teoría de los tipos», en *Lógica y conocimiento*, Madrid, Taurus, 1981, 102-110).

<sup>3</sup> Para aludir a este primer nivel del discurso ético es común la denominación de «ética normativa». Es fácil encontrar ejemplos de cuestiones correspondientes a este nivel en casi todos los tratados filosóficos morales. Estas cuestiones van desde problemas éticos particulares como el de quien se plantea la acción de devolver una billetera que ha encontrado en la calle (cfr. M. SMITH, *op. cit.*, 1), hasta problemas más generales relativos a la justificación de diversas instituciones o prácticas sociales, tales como: aborto, pena de muerte, etc. Para una exposición más elaborada sobre la naturaleza y contenido de los juicios éticos de primer orden puede recurrirse, entre muchos otros, al trabajo de FRANKENA (cfr. W. FRANKENA, *Ethics*, London, Prentice Hall, 1963). Para una interesante distinción de niveles dentro del discurso moral *vid.* el trabajo de AIKEN (cfr. H. AIKEN, «The Level of Moral Discourse», *Ethics*, vol. LXII, núm. 4, July, 1952, 235-248).

en el tema dominante de gran parte de la discusión filosófico-moral del siglo XX (por lo menos en la tradición anglosajona y en sus ámbitos de influencia)<sup>4</sup>.

En esta línea, por ejemplo, W. D. HUDSON afirmaba que la ética de segundo orden trata, no de lo que la gente debe hacer (ética de primer orden), sino de lo que la gente hace cuando habla acerca de lo que debe hacer; esto es: ¿cuál es el *significado* del lenguaje moral? Para referirse a esta distinción utilizaba tanto la terminología de «lenguaje moral de primer y de segundo orden», como la de «discurso moral y filosofía moral», o la de «ética y metaética»<sup>5</sup>.

Otro referente insoslayable de la tradición analítica, como lo es R. M. HARE, aunque no utiliza explícitamente la distinción entre niveles, distingue sin embargo entre, por un lado, los argumentos morales prácticos o cuestiones morales sustantivas y, por otro lado, la filosofía moral o ética teórica (como rama de la lógica, en particular de la lógica modal), a la cual corresponde el estudio formal de los conceptos morales, de su uso, y de su significado en un sentido amplio<sup>6</sup>.

A pesar de esta tendencia<sup>7</sup>, la discusión ética de segundo orden fue progresivamente reincorporando una variedad más amplia de cuestiones filosófico-morales<sup>8</sup>.

En los años setenta (en la misma época en que HUDSON editaba su ya clásico libro sobre la filosofía moral contemporánea, de corte claramente analítico)<sup>9</sup>, MACKIE<sup>10</sup> ponía en cuestión las prioridades filosóficas que fijaba la tradición metaética dominante. Proponía en cambio una aproximación filosófica más arriesgada dispuesta a incursionar en la, para aquel entonces menospreciada, metafísica u ontología moral. En aquel momento resultaba fundamental rescatar una distinción (obvia, aunque paradójicamente descuidada), entre dos tipos de cuestiones de segundo orden<sup>11</sup>. Por un lado, se destacan las cuestiones *conceptuales*, relativas al análisis y a la adecuada comprensión del lenguaje moral en general (tanto el ordinario como el de la tradición filosófica). La investigación en esta línea revelaría, según MACKIE, la existencia de una *pretensión de objetividad* por parte del discurso moral, lo que se corresponde con una interpretación *descriptivista* del mismo. Por otro lado, se destacan las cuestiones *sustantivas*, relativas al *status* (ontológico) de los valores (objetivos-prescriptivos) supuestos por el lenguaje moral, esto es, a su lugar en el *entramado del mundo*. En este dominio MACKIE favo-

<sup>4</sup> La filosofía moral tradicional también reconocía algún tipo de distinción entre dominios de la reflexión moral (por ejemplo, entre filosofía moral y moral aplicada, o entre filosofía moral y moral práctica (cfr. D. HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, Madrid, Editora Nacional, 1981, 878). Sin embargo, esta distinción no se efectuaba en término de niveles del discurso.

<sup>5</sup> Cfr. W. D. HUDSON, *La filosofía moral contemporánea*, Madrid, Alianza, 1974, 17.

<sup>6</sup> R. M. HARE, *Ordenando la ética*, Barcelona, Ariel, 1999, cfr. esp. cap. 3: «Taxonomía», 49-51.

<sup>7</sup> En casos como el de FRANKENA, por ejemplo, aunque destaca la prioridad de las cuestiones justificatorias sobre las conceptuales, termina concentrando la discusión filosófica en estas últimas (cfr. FRANKENA, *op. cit.*).

<sup>8</sup> En las reconstrucciones más recientes de la problemática metaética se destaca más claramente esta multiplicidad de cuestiones de segundo orden (cfr. G. SAYRE MCCORD, «Metaethics», en: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2007; <http://plato.stanford.edu/entries/metaethics/>).

<sup>9</sup> HUDSON, *op. cit.*.

<sup>10</sup> Especialmente él (cfr. MACKIE, *op. cit.*), aunque también otros autores como HARMAN (cfr. G. HARMAN, *La naturaleza de la moral*, México, UNAM, 1983).

<sup>11</sup> El término utilizado para aludir a esta distinción es el de «multiplicidad» de cuestiones de segundo orden (cfr. MACKIE, *op. cit.*, esp. cap. 1, punto 3, 19-20).

rece la tesis según la cual no existen en el mundo los valores objetivos-prescriptivos presupuestos, por lo que resulta un *error* (esto es: *falsa*, aunque no un sinsentido), la pretensión de objetividad detrás del lenguaje moral, lo que se corresponde con una posición *antirrealista*. Esta distinción le servía a MACKIE para aclarar que su posición, a la que denomina «subjetivismo moral» (también: «escepticismo moral»), se trataba de una tesis ontológica (en definitiva: antirrealismo), la cual no debía ser confundida con el «subjetivismo conceptual» (no-descriptivismo)<sup>12</sup>.

Uno de los puntos más interesantes de la posición de MACKIE es que la combinación metaética por él propuesta (descriptivismo/antirrealismo) vino a romper con una larga tradición que, o bien reducía la discusión de segundo orden a una única cuestión significativa (el análisis conceptual), o bien, aunque reconocían una *multiplicidad* de cuestiones de segundo orden (al menos la distinción conceptual/sustantivo), señalaba sin embargo la existencia de algún tipo de relación de implicación entre ellas, de modo que, por ejemplo, descriptivismo (tesis conceptual objetivista) se vincula necesariamente con realismo moral (tesis ontológica objetivista) y, correspondientemente, no-descriptivismo (tesis conceptual subjetivista) se vincula necesariamente con antirrealismo moral (tesis ontológica subjetivista).

Este cambio de énfasis en *la tarea* de la metaética (multiplicación de las cuestiones metaéticas y revalorización de la discusión ontológica), ha sido relativa y tardíamente asimilado por la discusión filosófico-moral contemporánea. En muchos casos se hace una concesión al tratamiento de cuestiones ontológicas, pero se sigue considerando al análisis conceptual como la tarea fundamental de la filosofía moral<sup>13</sup>.

Aun así, y en consonancia con la iniciativa de MACKIE, la discusión filosófico-moral continuó reincorporando distintas cuestiones metaéticas clásicas que habían sido descuidadas por la tradición dominante. Esta multiplicidad *ampliada* de cuestiones de segundo orden puede incluir, por un lado, cuestiones que siendo básicamente descriptivas admiten un tratamiento filosófico, como es el caso del análisis lingüístico-conceptual del discurso moral ordinario<sup>14</sup> o el de la psicología moral<sup>15</sup>; y por otro

<sup>12</sup> La distinción entre cuestiones de significado y cuestiones sustantivas (metafísicas, ontológicas) se completa con tres aspiraciones más por parte de MACKIE: por un lado, la de entender a la discusión ontológica como una cuestión filosófica *independiente* respecto del análisis conceptual; por otro lado, la de defender que la discusión ontológica es, por sí misma, una discusión plena de sentido (filosófico); por último, la de postular a la discusión sustantiva (ontológico-metafísica) como una tarea fundamental para la discusión ética de segundo orden.

<sup>13</sup> SMITH ofrece una larga lista de cuestiones metaéticas (*cf.* SMITH, *op. cit.*, 3-4). Sin embargo, a pesar del reconocimiento de una multiplicidad de cuestiones de segundo orden, centra la «tarea» de la filosofía moral en el análisis y comprensión del lenguaje moral ordinario (*cf.* SMITH, *op. cit.*, 11).

<sup>14</sup> En el marco de esta cuestión metaética tradicionalmente se distingue entre dos posiciones básicas: descriptivismo (a veces también denominado cognitivismo) y no-descriptivismo (a veces también denominado no-cognitivismo). La primera posición interpreta al lenguaje moral en los términos de un uso típicamente enunciativo, y portador de una pretensión veritativa. La segunda posición interpreta al lenguaje moral en los términos de un uso típicamente expresivo de actitudes y sentimientos del hablante. La primera posición captaría la pretensión de objetividad del discurso moral, mientras que la segunda captaría la dimensión práctica o magnética del mismo.

<sup>15</sup> En relación a esta cuestión el debate se plantea entre dos posiciones básicas: cognitivismo y no-cognitivismo (debe tenerse presente que esta misma terminología es también usada en el marco de la discusión conceptual y en el de la discusión epistemológica, y que no por ello debe asumirse inmediatamente la existencia de implicaciones entre todas ellas). La primera posición afirma que los estados mentales que subyacen a nuestras distinciones morales son, típicamente, *creencias*, en especial, creencias morales. La segunda afirma que los esta-

lado, cuestiones propiamente filosóficas como las relativas a la ontología moral<sup>16</sup>, a la epistemología moral<sup>17</sup> o al problema de la justificación de la moral<sup>18</sup>.

El punto es que, una vez que se individualizan y se reconstruyen la diversidad (más o menos amplia) de cuestiones de segundo orden, resulta inevitable la emergencia de otras cuestiones filosóficas *acerca de* este orden mismo. En el próximo punto se esbozará una «Agenda» de las múltiples cuestiones que pueden incluirse en un tercer nivel de la discusión ética (meta-metaética).

## 2. «AGENDA» PARA UNA ÉTICA DE TERCER ORDEN (MULTIPLICIDAD DE CUESTIONES META-METAÉTICAS)

La terminología «meta-metaética» ya era usada por lo menos desde fines de la década del 60 (A. GEWIRTH, 1968<sup>19</sup>; R. HOLMS, 1971<sup>20</sup>). Luego de un largo intervalo, su uso ha tenido una tenue reaparición en años recientes (J. DREIER, 2005<sup>21</sup>; J. HAROLD, 2007<sup>22</sup>). Aunque varias de las cuestiones que se incluyen bajo esta denominación ya han sido tratadas en la literatura filosófico-moral, tanto clásica como contemporánea, en muy pocos casos ese tratamiento se efectuaba a través de una perspectiva de niveles del discurso ético<sup>23</sup>. Los pocos casos contemporáneos que hacen uso de esta terminología sólo ofrecen ejemplos aislados de discusiones particulares *dentro* de la meta-metaética. No es fácil encontrar un planteamiento general y sistemático *sobre* las múltiples cuestiones ético-filosóficas que pueden individualizarse en ese tercer orden discursivo (llámese o no a este tercer nivel como «meta-metaética»)<sup>24</sup>.

---

dos mentales que están en la base de nuestras distinciones morales son, típicamente, estados motivacionales, en la forma de deseos, intereses, etc. Una bifurcación en el interior del cognitivismo surge en relación a la cuestión de si las creencias morales son suficientes para activar la acción humana (internalismo de las creencias morales), o si es siempre necesario la convergencia de un deseo general de actuar según nuestras creencias morales (externalismo de las creencias morales).

<sup>16</sup> Aquí el debate se da, básicamente, entre realismo moral y antirrealismo moral, según se admita o rechace la existencia de una dimensión (o mundo) moral objetivo que funcione como criterio de calificación de la acción humana en general. En el caso del realismo, la diferencia entre sus proponentes radica en el mayor o menor compromiso ontológico que requieran sus concepciones.

<sup>17</sup> El debate en el marco de esta cuestión se vincula directamente a la suerte del debate ontológico. En general, las vías de conocimiento moral que se postulan son relativas a la naturaleza del objeto de conocimiento.

<sup>18</sup> Esta cuestión refleja el debate acerca de la posibilidad de validar, más allá de la cuestión meramente *existencial*, el carácter esencialmente *práctico* de la realidad moral objetiva. Esta misma cuestión resuena en los debates acerca de la normatividad, obligatoriedad, racionalidad, etc., de la moral.

<sup>19</sup> A. GEWIRTH, «Meta-ethics and Moral Neutrality», *Ethics*, vol. 78, 1968, 214-225.

<sup>20</sup> R. HOLMS, «Some Conceptions of Analysis in Recent Ethical Theory», *Metaphilosophy*, vol. 2, Issue 1, January, 1971, 1-28.

<sup>21</sup> J. DREIER, «Meta-metaethics and the Web of Belief», *Invited symposium paper at APA Central meeting*, Chicago, 2005.

<sup>22</sup> J. HAROLD, «Meta-metaethics: Moderate Skepticism about Same Concepts of Metaethical Inquiry», *Proceedings and Addresses*, vol. 8, Issue 3, January, 2007.

<sup>23</sup> *Cfr.* GEWIRTH, *op. cit.*, 215. Reconoce que la metaética es tan vieja como la filosofía moral, aun cuando la idea de niveles del discurso o de discurso sobre el discurso no ha estado siempre explícitamente enfatizada.

<sup>24</sup> Una denominación alternativa para este nivel discursivo, en consonancia con el uso de la terminología «meta-filosofía» para la discusión más general, sería el de «meta-filosofía moral». En cualquier caso, lo más importante es mantener la perspectiva de niveles, en este caso, el de un discurso *sobre* la metaética.

A continuación se ofrecerá, como punto de partida para un tratamiento posterior más sistemático, una breve presentación de algunas de las *múltiples* cuestiones meta-metaéticas que podrían provisoriamente identificarse.

## 2.1. Caracterización y taxonomía

La caracterización de las múltiples cuestiones éticas de segundo orden, así como una taxonomía de las diversas propuestas que en cada una de ellas puedan señalarse, supone tomarse a la metaética como objeto de análisis, y representa así un primer paso en relación a un tercer nivel el discurso ético.

Las tareas *taxonómicas* (como la ofrecida por HARE<sup>25</sup>), y en general todos los trabajos reconstructivos de las teorías metaéticas son claros ejemplos de una perspectiva meta-metaética en este primer sentido<sup>26</sup>.

El punto es que no todas las reconstrucciones suponen los mismos criterios de relevancia para efectuar las distinciones, y ésta no es una discusión que pueda llevarse adelante dentro de la discusión ética de segundo orden.

## 2.2. El sentido de la metaética

Inmediatamente después de la tarea reconstructiva (incluso antes y durante la misma), surge el problema del sentido o valor filosófico que pudieran tener en sí mismas las discusiones metaéticas (en especial cuando se las encara con pretensiones metafísicas).

En general se identifica a la tradición positivista con una posición de rechazo hacia la metafísica tradicional en general, y en especial en el marco de la discusión filosófico-moral, reservando el sentido filosófico sólo para la tarea analítico-conceptual. De hecho, esta posición resultó dominante durante gran parte del siglo XX.

Como ya se señaló, con autores como MACKIE y HARTMAN, entre otros, la discusión metafísico-ontológica en el campo de la filosofía moral tomó un nuevo impulso. Para MACKIE, por ejemplo, la discusión ontológica relativa a la existencia de los valores objetivos-prescriptivos presupuestos por el discurso moral ordinario es una discusión con pleno sentido, y lo tiene con independencia de la verdad o falsedad de esos presupuestos<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> HARE, *op. cit.*.

<sup>26</sup> Para otros ejemplos reconstructivos de la discusión metaética pueden verse: SIDWICK («Los métodos de la ética»), MCINTYRE («Tres versiones rivales de investigación moral»), BROAD («Cinco tipos de teorías éticas»), HUDSON («La filosofía moral contemporánea»).

<sup>27</sup> Con relación a esta última cuestión es de destacar su argumento frente a HARE (*cf.* MACKIE, *op. cit.*, esp. cap. 1, punto 4: «*Is objectivity a real issue?*», 20-25). El argumento de HARE es que no hay diferencia entre dos mundos posibles, uno en el que los valores están integrados al entramado del mundo y otro en el que estos valores han sido aniquilados. Puede ser que esa diferencia no afecte necesariamente los juicios de primer orden, sin embargo MACKIE sostiene que HARE minimiza la diferencia entre los dos mundos al considerar sólo la situación en la que las personas ya tienen algún interés subjetivo, ya que la diferencia sale a la luz cuando se considera cómo esos intereses subjetivos son adquiridos o cambiados (MACKIE, *op. cit.*, 22).

Actualmente la literatura especializada ha incorporado decididamente el debate metafísico-ontológico a la discusión filosófico-moral. Pero la situación actual no determina (al igual que no la hizo la situación del pasado, dominada por la tarea analítica) el resultado del debate filosófico de tercer orden sobre el sentido de la discusión metafísico-ontológica en relación con la moral. Éste es otro debate abierto en el interior de la meta-metaética.

### 2.3. La tarea de la metaética

El reconocimiento de una multiplicidad de cuestiones en el debate filosófico moral de segundo orden lleva a su vez a la discusión sobre la prioridad o importancia que algunas de esas cuestiones pudieran tener sobre las otras al momento de determinar la *tarea* fundamental de la metaética.

SMITH, por ejemplo, afirma que la tarea de la filosofía moral es el análisis conceptual en relación con el discurso y la práctica moral ordinaria, y el intento por dar sentido a las presuposiciones (obviedades) allí implícitas<sup>28</sup>.

HARE, por ejemplo, sostiene que el estudio de los conceptos morales y de la lógica del discurso moral son necesarios antes de pretender resolver cuestiones morales tanto sustantivas (primer orden) como ontológicas (segundo orden). Afirmaba, por un lado, que «es ambición de todo filósofo moral serio [usar argumentos racionales para obtener principios morales sustantivos]. Pero antes de ésta hay otra tarea: la de encontrar las reglas que rigen el argumento»<sup>29</sup>. Afirma, por otro lado, que: «sólo se pierde el tiempo si se discute sobre la existencia de hechos morales sin antes plantear las cuestiones conceptuales de las que debe depender cualquier solución del problema»<sup>30</sup>.

MACKIE, por el contrario, sugiere que las cuestiones ontológicas tienen cierta prioridad filosófica sobre las cuestiones conceptuales. De hecho, el subjetivismo que defiende es una tesis ontológica (negativa), y no meramente una tesis conceptual<sup>31</sup>.

La reconstrucción y posible resolución de esta particular cuestión excede a la metaética, y en este punto el debate meta-metaético continúa abierto.

### 2.4. La disputa entre posiciones metaéticas

Algunos autores han utilizado recientemente la terminología «meta-metaética» para aludir al enfrentamiento entre dos posiciones dentro de un debate metaético específico. HAROLD<sup>32</sup>, por ejemplo, usa esa terminología para aludir a la disputa entre cognitivistas y no-cognitivistas (en el marco de una disputa entre teorías psicológicas *folk*).

<sup>28</sup> «The task of philosopher in meta-ethics is to make sense of ordinary moral practices» (SMITH, *op. cit.*, 11).

<sup>29</sup> HARE, *op. cit.*, 50.

<sup>30</sup> HARE, *op. cit.*, 49-51.

<sup>31</sup> MACKIE, *op. cit.*, 18.

<sup>32</sup> Cfr. HAROLD, *op. cit.*.

Es discutible si este tipo de disputas corresponden propiamente a un tercer nivel discursivo, o si se trata tan sólo de una presentación más compleja de un debate sobre una cuestión específica de segundo orden. En cualquier caso, la utilización de la terminología en cuestión justifica por lo menos su mención en la presente «Agenda».

## 2.5. La relación entre la ética de primer orden y la ética de segundo orden

La discusión acerca de la relación/independencia que podría darse entre las consideraciones éticas de primer orden (ética normativa) y las de segundo orden (metaética) resulta ser el ámbito más común en la que se recurre a la utilización de la terminología «meta-metaética»<sup>33</sup>.

En este contexto, es necesario distinguir, por ejemplo, según en qué *dirección* se pretenda que se dé la relación entre primer y segundo orden. Por un lado, puede discutirse si los compromisos éticos normativos (primer orden) del teórico metaético están presupuestos o determinan sus teorías analíticas (segundo orden). Por otro lado, puede discutirse si las teorías metaéticas (segundo orden) tienen implicaciones en la determinación del contenido de las cuestiones de ética normativa (primer orden).

Un ejemplo interesante, en el primer sentido, es el de GEWIRTH<sup>34</sup>. Este autor afirma que la cuestión meta-metaética fundamental es la de si la metaética es (o debe ser) moralmente *neutral* respecto de los compromisos éticos normativos del teórico metaético<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Esta cuestión ha sido tratada también como el problema de la «neutralidad» de la metaética. De hecho, éste es el problema que tiene en mente GEWIRTH (*cf.* GEWIRTH, *op. cit.*, 214), cuando utiliza, posiblemente por primera vez en la literatura especializada, la terminología «metametaética». La discusión sobre la neutralidad de la metaética ha reaparecido recientemente en trabajos como los de DREIER (J. DREIER, «Metaethics and Normative Commitments», *Philosophical Issues*, núm. 12, 2002) o FANTL (J. FANTL, «Is Metaethics Morally Neutral?», *Pacific Philosophical Quarterly*, núm. 87, 2006, 24-44).

<sup>34</sup> Según este autor, la «meta-metaética» consiste en los intentos por parte de los metaéticos de clarificar las dificultades que conlleva el concepto mismo de metaética. En este sentido, afirma que «*there are troublesome questions about what kind of second-order logical discourse constitutes metaethics*» (GEWIRTH, *op. cit.*, 214). Por otra parte, GEWIRTH presenta a la metaética como tratando con cuestiones relativas a la categoría lógica y significados de los términos morales de primer orden y a los métodos de justificación de los juicios morales de primer orden.

<sup>35</sup> GEWIRTH aclara que es necesario no confundir dos sentidos de neutralidad moral. El primero, al que denomina «referencial», es relativo a la clase de enunciados que están sujetos al análisis metaético, esto es, si sólo se incluyen en él los juicios morales que el teórico metaético considera correctos o si se incluye todos los juicios morales sean o no considerados como los correctos por el teórico metaético. Según él, la mayoría de las controversias acerca de si la metaética es neutral implican este sentido referencial. La oposición aquí es entre una actitud de neutralidad (positiva) donde se incluyen *todos* los juicios morales, o de no-neutralidad (normativa), donde sólo se considera el paradigma de juicio moral aceptado por el metaético. El segundo sentido de neutralidad, al que denomina «predicativo», es relativo a *lo que se predica* de los enunciados contenidos en el sujeto del juicio metaético. Aquí el predicado puede ser neutral (descriptivo) si sólo hay pretensiones normativas de orden epistemológicas o lógicas; si en cambio la normatividad pretendida es de orden moral, entonces el predicado es normativo. Las conclusiones a la que lleva esta distinción son: *a)* que los sentidos referencial y predicativo son mutuamente independientes; *b)* que es posible tanto una metaética normativamente neutral como una metaética normativamente moral (comprometida). *Cfr.* GEWIRTH, *op. cit.*

Los usos más recientes del término «meta-metaética» se vinculan más bien al segundo de los sentidos en que puede concebirse la dirección de la relación entre primer y segundo orden<sup>36</sup>.

Más allá de la utilización de la terminología en cuestión o de la referencia a una distinción de niveles, existen autores que defienden la existencia de una relación de implicación entre ciertas tesis de segundo orden y ciertos contenidos relativos a cuestiones éticas de primer orden<sup>37</sup>. Un caso interesante, en el sentido de afirmar la existencia de una relación entre el primer orden y el segundo orden, es el de SMITH. Sólo que su posición presenta una cierta particularidad. Por un lado, afirma que las cuestiones metaéticas (conceptuales) tienen *prioridad* sobre las cuestiones de ética normativa, ya que debe resolverse primero, y favorablemente, la cuestión de si la argumentación moral es una especie de la argumentación racional, para recién allí poder avanzar sobre la resolución de alguna cuestión ética de primer orden<sup>38</sup>. Lo que supone una relación de dependencia de las cuestiones de primer orden respecto de las cuestiones de segundo orden (conceptuales). Pero, por otro lado, afirma que: «Si estamos interesados en la resolución final de las cuestiones metaéticas —si hay o no realmente hechos morales—, entonces [...] no nos queda más alternativa que incorporarnos al debate ético normativo y ver adónde nos conduce en última instancia el argumento que damos»<sup>39</sup>. Lo que supone una relación de dependencia de las cuestiones de segundo orden (ontológicas) respecto de las cuestiones de primer orden.

Por el contrario, otros autores niegan la existencia de algún tipo de relación entre los dos niveles de la discusión ética. MACKIE, por ejemplo, al tratar esta cuestión, afirma que los dos órdenes son «completamente independientes»<sup>40</sup>. Otro ejemplo en esta misma línea es RAWLS. Este autor defiende la tesis de la *independencia* entre teoría moral y metafísica<sup>41</sup>. También HUDSON toma partido por la independencia en este debate<sup>42</sup>.

En definitiva, en cualquiera de los dos sentidos de dirección en que pueda pensarse la relación entre primer y segundo orden, el debate está ciertamente abierto, y es tarea de una ética de tercer orden reconstruirlo y, eventualmente, resolverlo.

<sup>36</sup> Cfr. DREIER, *op. cit.*, 2005.

<sup>37</sup> Cfr. FANTL, *op. cit.* Una pretensión similar se presenta en la forma de un rechazo a la distinción misma entre niveles de la ética. Cfr. R. DWORKIN, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe It», *Philosophy and Public Affairs*, núm. 25, 1996, 87-139. DANCY, por ejemplo, vincula intuicionismo con pluralismo y naturalismo con monismo. Cfr. J. DANCY, «El intuicionismo», en P. SINGER (comp.): *Compendio de ética*, Madrid, Alianza, 1995, 558.)

<sup>38</sup> SMITH, *op. cit.*, 2.

<sup>39</sup> SMITH, *op. cit.*, 202 y 203.

<sup>40</sup> MACKIE, *op. cit.*, 16. Llamativamente, en lo que parece una inconsecuencia con esta tesis, afirma que recorrerá el camino inverso a la forma en que normalmente se suceden estos dos niveles. Volverá al primer orden luego de abordar las cuestiones de segundo orden (MACKIE, *op. cit.*, 9). De hecho dedica el capítulo 5 de *Ethics* a este propósito. Allí sostiene que la moral debe ser hecha y no descubierta. Y si ya está hecha, puede rehacerse (MACKIE, *op. cit.*, 106 y 123). El «contenido» de la moral (en sentido restringido) está determinado por la estructura básica general de la condición humana (MACKIE, *op. cit.*, 121 y 122).

<sup>41</sup> Cfr. J. RAWLS, «Independencia de la teoría moral», en *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, trad. Miguel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986, 122-136. «[B]uena parte de la teoría moral [el estudio de concepciones morales sustantivas] es independiente de las otras partes de la filosofía [teoría del significado, epistemología, metafísica, filosofía de la mente] [...] De hecho, preocuparse por los problemas definidos por estas materias puede resultar un estorbo y bloquear el camino», 122.

<sup>42</sup> HUDSON, *op. cit.*, 27.

## 2.6. La relación entre las múltiples cuestiones de segundo orden

A pesar de que la referencia dominante de la terminología «meta-metaética» se vincula a la cuestión señalada en el punto anterior (esto es: la relación entre ética de primer orden y ética segundo orden), la cuestión meta-metaética relativa a la relación que pueda postularse entre las múltiples cuestiones metaéticas resulta prioritaria respecto de aquella otra, y además sumamente esclarecedora para todo el debate filosófico moral.

Dada la importancia que en este trabajo se le asigna a esta cuestión, la misma será objeto de una presentación más detallada en el punto siguiente.

## 2.7. Agenda abierta

Existen otras cuestiones que podrían ser presentadas en esta Agenda, pero no es necesario hacerlo en el marco de los propósitos más bien introductorios de este punto. Entre algunas de esas cuestiones pueden señalarse las siguientes: la discusión sobre la posibilidad de una comprensión ahistórica de los conceptos morales, esto es: el lugar de la historia en la ética de segundo orden<sup>43</sup>; la discusión clásica sobre la primacía entre lo *práctico* y lo *teórico* (de hecho algunas de las cuestiones antes señaladas reflejan de alguna manera esta dualidad). En relación a esta última cuestión puede destacarse, por ejemplo, la discusión sobre el problema de la «continuidad/discontinuidad» entre ética y ciencia<sup>44</sup>.

## 3. LA RELACIÓN ENTRE LAS MÚLTIPLES CUESTIONES DE SEGUNDO ORDEN

De todas las cuestiones meta-metaéticas señaladas en la «Agenda», la relativa a la relación que pudiera darse entre las múltiples cuestiones de segundo orden se presenta como una de las más interesantes y fundamentales para la filosofía moral. De su adecuada reconstrucción depende en gran parte la posibilidad de una comprensión general y completa de la problemática metaética. Llamativamente, las distintas afirmaciones que se formulan al respecto están caracterizadas por un tratamiento superficial, incompleto e insuficientemente consciente del nivel al que ellas corresponden<sup>45</sup>.

En general, se da por supuesto que existe algún tipo de *implicación*<sup>46</sup> entre las diversas cuestiones de segundo orden. En adelante se designará a las diversas afirma-

<sup>43</sup> Cfr. A. MACINTYRE, *Historia de la ética*, Barcelona, Paidós, 1981, 11-12.

<sup>44</sup> Cfr. S. DARWALL, A. GIBBARD y P. RAILTON, «Toward “Fin de siècle” Ethics», *The Philosophical Review*, vol. 101, núm. 1, January, 1992, 115-189, esp. 130.

<sup>45</sup> Incluso si se rechaza la necesidad del recurso a un tercer nivel de la discusión ética para encuadrar esta problemática, es todavía cierto que su tratamiento por parte de los teóricos metaéticos ha sido más bien escaso e incompleto, y esa situación no parece adecuada a la importancia que esa cuestión parece tener. Su caracterización como una cuestión de tercer orden, que facilita su tratamiento sistemático, parece rendir más tributo a esa importancia.

<sup>46</sup> La naturaleza de la implicación pretendida por los distintos autores no aparece normalmente explicada. Sin embargo, puede asimilársela a una implicación lógica. La idea básica es que el tipo de relación

ciones vinculadas a ese supuesto como la *hipótesis de la implicación*. Por el contrario, la afirmación de que esta suposición está, por lo menos, insuficientemente fundamentada, y de que, por lo tanto, resulta adecuado efectuar el tratamiento de cada una de las múltiples cuestiones de segundo orden de forma autónoma e independiente será designada en adelante como la *hipótesis de la independencia*.

A los fines de una mejor comprensión de esta particular problemática de tercer orden a continuación se analizará, a modo de una primera aproximación, uno de los contextos más recurrentes en lo que se afirma la existencia de una relación de implicación entre cuestiones metaéticas<sup>47</sup>.

*La relación entre cuestiones lingüístico-conceptuales y cuestiones ontológicas.*

Un síntoma representativo de la pretensión de existencia de una relación de implicación entre estas dos cuestiones metaéticas es la superposición terminológica en la denominación de las distintas posiciones que pueden ser asumidas en cada una de ellas.

Así, la terminología «naturalista/no-naturalista» es usada tanto para distinguir a las diversas modalidades que asume el *descriptivismo* (una de las posiciones paradigmáticas en el debate lingüístico-conceptual), como para distinguir a las diversas modalidades que asume el *realismo moral* (una de las posiciones paradigmáticas en el debate ontológico). Esto conduce naturalmente a una asociación entre descriptivismo y realismo moral. La contracara de esto es la asociación entre *irrealismo* (o antirrealismo) y *no-descriptivismo*<sup>48</sup>.

Ahora bien, más allá de esta superposición *nominal* (ya que es posible evitarla sustituyendo los términos empleados), muchos autores metaéticos han pretendido la existencia de vínculos filosóficos más básicos entre estas dos cuestiones metaéticas.

Para una mejor comprensión de este tipo de pretensión, resulta conveniente presentar algunos interesantes ejemplos al respecto.

I) En primer lugar se considerará el caso de J. MACKIE.

Como ya fue señalado, MACKIE efectúa la distinción entre dos tipos de cuestiones éticas de segundo orden: conceptuales y sustantivas (ontológicas).

En el marco de esta distinción, afirma que quienes aceptan el subjetivismo moral (como tesis conceptual no-descriptivista), *normalmente presuponen*<sup>49</sup> el escepticismo moral (o subjetivismo moral, como tesis ontológica antirrealista). En este sentido, afirma que es precisamente el escepticismo ontológico lo que ha llevado a mirar hacia

---

pretendida entre las distintas cuestiones de segundo orden (conceptuales, ontológicas, psicológicas, etc.) no se encuentra en el mismo nivel que el correspondiente a los elementos de la implicación.

<sup>47</sup> La diversidad de contextos en los que se afirma la existencia de relaciones de implicación entre cuestiones metaéticas es proporcional a la cantidad de cuestiones que se distingan. El análisis que aquí se efectuaría podría replicarse para otros contextos de relación entre cuestiones metaéticas, por ejemplo, para la relación entre cuestiones lingüístico-conceptuales y cuestiones de teoría psicológica, o para la relación entre cuestiones ontológicas y cuestiones justificatorias, o para la relación entre cuestiones ontológicas y cuestiones epistemológicas. En todos esos contextos es posible detectar la misma presuposición ya señalada de implicación entre las distintas cuestiones metaéticas.

<sup>48</sup> Igual asociación se da con el par de términos «cognitivismo/no-cognitivismo», cuando éstos son usados como sinónimos del par «descriptivismo/no-descriptivismo».

<sup>49</sup> Cfr. MACKIE, *op. cit.*, 18.

otro lugar al momento de efectuar un análisis del significado del discurso moral. Así, si todos nuestros juicios morales fueran reportes subjetivos, «de esto se sigue que [...] no hay valores morales objetivos»<sup>50</sup>. En este sentido, continúa, «subjetivismo conceptual [no-descriptivismo] implica escepticismo moral» (subjetivismo ontológico, antirrealismo) Pero, inmediatamente, afirma que: «la implicación conversa no puede sostenerse»<sup>51</sup>. Esto es: aunque el no-descriptivismo implica el antirrealismo, éste no implica el no-descriptivismo<sup>52</sup>. Su tesis es, precisamente, que no hay lugar para hechos morales objetivos en el entramado del mundo (subjetivismo ontológico); aun así, reconoce que el lenguaje moral (tanto en su uso ordinario como en el de la tradición filosófica) es usado objetivístamente (descriptivismo conceptual).

Estas afirmaciones por parte de MACKIE pueden descomponerse en varios aspectos. Por un lado, afirma la existencia de *algún* tipo de relación de *implicación* entre distintas cuestiones metaéticas (en este caso: no-descriptivismo implica antirrealismo). Por otro lado, la relación de implicación parece circular en una sola *dirección*, ya que la dirección conversa no es válida (antirrealismo no implica no-descriptivismo). Por último, es claro que establece una *asimetría* entre las dos posiciones conceptuales posibles, ya que, mientras afirma que no-descriptivismo implica antirrealismo, es claro que descriptivismo no implica realismo moral<sup>53</sup>.

Con relación a su rechazo a admitir la dirección de implicación *conversa* (esto es, que antirrealismo pueda implicar no-descriptivismo), MACKIE presenta incluso una hipótesis más *general* de independencia entre cuestiones ontológicas respecto de las conceptuales. Afirma que las cuestiones conceptuales (en general) pueden resultar un obstáculo al momento de abordar las cuestiones ontológicas, ya que pueden llevar a una confusión entre ambas. Al comentar lo que sucede en la discusión acerca de los *colores* (donde existe el riesgo de no distinguir entre las cuestiones de hecho y las cuestiones conceptuales, y por lo tanto de tomar la explicitación del significado de los juicios sobre colores como una explicitación plena acerca de lo que hay en el mundo), afirma lo siguiente:

«Existe un riesgo de error similar, incluso más grande, en el caso de la filosofía moral. Existe otra razón, además, de por qué es un error concentrar las discusiones de segundo orden en cuestiones de significado. Mientras mayor ha sido el trabajo de los filósofos en cuestiones de significado, tanto en ética como en otros campos, mayores han sido las complicaciones que han sacado a la luz. Por ahora es bastante claro que ninguna explicitación simple del significado de los juicios de primer orden puede ser correcta, y pueda dar cuenta adecuadamente incluso del sentido de los principales términos morales ordinarios, convencionales. Pienso, sin embargo, que hay una cuestión relativamente clara acerca de la objetividad de los juicios de valor, la cual corre el riesgo de perderse entre las complicaciones de significado»<sup>54</sup>.

De este párrafo puede inferirse que MACKIE afirma la *independencia* entre estas cuestiones metaéticas, en lo que respecta a la *dirección* de implicación ontológica-con-

<sup>50</sup> Cfr. MACKIE, *op. cit.*, 18.

<sup>51</sup> Cfr. MACKIE, *op. cit.*, 18.

<sup>52</sup> Cfr. MACKIE, *op. cit.*, 18.

<sup>53</sup> De hecho, como ya se destacó anteriormente, su propia posición puede ser entendida como descriptivista y a la vez antirrealista.

<sup>54</sup> MACKIE, *op. cit.*, 20.

ceptual; y afirma además que esa independencia es *general*, en el sentido de que ninguna de las posiciones ontológicas (tanto positiva como negativa, esto es, ni el realismo, ni el antirrealismo) suponen posición alguna en el ámbito conceptual.

En definitiva, la posición meta-metaética de MACKIE, en cuanto a la relación entre cuestiones conceptuales y ontológicas, puede resumirse de la siguiente manera: por un lado, afirma la existencia de una implicación, en la dirección conceptual-ontológica, que resulta asimétrica en cuanto a su alcance (no-descriptivismo presupone antirrealismo, mientras que descriptivismo no presupone realismo); y por otro lado, afirma la existencia de una independencia *general* (simétrica) entre estas cuestiones, en la *dirección* ontológica-conceptual.

Existe también una segunda interpretación posible para la posición de MACKIE. Como se señaló, el único tipo de implicación que parece admitir es la de no-descriptivismo con respecto al antirrealismo, en todos los demás casos parece adherir a la hipótesis de la independencia. Ahora bien, si esa pretensión de implicación es considerada en un sentido *débil*, ya que es señalada por él sólo como una vinculación «normal»<sup>55</sup>, entonces su posición bien puede representar un ejemplo interesante de una versión *completa* de la hipótesis de la independencia entre cuestiones conceptuales y ontológicas. Contribuye para esta interpretación el énfasis con que MACKIE señala la distinción entre cuestiones conceptuales y sustantivas (ontológicas). Aunque esa distinción se utiliza especialmente para destacar la posibilidad de coexistencia entre una posición conceptualmente objetivista (descriptivismo) y una posición ontológicamente subjetivista (antirrealismo moral), no parece, a primera vista, que la coexistencia no pudiera darse, también entre subjetivismo conceptual (no-descriptivismo) y objetivismo ontológico (realismo moral).

Lamentablemente, MACKIE no ofrece una reconstrucción más elaborada sobre el alcance de esas afirmaciones que pudiera ayudar a desentrañar esta diversidad de interpretaciones sobre su posición. Como se verá también en los ejemplos siguientes, éste resulta ser un déficit común entre aquellos autores que abordan este tipo de cuestiones.

II) En segundo lugar se considerará el caso de M. SMITH<sup>56</sup>.

Siguiendo explícitamente a MACKIE, SMITH distingue entre cuestiones metaéticas *sustantivas* (ontológicas) y *conceptuales*, y esto le sirve para separar, al menos en un primer momento, el racionalismo como pretensión conceptual, del racionalismo como pretensión sustantiva (ontológica).

Ahora bien, lo que parece ser una distinción efectuada para destacar la independencia entre estas dos cuestiones, se debilita progresivamente por diversas consideraciones que SMITH formula en algunos de sus trabajos.

En primer lugar, SMITH afirma que la (pretensión de) objetividad (*objectivity*), uno de los presupuestos *conceptuales* del lenguaje moral ordinario, tiene como *consecuencia metafísica* al realismo moral; y que a su vez, la *consecuencia metafísica* derivada del carácter práctico (*practicality*), otro de los presupuestos del lenguaje moral ordinario,

<sup>55</sup> MACKIE, *op. cit.*, 18.

<sup>56</sup> SMITH, *The Moral Problem*, *op. cit.*, y M. SMITH, «Realismo», en P. SINGER (comp.). Compendio de ética, Madrid, Alianza, 1995, 539-553.

es el irrealismo (antirrealismo) moral<sup>57</sup>. Si bien es cierto que SMITH efectúa esas afirmaciones en un contexto introductorio a lo que denomina «el problema moral», y que luego intenta diluir ese aparente conflicto, no deja de ser llamativa la fuerza que ellas conllevan en relación al problema aquí tratado relativo a la relación entre cuestiones metaéticas conceptuales y ontológicas.

En segundo lugar, en el capítulo final de su obra principal, pareciera intentar, sobre la base del análisis *conceptual* efectuado a lo largo de la misma, una defensa del racionalismo *sustantivo* (ontológico). Allí afirma que, dado el análisis que propone, se sigue que se debe aceptar tanto el racionalismo conceptual como el racionalismo sustantivo<sup>58</sup>. En esta misma línea, afirma que «estamos justificados en pensar que hay hechos morales»<sup>59</sup>. Si bien es cierto que admite que esa justificación pueda ser derrotada en el marco del debate ético normativo, sin embargo alberga la *esperanza* de que ese debate pueda producir la convergencia de las creencias morales y de los deseos correspondientes que hacen plausible la idea de hechos morales<sup>60</sup>. El principal argumento para su confianza en la legitimidad del discurso moral es el hecho empírico de que la argumentación moral tiende a producir acuerdo entre las personas, dando así una razón para creer que se producirá la convergencia de nuestros deseos bajo condiciones de racionalidad plena<sup>61</sup>. En definitiva, esta pretensión ontológica (racionalismo sustantivo) parece encontrar su apoyo en los presupuestos mismos del lenguaje moral ordinario (racionalismo conceptual). Así, la existencia de hechos morales, en términos de razones objetivas (categóricas) para la acción, resulta ser la ontología que mejor se *corresponde* con los principales rasgos de la práctica moral ordinaria.

Por otra parte, y en relación con la otra afirmación de implicación señalada en cuanto a que *carácter práctico* implica antirrealismo, SMITH concibe a las distintas variedades del no-descriptivismo como formas del antirrealismo<sup>62</sup>. En este caso, la relación de implicación se daría entre las posiciones negativas de cada una de las cuestiones metaéticas implicadas, en dirección de implicación conceptual-ontológica (no-descriptivismo implica antirrealismo).

En resumen, SMITH afirma, en primer lugar, la existencia de algún tipo de implicación entre las dos cuestiones metaéticas aquí consideradas. En segundo lugar, esta implicación se afirma sólo en una dirección: conceptual-ontológica. En tercer lugar, su alcance resulta *general* (simétrico), en el sentido de que tanto descriptivismo como no-descriptivismo implican recíprocamente realismo y antirrealismo.

De este modo, y más allá de algunas sutilizas en su reconstrucción, estas afirmaciones por parte de SMITH constituyen otro claro y explícito ejemplo del tipo de consideraciones que aquí están siendo señaladas como cuestiones éticas de tercer orden<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. SMITH, *The Moral Problem*, *op. cit.*, 7 y 9. SMITH, «Realismo», *op. cit.*, 542.

<sup>58</sup> Cfr. SMITH, *The Moral Problem*, *op. cit.* 189.

<sup>59</sup> Cfr. SMITH, *The Moral Problem*, *op. cit.*, 202.

<sup>60</sup> Cfr. SMITH, «Realismo», *op. cit.*, 552.

<sup>61</sup> Cfr. SMITH, *The Moral Problem*, *op. cit.*, 187.

<sup>62</sup> Cfr. SMITH, «Realismo», *op. cit.*, 544. Afirma que entre las variantes del antirrealismo se encuentran el emotivismo, el prescriptivismo, etcétera.

<sup>63</sup> No deben confundirse estas afirmaciones de tercer orden con las afirmaciones de segundo orden (como tesis conceptual) en cuanto a que el internalismo (racionalista) implica internalismo (requerimiento práctico), pero no viceversa. Cfr. SMITH, *The Moral Problem*, *op. cit.*, 62.

El caso de SMITH es otro ejemplo de cómo tales afirmaciones son efectuadas sin una consideración complementaria suficientemente articulada, que haga explícitos tanto sus *alcances* como sus *fundamentos* y, en especial, sin tomar plena consciencia que ellas corresponden a un nivel discursivo que excede al de la metaética.

III) En tercer lugar se considerará el caso de G. SAYRE-MCCORD<sup>64</sup>.

Este autor, aun cuando reconoce que en su mayor parte el debate sobre realismo moral es más una cuestión metafísica que semántica<sup>65</sup>, no deja sin embargo de vincular ambas cuestiones.

Por un lado, y en relación a la dirección de implicación ontológico-conceptual, afirma que el realismo moral está vinculado a una interpretación cognitivista del discurso moral<sup>66</sup>. Sostiene que el realismo es defendible sólo si es posible dar una explicación de las condiciones de verdad de los juicios morales que capture su significado literal<sup>67</sup>. Donde las condiciones de verdad y de significado son impuestas por los presupuestos del lenguaje ordinario y de la práctica moral en general. En definitiva, afirma que el corazón del realismo descansa en lo que denomina una «*success theory*», esto es, una teoría que va en contra tanto del no-cognitismo (como tesis conceptual), como de una «*error theory*» (como tesis ontológica antirrealista)<sup>68</sup>.

Para SAYRE-MCCORD es concebible una concepción de la moral que haga compatibles el cognitivismo (entiéndase: descriptivismo conceptual) con una teoría del error (antirrealismo ontológico), como es el caso con la posición de MACKIE. Coincide con este autor en que antirrealismo no implica necesariamente no-descriptivismo. Sin embargo, no sería concebible una concepción de la moral en la que el realismo moral sea compatible con una interpretación lingüístico-conceptual no-cognitivista (entiéndase: no-descriptivista), ya que, según él mismo afirma, el realismo moral implica el cognitivismo.

Esto supone afirmar una muy particular pretensión de implicación entre cuestiones metaéticas ontológicas y conceptuales. No se trata aquí solamente de un problema de *dirección* de la implicación, esto es, de si las tesis metaéticas ontológicas implican a las conceptuales o viceversa, sino, más específicamente, de un problema de *asimetría* entre los posibles antecedentes de la implicación. Sólo el realismo moral parece tener implicaciones conceptuales (el descriptivismo), mientras que el antirrealismo moral no las tendría, ya que sería compatible tanto con el no-descriptivismo como con el descriptivismo.

Por otro lado, y en relación a la otra dirección de implicación (conceptual-ontológica), SAYRE-MCCORD afirma que una forma de antirrealismo es el no-cognitismo (no-descriptivismo conceptual)<sup>69</sup>, por lo que, no-descriptivismo implicaría antirrealis-

<sup>64</sup> SAYRE-MCCORD, «The Many Moral Realism», en G. SYRE-MCCORD (ed.), *Essays on Moral Realism*, London, Cornell University Press, 1988, 1-23.

<sup>65</sup> SAYRE-MCCORD, «The Many Moral Realism», *op. cit.*, 7.

<sup>66</sup> SAYRE-MCCORD, «The Many Moral Realism», *op. cit.*, 9. Debe tenerse presente que aquí la terminología «cognitivismo/no-cognitivismo» (tal vez más propia para el ámbito psicológico o el epistemológico) es usada en el mismo sentido que «descriptivismo/no-descriptivismo», que es la terminología más adecuada para la discusión lingüístico-conceptual.

<sup>67</sup> SAYRE-MCCORD, «The Many Moral Realism», *op. cit.*, 22.

<sup>68</sup> SAYRE-MCCORD, «The Many Moral Realism», *op. cit.*, 22.

<sup>69</sup> SAYRE-MCCORD, «The Many Moral Realism», *op. cit.*, 5.

mo. Dado que nada dice acerca de la posible implicación del descriptivismo respecto del realismo, si se supone que eso significa la negación de esa implicación, aquí también se daría una asimetría entre las posiciones conceptuales respecto de las ontológicas (sólo no-descriptivismo implicaría antirrealismo, mientras que descriptivismo no implicaría realismo).

Este autor representa otro interesante ejemplo del tipo de afirmaciones comprometidas con cuestiones éticas de tercer orden. Aquí también, como en los ejemplos anteriores, las afirmaciones son efectuadas en un contexto muy general, por lo que adolecen de una adecuada precisión y fundamentación.

IV) En cuarto lugar, se considerará, a modo de contrapunto con los autores anteriores, un caso en línea con la hipótesis de la independencia. El autor a considerar es A. McINTYRE<sup>70</sup>.

El caso de McINTYRE resulta muy interesante ya que ofrece un tipo muy particular, y ciertamente raro en la literatura, de combinación posible entre posiciones conceptuales y ontológicas, la cual contradice alguna de las afirmaciones de implicación anteriormente analizadas; en especial, la pretensión de SAYRE-McCORD en cuanto a que realismo moral implica descriptivismo. En particular, MACINTYRE asume la compatibilidad de realismo moral (aunque en una versión muy particular) con no-descriptivismo.

Según este autor, el emotivismo no sólo parece ser una interpretación adecuada del lenguaje moral en Cambridge después de 1903<sup>71</sup>. En otro pasaje de su obra, en el que destaca la decadencia moral vivida por nuestra cultura a comienzos del presente siglo, señala que, en una tercera etapa de esa decadencia, el emotivismo consigue una amplia aceptación. «Hoy la gente piensa, habla y actúa en gran medida como si el emotivismo fuera verdadero. [...] El emotivismo está incorporado a nuestra cultura»<sup>72</sup>. El emotivismo es entendido aquí en el sentido de una teoría del significado y del uso del lenguaje moral, esto es: «que en la discusión moral la aparente aserción de principios funciona como una máscara que encubre expresiones de preferencia personal»<sup>73</sup>.

Su rechazo al emotivismo se dirige no tanto a su aspecto lingüístico-conceptual, ya que éste representa una correcta descripción del estado del discurso moral contemporáneo, sino que se dirige hacia su aspecto ontológico/epistemológico, entendido ahora como una posición de acuerdo con la cual «no hay ni puede haber ninguna justificación racional válida para postular la existencia de normas interpersonales y objetivas, y que en efecto no hay tales normas»<sup>74</sup>. En este sentido, afirma que:

«el rechazo de una gran parte [del *ethos* característico del mundo moderno] proveerá de un punto de vista racional y moralmente defendible desde el que juzgar y actuar, y en cuyos términos evaluar los diversos y heterogéneos esquemas morales rivales que se disputan nuestra lealtad»<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> Cfr. MACINTYRE, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 1987.

<sup>71</sup> MACINTYRE, *op. cit.*, 33.

<sup>72</sup> MACINTYRE, *op. cit.*, 39.

<sup>73</sup> MACINTYRE, *op. cit.*, 35.

<sup>74</sup> MACINTYRE, *op. cit.*, 35.

<sup>75</sup> MACINTYRE, *op. cit.*, 10.

En una línea que lo vincula con el *comunitarismo*, afirma que: «Lo que importa ahora es la construcción de formas locales de comunidad»<sup>76</sup>; y que «la tradición moral aristotélica es el mejor ejemplo que poseemos de una tradición cuyos seguidores están en condiciones de tener cierta confianza racional en sus recursos epistemológicos y morales»<sup>77,78</sup>.

En definitiva, la combinación metaética admitida por MACINTYRE (realismo y no-descriptivismo), por un lado, contradice la implicación pretendida por SAYRE-MCCORD (realismo implica descriptivismo), y por otro lado, representa un tipo tan particular de entrecruzamiento entre tesis conceptuales y ontológicas (realismo y no-descriptivismo) que resulta, aunque no se presente de forma explícita, un ejemplo muy interesante en línea con la hipótesis de la independencia entre cuestiones metaéticas<sup>79</sup>.

Algo similar sucede con la combinación metaética admitida por MACKIE (descriptivismo y antirrealismo), la cual, más allá de resultar opuesta a la implicación pretendida por SMITH (descriptivismo implica realismo), ofrece también otro interesante ejemplo en línea con la hipótesis de la independencia.

#### 4. ¿IMPLICACIÓN O INDEPENDENCIA ENTRE CUESTIONES METAÉTICAS?

El análisis anterior ofrece algunos ejemplos ilustrativos del tipo particular de cuestiones ético-filosóficas que aquí han sido identificadas como de tercer orden<sup>80</sup>.

Con la presentación de estos ejemplos<sup>81</sup> se ha intentado poner al descubierto algunas de las debilidades que se aprecian en las afirmaciones de aquellos teóricos que han incursionado en este tipo de cuestiones.

En primer lugar, la reconstrucción de la posición de cada uno de los autores analizados no encuentra apoyo en un cuerpo suficientemente explícito y sistemático de afirmaciones y argumentos. Normalmente son formuladas en contextos generales o introductorios en relación a otras cuestiones filosóficas consideradas.

En segundo lugar, estos autores no parecen estar muy conscientes ni de la tensión existente entre las dos *hipótesis* posibles (implicación o independencia) en torno a

<sup>76</sup> MACINTYRE, *op. cit.*, 322.

<sup>77</sup> MACINTYRE, *op. cit.*, 338.

<sup>78</sup> Aunque el comunitarismo no es una posición muy interesante para el realismo más objetivista, es sin embargo interesante, a los fines del presente argumento, en cuanto es una posición que se presenta a sí misma como superadora del antirrealismo.

<sup>79</sup> No debe tomarse este acercamiento de MACINTYRE a la hipótesis de la independencia entre cuestiones metaéticas como un contrasentido con su posición en contra de la neutralidad entre cuestiones de primero y de segundo orden, ya que se trata de cuestiones meta-metaéticas distintas.

<sup>80</sup> Cabe recordar que aunque el presente análisis se concentra en la relación entre cuestiones ontológicas y conceptuales, el mismo es aplicable a la relación entre cualquiera de las cuestiones metaéticas que puedan diferenciarse (ontológico, conceptuales, psicológica, epistemológicas, justificatorias, etc.).

<sup>81</sup> Existen muchos ejemplos en el mismo sentido. En *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (cfr. M. VAN ROOJEN, «Moral cognitivism vs. non-cognitivism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2009), se afirma que el no-cognitivism es una variedad del irrealismo. PIGDEN ve al naturalismo como una «familia» de doctrinas, y a su vez asocia al naturalismo ontológico con el cognitivism (que en este caso es sinónimo de descriptivismo) (cfr. Ch. PIDGEN, «El naturalismo», en P. SINGER (comp.), *Compendio de ética*, Madrid, Alianza, 1995, 567-580, esp. 567).

esta particular cuestión sobre la metaética, ni del *alcance* pleno de sus afirmaciones, en especial de la totalidad de variables que pueden ser puestas en juego en relación a esta cuestión, tales como: dirección de la implicación y simetría/asimetría en la pretensión de implicación.

En tercer lugar, la reconstrucción de los tres primeros casos considerados, vinculados a la hipótesis de implicación, muestra que cada uno de ellos ofrece una versión distinta de la misma. Lo que de alguna manera es una consecuencia esperable en relación a las dos consideraciones anteriores.

Por último, la provisión de fundamentos que respalden las distintas afirmaciones resulta muy vaga y escasa.

En gran medida, la fuente de estas debilidades radica en el hecho de que sus proponentes no parecen estar plenamente conscientes del nivel discursivo en el que se ubican sus afirmaciones, y por lo tanto de la posibilidad de tomar distancia respecto de la presuposición asumida, de modo de poder contrastarlas con otras hipótesis alternativas.

En definitiva, la reconstrucción clara y sistemática de esta particular cuestión de tercer orden resulta ser el principal desafío que deben enfrentar, en especial, los defensores de la hipótesis de implicación. Una reconstrucción de este tipo es una precondition para la presentación de cualquier argumento en favor de alguna de las versiones posibles de la misma.

Más allá de este tipo de debilidades que acompañan a la hipótesis de la implicación (que por sí solas no bastan para convertirla en la posición meta-metaética incorrecta), sus proponentes parecen mantener la convicción de que no es posible una comprensión filosófica de la moral que resulte independiente de la práctica y de los presupuestos del discurso moral. De este modo, la totalidad de las cuestiones metaéticas en juego, esto es: los presupuestos lingüístico-conceptuales del discurso moral (ontológicos/epistemológicos/motivacionales), los rasgos morales de la psicología humana (cognitivos / motivacionales), el estatus ontológico de la moral, la posibilidad de su conocimiento y su dimensión justificatoria, se presentan estrechamente vinculadas, de modo que cada posición en alguna de esas cuestiones se encuentra internamente relacionada con alguna posición en las otras cuestiones metaéticas<sup>82</sup>.

Ahora bien, a pesar de esta convicción por parte de los partidarios de la hipótesis de la implicación, las debilidades antes señaladas colocan a los defensores de la hipótesis de la independencia con algunas ventajas argumentativo-metodológicas respecto de aquéllos.

Una primera ventaja es que la hipótesis de la independencia al resultar una posición menos ambiciosa (ya que no afirma la existencia de relación alguna entre cuestiones de segundo orden), traslada la carga argumental a quienes propugnan la existencia de una relación de implicación entre las distintas cuestiones metaéticas; y esta tarea,

---

<sup>82</sup> Aunque estas concepciones filosófico-morales son presentadas generalmente como tesis metaéticas (una particular concepción ontológica, o de la objetividad y del conocimiento moral), no debe descuidarse, sin embargo, que ellas están comprometidas con ciertas tesis meta-metaéticas.

como se intentó mostrar, está lejos de haber sido llevada adelante de forma satisfactoria por los defensores de la hipótesis de implicación.

Una segunda ventaja es que la hipótesis de la independencia, al estar comprometida con la distinción de una multiplicidad de cuestiones metaéticas, se sirve de las ventajas propias del análisis (en general) para prevenir, y así evitar, confusiones innecesarias en el tratamiento de los principales problemas de la filosofía moral. En este sentido, la independización de las distintas cuestiones de segundo orden, así como la utilización de una terminología distintiva para identificar las posiciones en conflicto en el interior de cada una de ellas, resulta imprescindible, al menos como punto de partida, para una comprensión clara y acabada de la problemática metaética.

Una tercera ventaja es que, aun si resultase incorrecta la hipótesis de la independencia, su postulación se presenta como una fuente de equívocos mucho menos significativa para la discusión filosófica, que lo que resultaría la postulación incorrecta de la hipótesis de la implicación. La reconstrucción independiente de cada cuestión metaética no es, en sí misma, un obstáculo para una posterior vinculación entre ellas, incluso podría resultar una precondition insoslayable para una adecuada propuesta de implicación.

En definitiva, los defensores de la hipótesis de la implicación deberían, en primer lugar, efectuar la reconstrucción completa de las combinaciones posibles en torno a esta particular cuestión meta-metaética, y en segundo lugar, explicitar los fundamentos que apoyen a la posición propuesta. Mientras estas dos condiciones no se satisfagan, la hipótesis de independencia se presenta como la posición meta-metaética con las mayores ventajas argumentativas.



# LA SEMÁNTICA CONFUSA DE LA IGUALDAD \*

Ricardo García Manrique

*Universidad de Barcelona*

**RESUMEN.** El recurso al valor de la igualdad en el discurso práctico es muy frecuente, pero quizá no es necesario ni conveniente y, en ese caso, deberíamos renunciar a él. En este trabajo intento mostrar que, al menos en el ámbito de las teorías de los derechos: 1) el recurso al valor de la igualdad no es necesario porque, cuando el término «igualdad» se usa para designar un valor, lo que designa, según los casos, es el valor que corresponde a la justicia o a la libertad, o bien ciertos hechos acerca de la naturaleza humana; es decir, la igualdad no posee un valor autónomo y distinto. También 2) que ese recurso no es conveniente porque da lugar a enunciados de significado confuso que dificultan el análisis correcto de los problemas normativos. En consecuencia, debemos evitar el uso valorativo del término «igualdad» o, si lo seguimos usando, ser conscientes de que no designa un valor distinto del de la justicia o el de la libertad. De este modo, las propuestas políticas igualitaristas, como la que expresan los derechos sociales, resultarán mejor articuladas y más atractivas.

**Palabras clave:** igualdad, justicia, libertad, derechos, valores, igualitarismo.

**ABSTRACT.** Appealing to the value of equality in practical discourse is frequent, but it is perhaps not necessary nor advisable; if this is the case, we should give up using it. In this essay I try to show that, at least within the sphere of rights theories: 1) the appeal to the value of equality is not necessary because, when the word «equality» is used to name a value, what it really names is the value of justice or the value of freedom or certain facts concerning human nature; *i. e.*, equality does not hold any autonomous or distinct moral worth. Besides, 2) the appeal to equality is not advisable because it produces confusing statements that prevent from a correct analysis of normative problems. Consequently, we should avoid the evaluative use of the word «equality» or, if we keep on using it, be aware that it does not refer to a value different from that of justice or freedom. This way egalitarian political proposals, such as the one expressed by social rights, will be better formulated and more attractive.

**Keywords:** equality, justice, freedom, rights, values, egalitarianism.

---

\* Fecha de recepción: 22 de marzo de 2011. Fecha de aceptación: 5 de abril de 2011.

## 1. EL DISCUTIBLE VALOR DE LA IGUALDAD

**E**l discurso moral, político y jurídico está plagado de referencias al valor de la igualdad o al valor de alguna de las varias igualdades en que parece ser que se descompone: igualdad ante la ley, igualdad formal, igualdad material o sustantiva, igualdad jurídica, igualdad de hecho, igualdad como equiparación, igualdad como diferenciación, etc. A menudo, el sentido de estas referencias no está nada claro, de manera que su proliferación da lugar a un empleo confuso del término: es difícil saber de qué hablamos cuando hablamos de igualdad. A primera vista, parece que la igualdad, considerada de forma unitaria o simple, expresa un valor distinto del de la justicia y del de la libertad (por ejemplo, así lo da a entender el art. 1 de la Constitución española); por otra parte, parece que la igualdad, cuando es calificada de alguna manera, expresa valores distintos entre sí, de modo que el valor de la igualdad ante la ley y el de la igualdad material, el valor de la igualdad jurídica y el de la igualdad fáctica, parecen no ser uno y el mismo.

Sin embargo, un análisis más atento puede mostrar: 1) que el valor atribuido a la igualdad no es un valor autónomo y distinto, sino, según los casos, el que corresponde a la justicia y a la libertad, y 2) que los distintos valores expresados por las distintas igualdades son, también, los de la justicia y la libertad. Si esto puede mostrarse, quizá sería conveniente renunciar a emplear el término «igualdad» a la hora de justificar axiológicamente normas, derechos o acciones, y usar en su lugar los términos «justicia» o «libertad»; o, por lo menos, habría que tomar conciencia de que los enunciados que apelan a la igualdad en realidad están apelando a la justicia o a la libertad. De este modo, el lenguaje de la igualdad no se prestaría a tanta confusión como se presta: ganaríamos claridad y precisión, y estaríamos en mejor disposición para abordar algunos problemas clásicos de la filosofía política en los que la igualdad juega un papel, y entre los que destaca el conflicto que supuestamente la enfrenta con la libertad.

Con este fin, examinaré cuál es el lugar que corresponde al valor de la igualdad en un contexto concreto, el de las teorías de los derechos humanos o fundamentales, que son teorías fuertemente igualitarias, tanto si son teorías morales como si son teorías jurídicas. Las razones de la elección de este contexto son dos: una es ese componente igualitario que contienen estas teorías, del que se deduce que éste sería uno de los entornos del discurso práctico donde el valor de la igualdad habría de ser más relevante, si es que un valor tal pudiera ser afirmado; la otra es que me he interesado por la determinación del valor de la igualdad a la hora de reflexionar sobre el carácter fundamental de los derechos sociales; quizá merezca la pena hacer ver la conexión entre ambos asuntos, como forma de comprender la relevancia práctica de la indagación sobre el valor de la igualdad.

Sabido es que los derechos sociales suelen considerarse fundados en el valor de la igualdad y que el conflicto entre la libertad y la igualdad suele plantearse a la hora de determinar si tales derechos han de figurar en el catálogo de los derechos fundamentales y si lo han de hacer en el mismo plano o con la misma fuerza o relevancia que los demás. En general, la presentación dicotómica, dilemática o enfrentada de los valores de la igualdad y la libertad ha hecho pensar que cuando se sirve la causa de la libertad se perjudica la de la igualdad, y viceversa; o que una comunidad política más igualitaria es en

algún sentido una comunidad política menos libre, y viceversa, porque ambos valores plantean exigencias distintas, divergentes y hasta contradictorias. Para la justificación de los derechos sociales, la dicotomía es nociva porque, en el mejor de los casos, hace creer que los derechos sociales están justificados porque sirven a la igualdad, pero en este caso son derechos que deben ser en alguna medida restringidos para que no perjudiquen en demasía la causa de la libertad, con lo que su número o su alcance habrá de reducirse. En el peor de los casos, se ha sostenido que los derechos fundamentales sirven sólo a la libertad y que, por tanto, los derechos sociales, dado que sirven a la igualdad, han de quedar fuera del ámbito de los derechos fundamentales. También cabe la posibilidad de que se afirme que libertad e igualdad son servidas conjuntamente por todos los derechos, pero esta afirmación, si es algo más que una obviedad, no ayuda mucho.

Yo creo que, en efecto, todos los derechos fundamentales sirven a la causa única de la libertad, pero que entre ellos se cuentan también los derechos sociales. La confirmación de esta creencia requiere, ante todo, dar razones de la conexión entre la libertad y los derechos sociales y, para ello, exige una reformulación o esclarecimiento del concepto de libertad. Sin embargo, el supuesto valor de la igualdad anda por medio y resultará muy útil, siendo posible, como creo que lo es, la tarea de descartar ese supuesto valor, despejando así el panorama axiológico que contemplamos. Para la correcta formulación de una teoría de los derechos fundamentales y para la ubicación de los derechos sociales dentro de ella, estoy convencido de que la errónea atribución de la categoría de valor a la igualdad resulta tan perturbadora como la comprensión inadecuada de la libertad. En cambio, una vez apartada la igualdad, habrá que convenir en que no sirve para identificar ni para justificar un tipo de derechos ni, por supuesto, cabe oponerla en modo alguno al valor de la libertad; sin embargo, la intuición a favor de los derechos sociales seguirá en pie y estaremos en mejor disposición para articularla racionalmente a través de su vinculación con la libertad, que podrá ser establecida con más precisión sin el concurso de la igualdad.

La conclusión a la que llegará el examen que propongo es que, en el ámbito de las teorías de los derechos, el uso del término «igualdad» remite o bien al valor de la justicia o bien al valor de la libertad o bien a ciertos hechos, de manera que es posible formular una teoría de este tipo sin apelar al valor de la igualdad, con lo que podemos renunciar a él tranquilamente. Aunque la conclusión se ciñe al ámbito de las teorías de los derechos, espero que sea útil también para los que se interesan por otros asuntos de la filosofía práctica<sup>1</sup>.

## 2. EN EL NOMBRE DEL IGUALITARISMO

Para evitar equívocos, importa reiterar el sentido de esta tarea. El nombre de la igualdad ha servido, y sirve, para designar causas de lo más noble. Bajo su bandera

---

<sup>1</sup> Por supuesto, no soy el primero en intentar el descarte de la autonomía o especificidad del valor de la igualdad. Cabe recordar los trabajos de BOBBIO, 1993: 56-61; RAZ, 1986: 217-244, o GUIBOURG, 1996. La lectura de cualquiera de ellos, sobre todo del de BOBBIO, debería servir para los mismos fines que se buscan aquí. Son también muy útiles para esta causa los trabajos de P. WESTEN (WESTEN, 1982 y 1990), aunque, en realidad, son un análisis de la idea que en este artículo llamaré «justicia». Acaso la particularidad de mi enfoque radica en que está orientado a la fundamentación de los derechos sociales.

se han librado, y se libran, batallas que dignifican la historia política y social. Ninguna de esas causas y de esas batallas está aquí en cuestión, sino sólo si el valor de la igualdad es el más adecuado para identificarlas y promoverlas. Por eso, no hay que temer que la renuncia al supuesto valor de la igualdad en modo alguno deje abierta la puerta a la justificación de una sociedad más desigualitaria. Nada más lejos de la realidad, porque, si no yerro, es justamente al contrario: en lo que atañe a los derechos sociales, su fundamento no se verá debilitado, sino fortalecido, porque no requieren más justificación normativa que la que aporta el valor de la libertad, y esta justificación es mucho más fuerte y consistente que la que puede obtenerse a partir de la igualdad.

Tampoco el igualitarismo, concebido como cierto credo político, o como cierto rasgo típico de algunos credos políticos, ha de apoyarse en el valor de la igualdad, sino en el de la justicia, en el de la libertad, y en el reconocimiento de una cierta manera de ser común a todos los seres humanos. Creo que cualquier principio moral, político o jurídico que se exprese mediante el recurso a la igualdad puede expresarse también, y con más claridad y precisión, mediante el recurso a la justicia y la libertad. Por tanto, no se trata de que las exigencias normativas que se arropan con el manto de la igualdad sean ilegítimas o vacuas, sino, más bien, de que esas exigencias deben vestirse con otro traje más apropiado. No sé si estas pocas palabras bastarán para limar las reticencias que a menudo suscita quien se dispone a cuestionar el valor de la igualdad. Si no bastan, espero que sean vencidas por la fuerza de los argumentos que siguen y, en última instancia, por el hecho de que no es difícil extraer consecuencias netamente igualitarias de la conclusión a la que llega este ensayo. Por eso, podemos decir, con aparente paradoja, que la puesta en cuestión del valor de la igualdad debe hacerse en el nombre y por la causa del igualitarismo.

Con este fin, propongo un análisis en tres pasos. Primero, examinaré tres apariciones típicas de la igualdad en las teorías de los derechos para mostrar que ninguna de ellas requiere una consideración axiológica autónoma de la misma; segundo, me detendré en la igualdad ante la ley; y, tercero, en la igualdad material (de oportunidades, de bienestar o de recursos), en uno y otro caso con la intención de hacer ver que ninguna de ellas expresa tampoco valor intrínseco o específico alguno y que no necesitamos recurrir a ninguna de ellas para fundamentar nuestros juicios morales, nuestras creencias políticas o nuestra práctica jurídica.

### **3. TRES APARICIONES DE LA IGUALDAD EN TODA TEORÍA DE LOS DERECHOS**

Supongamos que alguien se dispone a formular una teoría de los derechos fundamentales que deben atribuirse a las personas. Quien formula una teoría de este tipo asume tres premisas en las que la igualdad está presente, y que son:

1. Que se trata de una teoría normativa, es decir, de una teoría que contiene normas.
2. Que se trata de una teoría de la justicia.
3. Que los seres humanos son básicamente iguales en ciertos aspectos relevantes.

En efecto, cada una de las tres premisas incluye una referencia a la igualdad y, por tanto, una teoría de los derechos es igualitaria en al menos tres sentidos: porque es una teoría normativa, porque es una teoría de la justicia y porque se basa en la creencia en cierta igualdad entre los seres humanos. A las tres igualdades presentes en las tres premisas podemos calificarlas como lógica, axiológica y fáctica.

### 3.1. Igualdad lógica

La igualdad contenida en la primera premisa aparece como un elemento lógico de la idea de norma. Toda norma es un esquema de calificación de la realidad que permite tratar conjuntamente una serie de casos, a partir de la extracción de todos ellos de un rasgo común, que es el que autoriza a calificarlos como iguales<sup>2</sup>. Toda norma, en este sentido trivial, es igualitaria, porque permite calificar como iguales a ciertos casos; es decir, una norma es igualitaria porque es, en alguna medida, general. Cuestión distinta es que el rasgo o propiedad común a todos los casos que es tomado en consideración por la norma no sea relevante, es decir, no venga a cuento, porque no consideremos oportuna su vinculación con la consecuencia de la norma. Por ejemplo: si una norma dictamina que «serán aprobados todos los alumnos que se sientan en la primera fila», es obvio que esta norma contempla una categoría de sujetos iguales (igualmente sentados en primera fila), pero bien puede creerse que esta igualdad es irrelevante al efecto de aprobar, quizá porque estar sentado en primera fila no constituye mérito alguno que haya de asociarse con aprobar o no. Los alumnos sentados en primera fila son, de hecho, iguales en ese aspecto (el de estar ahí sentados) y, por obra y gracia de la norma, son también normativamente iguales, en el sentido de que a todos ellos se les atribuye la misma consecuencia, la de aprobar. La norma en cuestión puede ser calificada como injusta, por considerar relevante una propiedad que no lo es, pero lo cierto es que toda norma, injusta o no, es igualitaria, en cuanto que obliga a tratar igual los casos que son considerados iguales, es decir, a atribuir la misma consecuencia a todos los casos englobados por el supuesto fáctico. Sin embargo, esta igualdad no dota de valor alguno a las normas, como lo muestra el ejemplo, que es el de una norma injusta y, por eso, no valiosa. Una teoría de los derechos es igualitaria, en este primer sentido, porque está compuesta por normas, pero esta igualdad es moralmente irrelevante. No necesitamos aquí atribuir a la igualdad el estatuto de valor, sino solamente comprender lo que es una norma.

Cabe repetir que, salvo las normas individuales (una categoría problemática que no tendré en cuenta aquí porque el argumento no lo requiere), toda norma ha de tomar en consideración a categorías de sujetos u objetos iguales en algo. Uno debe distinguir entre el hecho de esta igualdad y la relevancia o irrelevancia de la misma en relación con la consecuencia prevista por la norma. La norma, en función de esta relevancia, será justa o injusta, correcta o incorrecta, pero será siempre igualitaria en el sentido de que trata con grupos de iguales y porque les atribuye igual consecuencia.

Por la misma razón, cualquier actividad de aplicación de normas es una actividad igualitaria, ahora en el sentido de que requiere, lógicamente, tratar igual (y como la

<sup>2</sup> Ross, 1997: 34-42.

norma establece) los casos considerados iguales por esa norma. Por eso, al aplicar una norma estamos actuando igualitariamente, de nuevo con independencia de cuál sea el contenido de esa norma. Es cierto que algunos creen que aplicar consistentemente las normas, con independencia de cuál sea su contenido, es una actitud moralmente valiosa, y hacen radicar en la igualdad el valor de esta acción. Sin embargo, el valor que pueda haber en la acción de aplicación de normas es acaso el de la justicia, porque, en cierto sentido (al que se suele llamar «formal»), aplicar una norma siempre es justo, formalmente justo (en el sentido de que se tratan igual los tratos igualmente considerados por la norma). Con la misma intención, podemos hablar de «justicia legal», como ARISTÓTELES, de «justicia como regularidad», como RAWLS, o de «justicia en la aplicación del Derecho», como HART<sup>3</sup>. Incluso hay quienes, desde HOBBS hasta ROSS, consideran que ésta es la única justicia de la que se puede hablar<sup>4</sup>. En todo caso, si el valor que está en juego es el de la justicia, esto nos conduce al análisis de la siguiente premisa, en el que la igualdad se vincula con ella y no con la mera idea de norma.

### 3.2. Igualdad axiológica

En la segunda premisa, la igualdad vuelve a aparecer, ahora como elemento constitutivo o «médula» de la justicia<sup>5</sup>. Por lo menos desde ARISTÓTELES, la justicia es definida como el trato igual para los iguales y desigual para los desiguales<sup>6</sup>. Por eso, cuando actuamos justamente, actuamos también igualitariamente, de acuerdo con una regla de igualdad que nos permite determinar quiénes son iguales o desiguales para cierto efecto o consecuencia (el trato dispensado). Por tanto, toda norma justa es una norma igualitaria en este sentido, que, nótese, no corresponde con el anterior. Una norma es siempre igualitaria en el primer sentido, pero sólo es igualitaria en el segundo sentido cuando es justa. En cambio, una norma injusta es desigualitaria en este segundo sentido, porque no trata igualmente a los iguales o no trata desigualmente a los desiguales.

De este modo, y por exigencia de esta segunda premisa, toda teoría de los derechos es una teoría igualitaria porque es una teoría de la justicia. Esto no supone atribuir estatuto axiológico alguno a la igualdad, sino darlo por supuesto para la justicia, conceptualmente igualitaria por lo que vengo diciendo. Podemos hablar, en este caso, de una igualdad axiológica en el bien entendido de que el valor que ponderamos aquí es el de la justicia, puesto que el valor que no respeta la norma injusta no es el de la igualdad, sino el de la justicia, y conviene insistir en ello porque, a menudo, se acusa a una norma de desigualitaria cuando, en realidad, su vicio consiste en ser injusta. Esta desigualdad, que es moralmente rechazable porque genera injusticia, puede ser de dos tipos.

Según el primer tipo, la norma no atina con el criterio adecuado para determinar quiénes han de ser considerados iguales y quiénes desiguales a los efectos de la conse-

<sup>3</sup> ARISTÓTELES, 1985: 1317b; RAWLS, 1973: 235; HART, 1980: 255.

<sup>4</sup> HIERRO, 2002: 14.

<sup>5</sup> RADBRUCH, 1974: 31.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES, 1985: 1131a, y 1997: 1280a.

cuencia normativa, dando lugar a un trato desigual para los que deberían ser tratados igual. Así podía considerarse la punición del adulterio en el Código Penal español de 1944 (que exigía reiteración en el caso del varón pero no en el de la mujer), siempre que creamos que el género del adúltero no es relevante a los efectos de determinar los elementos del tipo penal (en contra de lo que parecía creer el legislador de la época). El varón y la mujer debían ser tratados igualmente y no lo eran; en este caso, la norma era desigualitaria, pero su defecto moral radicaba en la injusticia y no en la desigualdad como tal. Es fácil comprobarlo si tenemos en cuenta que, en otras ocasiones, ocurre lo contrario, es decir, que una norma que trata de manera desigual al varón y a la mujer es considerada justa, como muchos creen que es la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en su Título IV modifica varios preceptos penales, imputando a ciertos delitos penas mayores para el varón que para la mujer. En este caso, el mérito moral de la norma, si en efecto lo tiene, no puede radicar en el trato igual sino en el trato desigual.

Según la desigualdad del segundo tipo, la norma acierta a la hora de determinar quiénes son iguales y desiguales a la hora de aplicarles una consecuencia, pero no lo hace a la hora de determinar la consecuencia. Es el caso de la norma que castiga el homicidio con la pena de muerte, si creemos que la pena de muerte no es merecida por los homicidas. En este caso, la norma es desigualitaria en dos sentidos: primero, porque trata desigualmente a los homicidas y a los que no lo son, pero esto lo consideramos justo; segundo, porque trata desproporcionadamente a los homicidas, sometiéndolos a una pena indebida, y por eso consideramos injusta a la norma. No es, por tanto, la desigualdad lo que convierte a la norma en moralmente incorrecta, sino la injusticia.

A menudo, cuando la igualdad es considerada como un valor, lo que se quiere decir precisamente es que el trato igual para los iguales y desigual para los desiguales es un valor, esto es, que la justicia es un valor. En estos casos, o bien los términos «justicia» e «igualdad» se usan como sinónimos o bien el término «igualdad» se usa para designar a lo que aquí hemos llamado «justicia» y el término «justicia» se usa para designar alguna otra cosa. El primer caso es el de WESTEN, que establece:

«Por “igualdad” entiendo la proposición en Derecho y en ética de que “la gente que es igual debe ser tratada igualmente” y su correlativa, que “la gente que es desigual sea tratada desigualmente”».

Y más adelante:

«“Justicia” significa “dar a cada persona lo suyo”»<sup>7</sup>.

Para acabar mostrando que igualdad y justicia, tal y como han sido definidas, son la misma cosa, algo con lo que es difícil discrepar. El segundo caso parece ser el de LAPORTA, para quien el principio de igualdad significa que:

«Los seres humanos, sean cuales sean sus rasgos comunes o distintivos, deben ser tratados como iguales».

Un principio que incluye, a su vez, «tanto a los de no discriminación como a los de tratamiento diferenciado por rasgos relevantes» (o sea, trato igual para lo igual y desigual para lo desigual). En cambio:

<sup>7</sup> WESTEN, 1982: 539 y 556.

«Yo prefiero utilizar la expresión “justicia” como un vocablo genérico que denota tanto ambos tipos de principios de igualdad como otros relacionados con la certeza (lo que se ha llamado “justicia natural”) y con la libertad»<sup>8</sup>.

Es decir, se denomina «igualdad» a lo que aquí he llamado «justicia» y se reserva el término «justicia» para ese conjunto más amplio de principios que, junto con otros, incluye a la propia igualdad.

En ambos casos estamos ante una cuestión puramente terminológica, puesto que se trata de elegir entre dos nombres (justicia e igualdad) para designar un mismo valor, que podemos seguir describiendo como el que consiste en el trato igual para los iguales y el trato desigual para los desiguales. Si el valor que se atribuye a la igualdad es el que corresponde a este tipo de trato, no debe haber mayor problema en admitirlo. Puede haber razones a favor y en contra del uso de uno u otro término. Uno puede pensar, por ejemplo, que, teniendo en cuenta lo que suele entenderse hoy por «teoría de la justicia», parece recomendable no limitar el nombre de «justicia» al principio aristotélico, sino usarlo para un entramado más amplio y complejo de principios, y reservar el nombre de «igualdad» para el principio aristotélico. No estoy seguro de que ésta sea una buena opción, porque, a pesar de los muchos contenidos que hoy podemos encontrar bajo el nombre de «teoría de la justicia», quizá pueden seguir siendo comprendidos como una respuesta, todo lo compleja que se quiera, a las preguntas que necesitamos responder para saber quiénes son iguales y quiénes no lo son, en función de qué, y cómo han de ser tratados unos y otros, de manera que sería precisamente la idea de la justicia aristotélica, y no otra, la que unificaría todos esos contenidos.

Una muestra significativa de ello es la teoría de la justicia de RAWLS, cuyo declarado objeto es «la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, la manera en que las principales instituciones sociales distribuyen derechos fundamentales y deberes y determinan la división de las ventajas derivadas de la cooperación social». El propio RAWLS considera que su enfoque concuerda con el tradicional, puesto que, explica, si bien ARISTÓTELES parece referirse a la justicia como a una propiedad de determinadas acciones, su definición «claramente presupone una justificación de lo que pertenece propiamente a una persona y de lo que le es debido», y esta justificación deriva con frecuencia de las instituciones sociales y de las expectativas que suscitan, es decir, del que constituye el objeto de su teoría. No es casualidad que su contenido principal esté compuesto por los dos principios de la justicia, que son, precisamente, un principio de igualdad y otro de desigualdad, replicando la estructura de la fórmula aristotélica<sup>9</sup>.

En cambio, hay ocasiones en que el valor de la igualdad, aunque siga relacionado con el de la justicia, es considerado distinto del de ésta, de manera que la cuestión no es aquí sólo terminológica y, por tanto, merece mayor atención. RUIZ MIGUEL, en referencia a la equiparación entre igualdad y justicia que establece WESTEN, objeta:

«No parece del todo exacta la afirmación de que “igualdad” es un término de significación tan proteica que, equivaliendo al de justicia en sus formulaciones prescriptivas, pueda incorporar tanto las relaciones de (justa) igualdad como las de (justa) desigualdad»<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> LAPORTA, 1985: 4 y 26.

<sup>9</sup> RAWLS, 1973: 7, 10 y 14.

<sup>10</sup> RUIZ MIGUEL, 2002: 691.

La razón que ofrece para sustentar esta objeción es que no todas las relaciones de desigualdad justa pueden ser formuladas como relaciones igualitarias, y pone dos ejemplos: el de la tributación progresiva, que no se puede reconducir a la igualdad proporcional, y el del alcance del principio constitucional de igualdad ante la ley, que exige el trato igual para los iguales pero no el trato desigual para los desiguales. Lo que parece deducirse de aquí es que, si la objeción es correcta, el valor de la igualdad no es el mismo que el valor de la justicia. La relación entre uno y otro sería de inclusión: toda igualdad moralmente deseable (como la exigida por la igualdad ante la ley) sería una igualdad justa, pero habría normas justas (como las que establecen la tributación progresiva) que no serían igualitarias. Sin embargo, no creo que esta conclusión pueda llevar a afirmar el valor de la igualdad con independencia del valor de la justicia. La razón la encontramos en el mismo texto de RUIZ MIGUEL, un poco antes, cuando observa que:

«Al contrario de términos como “bondad”, “corrección” o “generosidad” (y podemos añadir “justicia”), el término “igualdad”, incluso en su significado prescriptivo, no es intrínsecamente ponderativo, esto es, no es un término que por definición no pueda ser usado con connotaciones neutras o, incluso, desfavorables. Es cierto que habitualmente, por razones culturales, psicológicas e históricas, “igualdad” tiende a asumir una carga valorativa positiva, pero no es contradictorio afirmar que hay igualdades indeseables»<sup>11</sup>.

A continuación, RUIZ MIGUEL explica que el fundamento de estas connotaciones desfavorables que puede tener la igualdad en ocasiones se debe al criterio de justicia de ARISTÓTELES, de acuerdo con el cual la igualdad y la desigualdad pueden ser justas o injustas, moralmente deseables o moralmente indeseables. Luego de aquí se sigue que no es la igualdad como tal la que convierte en moralmente deseable a una norma o a una acción, sino la justicia. Si el término «igualdad» no es intrínsecamente ponderativo es precisamente porque no designa un valor, como sí lo designan los términos «bondad», «generosidad» o «justicia», y por eso sí son intrínsecamente ponderativos.

La justicia, por tanto, puede dar cuenta de todas las igualdades moralmente deseables: todas las que lo son, lo son porque son igualdades justas. Sin embargo, si mantenemos la objeción avanzada por RUIZ MIGUEL, la igualdad no podría dar cuenta de todo el rango de lo justo. Esto creo que no debe preocuparnos demasiado ahora porque el hecho de que la justicia requiera en ocasiones una desigualdad no susceptible de ser formulada como relación igualitaria no es un argumento a favor de la consideración axiológica de la igualdad sino, acaso, un argumento en contra de la opción por denominar «igualdad» a la justicia. Aunque no puedo considerarlo aquí con el detenimiento necesario, el ejemplo de la tributación progresiva pondría de relieve, en efecto, que no es conveniente llamar «igualdad» a la justicia, si damos por supuesto que se trata de un sistema justo de tributación y que no es igualitario en ningún sentido aceptable del término (cosa que cabe por lo menos discutir, pues hay quien sostiene que la progresividad es un tipo de igualdad proporcional, siendo el otro la proporcionalidad en sentido estricto)<sup>12</sup>. En cuanto al ejemplo del principio constitucional de igualdad ante la ley, que supuestamente exigiría trato igual para los iguales pero no trato desigual

<sup>11</sup> RUIZ MIGUEL, 2002: 688.

<sup>12</sup> Díez-PICAZO, 2005: 200.

para los desiguales, creo que plantea una cuestión distinta, de la que me ocuparé en la sección cuarta, dedicada específicamente a ese principio.

Otra combinación distinta entre la igualdad y la justicia la encontramos en el que DWORKIN considera que es el primer y principal derecho de las personas, a saber, el derecho a igual consideración y respeto. Este derecho, o principio, parece el resultado de la suma de dos afirmaciones diferentes: una, que el primer y principal derecho de las personas es el derecho a ser tratados con justicia; y dos, que las personas son relevantemente iguales en tanto que poseedoras de ciertas cualidades que hay que suponer previamente identificadas, de manera que todas ellas merecen consideración y respeto iguales y no distintos (como sucedería si, en vez de personas, fuesen otra cosa). Veámoslo a partir de uno de los pasajes en que se contiene su afirmación y donde se expresan tales cualidades:

«El gobierno debe tratar a los gobernados con consideración, es decir, como seres humanos capaces de sufrimiento y frustración, y con respeto, es decir, como seres humanos capaces de formarse y de actuar en función de concepciones inteligentes acerca de cómo deben vivir sus vidas. El gobierno debe tratar a la gente no sólo con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto»<sup>13</sup>.

Y añadamos que, al comienzo de su libro dedicado específicamente a la igualdad, escribe que la igual consideración y respeto es una «precondición de la legitimidad política»<sup>14</sup>. ¿Qué pretende decir DWORKIN con todo esto? Entiendo que lo siguiente: si los seres humanos son fácticamente iguales para sufrir o frustrarse, para formarse y actuar en función de concepciones de la vida buena, entonces deben ser igualmente tratados, en el sentido de igualmente considerados y respetados. Y esto significa que, a la hora de actuar justamente (que es lo que se supone que debe hacer el gobierno con los gobernados), debemos empezar por tener en cuenta que los sujetos de la relación justa son todos los seres humanos, y no sólo algunos de ellos; pero esto no parece que añada nada a la suma resultante de afirmar: 1) el valor de la justicia, y 2) un cierto tipo de igualdad de hecho entre los seres humanos, es decir, las premisas igualitarias segunda y tercera de toda teoría de los derechos tal cual las enuncié al principio de esta sección. Por eso, la igual consideración y respeto es una «precondición de la legitimidad política», lo que, en cuanto atañe a lo normativo (a la justicia, no a la manera de ser de los humanos), no es más que decir que la disposición a actuar justamente (o a actuar de acuerdo con el correspondiente esquema de legitimidad política) es una precondición para actuar justamente, algo de lo que no podemos discrepar.

Por eso, también, DWORKIN puede sostener que «el derecho a igual consideración y respeto es más abstracto que las concepciones estándar de la igualdad que distinguen a diferentes teorías políticas»<sup>15</sup>; porque toda teoría política, si es una teoría de la legitimidad política, es una teoría de la justicia, y casi todas las teorías políticas contemporáneas (si es que no todas) asumen la radical igualdad de todos los seres humanos. En este carácter igualitario de todas las teorías políticas hace hincapié también SEN, aunque no acaba de explicar por qué, a salvo de la sola referencia a su carácter norma-

<sup>13</sup> DWORKIN, 1978: 272-273.

<sup>14</sup> DWORKIN, 2000: 2.

<sup>15</sup> DWORKIN, 1978: 180.

tivo; cabe pensar que hubiera podido añadir que se debe a las razones que acabo de apuntar, y no sólo, aunque también, al hecho de que se trate de teorías normativas<sup>16</sup>.

En consecuencia, no parece que cuando DWORKIN llama «virtud soberana» a la igualdad se refiera a otra virtud distinta de la de la justicia, esa a la que RAWLS llama «primera virtud» de las instituciones sociales<sup>17</sup>. Entendida como igual consideración y respeto de las personas, la igualdad no supone un valor distinto del que atribuimos a la justicia, sino que añade la simultánea constatación de la igualdad fáctica de todas las personas. Dado que esta constatación lo es de un hecho, debería separarse de la prescripción de la virtud o valor público soberano, que es una proposición normativa. No veo ventaja alguna en mezclar en una única afirmación un juicio de hecho y un juicio de valor cuando ambos pueden enunciarse con mayor claridad por separado, salvo que, como apunta RAZ, quizá se obtenga una fórmula más «atractiva», «retórica» o «a la moda», aunque, eso sí, al precio de la «confusión intelectual»<sup>18</sup>.

Uno de esos atractivos que podría tener una fórmula como la de DWORKIN sería acaso que el primer valor de lo político no sería un valor vacío, sino dotado de cierto contenido sustantivo; y éste sería un atractivo que quizá podríamos extender también al más genérico uso del término «igualdad» para designar a la justicia, en la medida en que sugiera esa igualdad fáctica entre los seres humanos a la que DWORKIN se refiere. Más de una vez se ha insistido en que la justicia es un valor vacío o puramente formal y puede resultar paradójico, si no desorientado, proponer la renuncia a un valor pretendidamente sustantivo como el de la igualdad en el nombre de un valor que no lo es, como el de la justicia.

Un par de observaciones pueden ayudar a disolver esta supuesta paradoja. La primera es que la justicia, definida en los términos aristotélicos, es ciertamente un valor formal, en el sentido de que sólo determina una forma o estructura de acuerdo con la cual comportarnos o articular normas; es decir, la justicia así definida no contiene un criterio para determinar quiénes son iguales y quiénes no lo son, ni tampoco un criterio para determinar el trato sustantivo concreto que unos y otros merecen. La idea de justicia presupone o requiere esos criterios, pero no los suministra. Por eso llevan razón quienes sostienen que la sola idea de la justicia es insuficiente para decidir controversias morales o jurídicas.

La segunda observación es que la idea de igualdad es formal exactamente en el mismo sentido en el que lo es la idea de justicia. Así, por ejemplo, WESTEN ha demostrado que las decisiones del Tribunal Supremo norteamericano basadas sobre el papel en la decimocuarta enmienda de la Constitución de ese país («ningún estado denegará a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes») siempre se apoyan, en realidad, en otros derechos constitucionales sustantivos y nunca en dicha cláusula como tal, porque resulta ser una cláusula vacía, en tanto que constituye una instancia del principio general de igualdad<sup>19</sup>. Por eso, propone que se renuncie al lenguaje de la igualdad y se opte por el lenguaje de los derechos sustantivos<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> SEN, 2004: 15, 26 y 137.

<sup>17</sup> RAWLS, 1973: 3.

<sup>18</sup> RAZ, 1986: 228.

<sup>19</sup> WESTEN, 1982: 559-577.

<sup>20</sup> En lo que toca al control de constitucionalidad, puede encontrarse una proposición curiosamente opuesta a la de WESTEN en CALABRESI, 1991: 91-103.

Aquí puede discutirse, como ha hecho RUIZ MIGUEL, cuál es el sentido de la formalidad de la igualdad, si realmente conlleva vacuidad o si, por el contrario, es posible derivar de ella algún contenido. O, lo que es lo mismo, cuáles son los términos de la relación entre el concepto y las concepciones de la igualdad<sup>21</sup>. La cuestión no es nueva y remite a los intentos de derivar contenidos a partir de formas. En el ámbito del pensamiento jurídico evoca la noción de la moral interna del derecho de FULLER y su defensa de la conexión entre la forma jurídica y la justicia material, una defensa ya anticipada por HAYEK y a la que se han unido muchos otros a la hora de buscar y encontrar un fundamento moral para el *rule of law*, el imperio de la ley o la seguridad jurídica, llegando a conclusiones diversas aunque próximas<sup>22</sup>. A mi juicio, esta conexión es de muy problemático establecimiento si se lleva más allá de los moderados términos propuestos por RUIZ MIGUEL para el concepto de igualdad, a saber, que el concepto de igualdad, aunque formal, no está vacío del todo porque determina dos límites a sus posibles concepciones. Un primer límite, conceptual, constituido por la interdicción de la arbitrariedad o por la exigencia de imparcialidad, y un segundo límite, contextual o pragmático, constituido por la implausibilidad de ciertos criterios de valoración o de relevancia, que, en un contexto histórico y cultural determinado, no serían admisibles de ningún modo.

En todo caso, no hace falta entrar a fondo en este asunto de la conexión entre concepto y concepciones, o entre forma y contenido, porque cualquier conclusión a la que lleguemos con respecto a la igualdad vale también para la justicia, dado que el problema planteado es el mismo y los argumentos que se manejan son los mismos. En particular, ese contenido mínimo que RUIZ MIGUEL atribuye al concepto de igualdad se lo podría atribuir sin duda al concepto de justicia. Como consecuencia, la opción por la igualdad frente a la justicia no supone la opción por un valor que sea en ningún sentido de más densa sustancia, a salvo, como decía, de la afirmación taxativa de la igualdad fáctica de todos los seres humanos que está incluida en el derecho a igual consideración y respeto de DWORKIN, y que parece ser uno de esos límites contextuales que ninguna concepción de la igualdad puede franquear, pero que también podría incluirse, por qué no, en un concepto de justicia contextual o pragmáticamente orientado. Sin embargo, sigo pensando que RAZ lleva razón en cuál es el precio que hay que pagar a cambio de ese posible atractivo.

### 3.3. Igualdad fáctica

La tercera premisa afirma la igualdad básica o radical de todos los humanos. Aquí la igualdad aparece como juicio de hecho sin significado axiológico intrínseco. Lo que se afirma es que, de hecho, todos los seres humanos (es decir, todos los miembros de cierta clase) son iguales desde cierto punto de vista, dado que todos ellos comparten la posesión de cierta cualidad. Cuál sea esa cualidad es irrelevante al efecto de determinar que lo que se afirma es un hecho, el hecho de que la cualidad pertenece a todos los miembros del género humano.

<sup>21</sup> RUIZ MIGUEL, 2002: 693 y ss.

<sup>22</sup> HAYEK, 1995: 114 y ss.; FULLER, 1969: 153 y 162; FINNIS, 1980: 271-272; SUMMERS, 1993: 139-140; WEINRIB, 1995; ALLAN, 2001: 60-61; GARZÓN VALDÉS, 1993: 312-313; ESCUDERO, 2000; ARCOS, 2001: LAPORTA, 2002: 127-128. Un análisis crítico, en GARCÍA MANRIQUE, 2003.

Ahora bien, en el caso de una teoría de los derechos, la cualidad que se destaca como común a todos los humanos resulta ser una cualidad considerada valiosa, la cualidad que consiste en la capacidad para llevar una vida libre. Es la posesión de esta cualidad la que nos hace merecedores de la atribución de ciertos derechos, y es la posesión de esta cualidad la que permite calificarnos como dignos, como titulares de la «dignidad humana». Esta dignidad, dicho sea de paso, no es «un» valor, sino un término que expresa «el» valor que poseen los seres humanos en tanto capaces de ser libres; expresa la especial calidad valiosa de los mismos. Por eso, es un error pensar en la dignidad como un valor más junto con la libertad, la justicia o cualesquiera otros. Decir «los seres humanos son dignos» (porque son capaces de ser libres) es algo así como decir «los jarrones chinos son valiosos» (porque son bellos). Por eso, el concepto de dignidad humana se vuelve inútil cuando detrás de él no hay una explicación de por qué los seres humanos son valiosos. En cambio, cuando la hay, el concepto es útil porque es informativo y porque permite extraer consecuencias normativas. Tienen razón, pues, R. MACKLIN cuando critica el concepto «dignidad» por su inutilidad, o S. PINKER cuando lo considera «estúpido», pero sólo la tienen en los casos (eso sí, muy frecuentes) en que la dignidad se afirma como dogma no justificado<sup>23</sup>.

Los derechos que se nos atribuyen según una teoría de los derechos fundamentales son aquellas facultades (derechos en sentido estricto, o libertades, o inmunidades, o potestades) que favorecerán nuestra capacidad para llevar una vida libre. Así hay que interpretar, me parece, la proclamación con la que se inicia la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* aprobada por la Asamblea Nacional francesa en 1789: «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos». Dejando de lado el tono iusnaturalista que a algunos puede no gustar, lo que se dice aquí es que todos los seres humanos nacen con la capacidad de ser libres y que, para poder disfrutar o potenciar esa capacidad, han de disfrutar de ciertos derechos. Éste es el contenido esencial de toda teoría de los derechos.

Una teoría de los derechos no tiene por qué restringir la igualdad humana sólo a la capacidad para llevar una vida libre. De hecho, estará interesada en conocer en qué otras cosas son iguales los humanos, cuáles son sus características, para poder determinar qué derechos les son necesarios para poder desarrollar dicha capacidad. Seguramente toda teoría de los derechos aceptará esa más amplia igualdad de las facultades del cuerpo y de la mente a la que se refiere HOBBS y que constituye uno de los pilares (fácticos) de su teoría política<sup>24</sup>. Sin embargo, esta amplia igualdad, de por sí, no podría justificar derechos, como no los justificaría si la predicásemos de otros seres distintos de los humanos. También, digamos, las hormigas son iguales en las facultades del cuerpo y de la mente (si es que tienen mente), pero no por ello les atribuimos derechos. Lo relevante es, repito, la capacidad para llevar una vida libre, que parece ser que las hormigas no poseen y los humanos sí; pero, de por sí, ninguna igualdad meramente fáctica, por extensa o profunda que sea, puede justificar la atribución de derechos.

<sup>23</sup> MACKLIN, 2003; PINKER, 2008.

<sup>24</sup> HOBBS, 1980: I, 13. «La Naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre es, a veces, evidentemente, más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante que uno pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo un beneficio cualquiera al que otro no pueda aspirar como él».

Sin embargo, de una igualdad meramente fáctica es de la que ahora estamos hablando («los seres humanos son básicamente iguales en ciertos aspectos»), y no de un supuesto valor de la igualdad. Que la cualidad o cualidades en cuestión (esos «aspectos») hagan valiosos a sus poseedores (los hagan «dignos») no implica que haya nada valioso en esa igualdad, ni que esta tercera premisa que estamos analizando constituya un juicio de valor, porque sólo afirma que los seres humanos «son así y así». Del mismo modo, no es un juicio de valor el que afirma que «el ser humano y la hormiga son diferentes en esto y en esto», que es fáctico, como lo es el que afirma «el ser humano y la hormiga son iguales en esto y en esto» o «los seres humanos son iguales, entre sí, en esto y en esto». Sí es un juicio de valor el que afirma «el vino contenido en esta botella es bueno», pero no el que afirma que «el vino contenido en esta segunda botella es igual de bueno que el contenido en la primera», aunque, de ambos, podemos deducir, claro está, otro juicio de valor: «el vino contenido en esta segunda botella es bueno»; o «todas las botellas que contengan este mismo vino son botellas de vino bueno». También en este caso lo que hacemos es juzgar la pertenencia de ciertas propiedades fácticas a dos o más objetos (aquellas propiedades que permiten afirmar que nos llamamos ante «el mismo» vino); otra cosa distinta es juzgar que tales propiedades son generadoras de valor.

No obstante, uno podría sostener que no hay enunciados de igualdad puramente fácticos o descriptivos, porque todo enunciado de igualdad que atañe a personas, cosas o acciones presupone un criterio de relevancia, es decir, la selección previa de una propiedad que servirá de base a la comparación, base a su vez del enunciado de igualdad. Pero esta selección de la propiedad relevante es siempre el fruto de una evaluación (sea moral, estética o de otro tipo)<sup>25</sup>. En efecto, si los enunciados comparativos (y los de igualdad lo son) tienen algún interés práctico es el de orientar nuestras elecciones o definir nuestras preferencias, de manera que solemos formularlos de acuerdo con aquella propiedad que, de cara a nuestro acto de elegir o de preferir, consideramos relevante. Por seguir con el ejemplo del vino, es evidente que no es posible formular enunciado comparativo alguno acerca de qué vino es mejor si antes no he determinado qué significa que un vino es bueno, es decir, si no he determinado la propiedad relevante, y esto tiene sentido si la calidad del vino orienta mi elección o mi preferencia. Por tanto, en la medida en que un enunciado de igualdad es un enunciado comparativo que orienta una elección o una preferencia, podríamos decir que es un enunciado prescriptivo. Según esto, un enunciado de igualdad sólo sería descriptivo si se formulase de acuerdo con una propiedad de cuya relevancia no sabemos nada, o con una propiedad de la que sabemos precisamente que no es relevante (para elegir o preferir).

Sin embargo, me parece que éste es un sentido muy amplio de «enunciado prescriptivo», porque sigue siendo cierto que lo que se hace en estos casos es describir un estado de cosas, la pertenencia a dos personas, cosas o acciones de una misma propiedad, aunque esa descripción tenga, en última instancia, un fin prescriptivo. Quizá se ve mejor cuando la propiedad relevante es puramente fáctica, por ejemplo, a la hora de comprar un coche, su número de plazas. Ha de resultar evidente que los enunciados «este coche tiene las mismas plazas que este otro» o «este coche tiene más plazas que este otro» son enunciados descriptivos puros. Puede que, para mí, el número de plazas

<sup>25</sup> RUIZ MIGUEL, 2002: 687.

sea una propiedad relevante, incluso la más relevante, y que determine mi compra, pero no por ello deja de ser descriptivo el enunciado; el enunciado sigue siendo el mismo para quien no tiene ningún interés en el número de plazas del vehículo que pretende adquirir, es decir, el enunciado, de por sí, no es una razón para la acción, no prescribe nada. Por supuesto, la relevancia que yo atribuyo a un dato fáctico como el número de plazas viene determinada por algún tipo de juicio prescriptivo, del tipo «yo deseo llevar en el coche a un cierto número de personas» o «es bueno que yo lleve en el coche a un cierto número de personas», pero esto tampoco altera el carácter descriptivo del enunciado acerca del número de plazas del coche.

Esto vale también para los enunciados de igualdad en los que se omite la referencia a al criterio de comparación, cuando se dice, por ejemplo, «estos dos coches son iguales» (porque tienen el mismo número de plazas), o para los enunciados de igualdad en los que se conecta la igualdad el criterio de comparación, diciendo «estos dos coches son iguales *porque* tienen el mismo número de plazas». Su fuerza prescriptiva depende de la relevancia que atribuyamos al criterio de comparación, de manera que sigue siendo cierto que para quien no otorga relevancia alguna al número de plazas el enunciado sigue siendo puramente descriptivo. Por tanto, yo diría que hay enunciados descriptivos que pueden tener fuerza prescriptiva, pero no por sí mismos, sino en conexión con un enunciado prescriptivo. Por eso, es cierto que un enunciado de igualdad formulado de acuerdo con un criterio de relevancia descriptivo no puede ser un enunciado prescriptivo de igualdad<sup>26</sup>. Pero esto es lo que sucede con el enunciado «los seres humanos son iguales *porque* son capaces para la libertad», que, de por sí, no puede ser prescriptivo porque está formulado de acuerdo con un criterio de relevancia descriptivo. Es sólo porque conectamos este enunciado con algún otro de carácter prescriptivo (del tipo «se debe promover la capacidad para la libertad» o «la capacidad para la libertad es valiosa»), por lo que el enunciado descriptivo de igualdad de los seres humanos adquiere, por así decir, fuerza prescriptiva.

Por tanto, el hecho de que los seres humanos sean iguales entre sí en ciertas propiedades no es, pues, como tal, ni bueno ni malo. De todos los seres humanos puede afirmarse que son bípedos implumes, y esto, bueno no parece que sea, ni malo tampoco. Tampoco es bueno que todos los seres humanos sean iguales en su capacidad para la libertad, o en cualquier otra cosa. Simplemente, parece que es así. ¿Sería bueno, o malo, detectar que existen otros seres racionales además de los seres humanos? Las preguntas acerca de si existen seres racionales en otros planetas, o si seremos capaces de crear robots racionales, ¿son preguntas morales en sí? No; son preguntas acerca de cómo es la realidad, aunque de su respuesta puede depender la toma de decisiones que sí son moralmente relevantes, como la de extender a un marciano o a un robot el estatuto que atribuimos a los seres humanos.

Si esto es así, y como resultado de la asunción de la tercera premisa, toda teoría de los derechos es una teoría igualitaria, ahora porque se basa en cierta igualdad de todos los humanos. Lo cual no supone considerar a la igualdad como un valor, sino aceptar una constatación fáctica, sobre la que (junto con otras bases) se construirá la atribución de derechos a todos los miembros de la especie humana.

<sup>26</sup> RUIZ MIGUEL, 2002: 687.

Un juicio fáctico de igualdad de este tipo es el que formula RAWLS para justificar por qué los derechos básicos deben ser atribuidos a todos los seres humanos y no sólo a algunos de ellos. La razón es que todos ellos, salvo excepciones, son agentes morales, puesto que poseen capacidad para elegir una concepción de lo bueno y para actuar de acuerdo con el sentido de la justicia<sup>27</sup>. Uno puede, como SINGER, discrepar de esto, y sostener que:

«La posesión de una personalidad moral no constituye una base satisfactoria para el principio de que todos los seres humanos son iguales»<sup>28</sup>.

Quizá SINGER esté pensando en que existen miembros de la especie humana que carecen de personalidad moral (sin duda así es) o en que existen miembros de otras especies que la poseen en alguna medida (probablemente así sea); o quizá piense que la personalidad moral no es la propiedad más relevante que tenemos en común los humanos. El caso es que, a cambio, SINGER propone que la «base de la igualdad humana» radique en la igual consideración de todos los intereses, tanto si son humanos como si no. Sin embargo, esta diferente fundamentación de la base de la igualdad humana sigue radicando en la idea de la justicia: tratar o considerar igual los intereses que son iguales; y sigue requiriendo un juicio fáctico consistente en determinar cuáles intereses son iguales y cuáles son diferentes. Probablemente los intereses humanos sean, en buena parte, muy diferentes de los de otros animales, e iguales entre sí.

Quiero detenerme un poco más en este punto, porque no parece que todos acepten que una teoría de los derechos descansa necesariamente sobre una premisa igualitaria fáctica y sí, en cambio, en un supuesto valor de la igualdad. A mi juicio, si los humanos no fuesen fácticamente iguales en el aspecto señalado (capacidad para llevar una vida libre o, con RAWLS, capacidad para la agencia moral, dos capacidades que vienen a ser la misma, como ya lo dejó escrito KANT)<sup>29</sup>, una teoría de los derechos no tendría sentido (o no sería una teoría de la justicia) porque no tendría sentido (o no sería justo) adscribir iguales derechos, concebidos como instrumentos de la libertad (tal como lo son), a seres que no son igualmente capaces para la libertad. Por el contrario, GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, autor de una muy completa y atractiva teoría de los derechos humanos, escribe:

«Los defensores de la igualdad —entre otros, los defensores de los derechos humanos— no están tan preocupados por demostrar que los seres humanos seamos iguales, como por luchar para que, seamos iguales o no, seamos tratados como iguales. Dicho con otras palabras, el defensor de la igualdad no está preocupado por saber si el cociente intelectual de los varones esquimales es igual al de las mujeres nativas de Papúa-Nueva Guinea [...] y, por ello, unas eventuales conclusiones desigualitarias en estas investigaciones [...] no le harían abandonar sus convicciones igualitarias ni adscribir los derechos y obligaciones de manera diferente».

AMUCHASTEGUI continúa explicando que la afirmación de que las personas son iguales por naturaleza puede inducir a error, «pues presenta como natural, es decir, como un elemento característico del mundo del ser —y, por tanto, verificable empíricamente— lo que realmente es una propuesta normativa»; y un poco más adelante se

<sup>27</sup> RAWLS, 1973: 505. También HIERRO, 2000: 359-360; o DE LORA, 2006: 145 y 191; entre otros muchos.

<sup>28</sup> SINGER, 1991, 30.

<sup>29</sup> KANT, 1996: 223-225.

refiere a las necesidades humanas básicas, que considera iguales para todos, pero que no se determinan a partir de ninguna constatación fáctica, sino a partir de los «fines básicos del ser humano», que son, a su vez, determinados por la moral. En el caso de su propuesta, ese fin básico de todos los seres humanos es su «pleno desarrollo como agentes morales racionales»<sup>30</sup>. Esta forma de concebir la igualdad humana, como propuesta normativa en vez de como hecho, no es excepcional sino que está bastante extendida, como acreditan las notas que acompañan el texto citado.

Pues bien: lo que acaso es una propuesta normativa no puede ser el hecho de la igualdad o diversidad de los seres humanos, sino la consideración como irrelevantes de las evidentes diferencias que pueden, de hecho, percibirse entre ellos. Esta consideración puede entenderse como normativa porque está en la base de la construcción de normas. Una norma, digamos, atribuye una consecuencia a un grupo de casos y, para ello, debe seleccionar el elemento relevante a partir del cual se identifica ese grupo de casos. Pero tal consideración normativa tiene que asentarse en una previa consideración fáctica acerca de cómo son unos y otros casos, en qué se parecen y en qué se diferencian. Si, de cara a la formulación de normas que atribuyen derechos, uno selecciona la clase de los humanos y no otra clase cualquiera, ha de ser porque los miembros de la clase de los humanos poseen en común la cualidad relevante al efecto de atribuir derechos. ¿Qué ventaja moral podría haber en tratar como iguales a quienes, de hecho, son diferentes?

Los vicios normativos de la sobreinclusión y la infrainclusión se ponen de manifiesto precisamente cuando se comprueba que el juicio fáctico que sirvió para la definición de la clase a la que se aplicará la norma era un juicio imperfecto. En el caso que nos ocupa, si la propiedad relevante es la capacidad para ser libre, o la agencia moral, una instancia de sobreinclusión es la de los humanos en estado de muerte cerebral, o en ciertos estados vegetativos, porque, siendo humanos, no presentan la propiedad relevante; y una instancia de infrainclusión es la de los replicantes de *Blade Runner*, la película de Ridley Scott, quienes, no siendo humanos, sí presentan la propiedad relevante. Pero parece claro que es un juicio de hecho el que nos lleva a observar que la muerte cerebral es incompatible con la agencia moral o que los replicantes son capaces de agencia moral tanto o más que los seres humanos. Tan juicio de hecho como el que previamente nos ha llevado a adscribir los derechos a la clase de los humanos y no a otra clase distinta. Por eso KANT, cuando construye los fundamentos de su filosofía moral, se refiere con insistencia a «todos los seres racionales» y no sólo a los seres humanos; porque lo relevante no es el hecho biológico de pertenecer a la especie humana, sino el hecho de poseer una naturaleza racional<sup>31</sup>. En definitiva, hay un hecho habilitante de toda teoría de los derechos, y es el de que los seres humanos son básicamente iguales en aquello que, además, los hace valiosos: su capacidad para la libertad o para la moralidad.

Cuando decimos «básicamente» iguales estamos diciendo dos cosas: una, que las diferencias en la capacidad para la libertad o para la moralidad de los seres humanos son muy pequeñas si las comparamos con las diferencias en esas mismas capacidades

<sup>30</sup> GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, 2004: 228-229.

<sup>31</sup> KANT, 1996: 108, 181, 187 o 235.

entre los seres humanos y los no humanos (ahora dejando aparte a los replicantes y otros seres por el estilo, que, si apareciesen, serían sin duda merecedores de los mismos derechos humanos); y otra, que los seres humanos carecen de esa capacidad sólo excepcionalmente, en casos patológicos, o bien cuando están en trance de adquirirla (en la infancia). Si, de otra manera, los varones esquimales y las mujeres de Papúa-Nueva Guinea fueran muy diferentes en este aspecto, que no lo son, una teoría de los derechos se enfrentaría a un problema muy grave, tanto que debería conducir a la desaparición de la propia categoría de los derechos «humanos» tal y como la conocemos. Más precisamente: si las diferencias de cociente intelectual entre unos y otras llegasen más allá de cierto límite, no tendría sentido atribuirles a unos y otras los mismos derechos.

Tampoco importa mucho que las necesidades humanas básicas se determinen a partir de fines que son, a su vez, determinados normativamente. Esto tiene más bien que ver con la definición de cuáles han de ser los derechos atribuidos, y no tanto con a quién se atribuyen, si presuponemos que esos fines son específicamente «humanos». Si, por ejemplo, el fin último de lo humano fuese la jardinería, quizá tendríamos que redefinir nuestras necesidades básicas, y así los derechos; pero seguiría siendo necesario formular un juicio fáctico de igualdad acerca de quién sería titular de tales derechos: quizá todo aquel que se muestre capaz de ser un buen jardinero (todos los seres humanos si de veras poseemos esa capacidad, pero también algunos robots de Isaac Asimov). De manera que la determinación de las necesidades humanas básicas a partir de fines normativamente determinados no altera el hecho de que el juicio acerca de la igualdad entre los seres humanos sea un juicio fáctico. Como dije antes, este juicio fáctico, de por sí, no habilita la concesión de derechos, pero la premisa normativa que es necesaria para tal habilitación no tiene nada que ver con la igualdad, sino con el valor que atribuimos a la libertad y, por tanto, a los seres capaces de ser libres, sean éstos los que sean.

Algo que puede recordar a la comparación entre varones esquimales y mujeres de Papúa-Nueva Guinea lo encontramos en el arranque de uno de los libros de A. SEN sobre la igualdad, que comienza haciendo notar la «básica heterogeneidad de los humanos», que son «profundamente diversos»<sup>32</sup>. Hay que suponer que SEN, como AMUCHASTEGUI, y aunque no lo diga, da por supuesta la básica homogeneidad y la escasa diversidad de los humanos, si los comparamos con otros seres, y que tiene interés en destacar que, a pesar de ello, los humanos muestran, entre sí, diferencias relevantes para la justicia. De hecho, el valor de la justicia presupone la capacidad para discernir lo relevantemente desigual, e incluso las teorías de los derechos, que se centran en lo relevantemente igual, suelen habilitar un espacio para la consideración de la desigualdad relevante, y de ahí la categoría, quizá contradictoria en su denominación pero muy sensata, de los derechos humanos específicos (por ejemplo, los derechos de las mujeres)<sup>33</sup>. En todo caso, uno y otro juicio, el de la homogeneidad y el de la heterogeneidad, son juicios fácticos por mucho que sean formulados a la luz de propiedades cuya relevancia es determinada normativamente. En definitiva, si lo que se quiere decir es que, para tratar justamente a las personas, hay que ser cons-

<sup>32</sup> SEN, 2004: 13.

<sup>33</sup> GARCÍA MANRIQUE, 2004.

cientes de sus diferencias, o incluso que una teoría de los derechos debe dar cabida a ciertas diferencias entre las personas, dígase eso. No se diga, en cambio, que la (aproximadamente) igual capacidad para la libertad que muestran los seres humanos no es un hecho. Lo es, y de la máxima importancia. Lo que no es un hecho es que otorguemos relevancia moral a esa capacidad y a las diferencias vinculadas con ella y no se la otorguemos a otras diferencias observables con la misma o mayor facilidad (la raza, la orientación sexual, el color del pelo). Este otorgar o no relevancia a unas u otras circunstancias de lo humano es una exigencia de la justicia y no del supuesto valor de la igualdad.

#### 4. LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Hasta aquí hemos podido comprobar que las teorías de los derechos, que son teorías típicamente igualitarias, lo son hasta en tres sentidos al menos, pero ninguno de ellos requiere el concurso del valor de la igualdad. Hemos podido advertir que lo normativo es igualitario, que la justicia es igualitaria, y que los seres humanos son iguales en ciertos aspectos, pero nada de eso requiere convertir a la igualdad en un valor, ni presuponer que lo sea. Nos hemos detenido en recalcar el carácter fáctico del juicio de igualdad acerca de la forma de ser de los humanos y en observar que el término «igualdad», cuando cobija un genuino valor, es el de la justicia. Ahora daremos un paso más y examinaremos las dos variantes principales de la igualdad considerada como valor, a saber, la igualdad formal y la igualdad material o, mejor, la igualdad ante la ley y la igualdad de bienestar, recursos u oportunidades. En una teoría de los derechos, ambas igualdades aparecen de alguna manera, bien sea como valores, como principios o como derechos (esto ahora no importa mucho, siempre que se tenga en cuenta que andamos en busca de cuál puede ser su valor intrínseco); más allá de este tipo de teorías, no cabe duda de que la igualdad formal y la igualdad material son moneda corriente en el discurso político. Veamos qué significa cada una de ellas y, a partir de ahí, tratemos de determinar qué posible valor moral hemos de atribuirles, siempre con el objetivo de poder responder a la pregunta sobre el estatuto axiológico de la igualdad.

La igualdad ante la ley es tan clásica como la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, cuyo art. 6.º establece:

«La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar directamente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos».

Y la Constitución española, en su art. 14, dice:

«Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Dejando de lado otros contenidos del art. 6.º de la Declaración francesa, fijémonos en que puede significar «igualdad ante la ley» en cualquiera de los dos textos citados.

#### 4.1. Igualdad lógica (o justicia formal)

En un primer sentido, la igualdad ante la ley consiste en que las normas sean aplicadas igualmente a todos, sin tener en cuenta otras circunstancias que las establecidas en la propia norma. Esto es, que si la norma establece que «aprobarán todos los alumnos que saquen al menos un cinco», atenta contra la igualdad ante la ley aprobar a un alumno que ha sacado un cuatro pero que nos ha regalado un jamón o suspender a otro que ha sacado un seis pero al que tenemos ojeriza. Y si la norma establece que «todos los extranjeros en situación irregular serán confinados en centros de internamiento», también atenta contra la igualdad ante la ley quien, estando encargado de aplicarla, evita hacerlo con cierto extranjero en situación irregular por razón de la compasión, la solidaridad o la justicia. Este tipo de igualdad parece que no es sino la igualdad lógica contenida en la misma idea de norma o, mejor en este caso, en la misma idea de «aplicación de una norma», puesto que aparece en el momento de la aplicación de las normas, y no en el de su formulación. En efecto, y como escribe ALEXY, el mandato de igualdad en la aplicación del Derecho

«exige que toda norma jurídica sea aplicada a *todo* caso que cae bajo su supuesto de hecho y a *ningún* caso que no caiga bajo él, es decir, que las normas jurídicas tienen que ser obedecidas. Pero que las normas jurídicas tienen que ser obedecidas ya lo dicen ellas al expresar un deber ser»<sup>34</sup>.

KELSEN advirtió en su día de que este principio de igualdad ante la ley, o principio de legalidad, «nada tiene que ver con la justicia»<sup>35</sup>, aunque ya hemos visto, en la sección precedente, que no todos comulgan con esta opinión. No lo hacen los partidarios del valor moral de la justicia formal, que, recuérdese, consiste en el trato igual de los casos considerados iguales por la norma y en el trato desigual de los casos considerados desiguales por la norma, y esto con independencia de que los casos considerados iguales o desiguales por la norma merezcan efectivamente tal consideración (esto es, con independencia de que la norma sea sustancialmente injusta)<sup>36</sup>. Creo que hay buenas razones para descartar el valor moral de la justicia formal<sup>37</sup>; también las hay para darse cuenta de que el valor que encontramos a menudo en el respeto a normas que son materialmente injustas es precisamente el valor de la justicia material, realizado en el respeto a la expectativa generada por la norma<sup>38</sup>. Sin embargo, no es necesario examinar este asunto aquí, porque el valor que está en juego es, en todo caso, el de la justicia y no el de la igualdad, es decir, incluso si concluyésemos que la igualdad ante la ley, en este sentido, es moralmente valiosa, lo haríamos porque participa del valor de la justicia, con lo que la apreciación de su moralidad no requeriría la afirmación del valor de la igualdad.

Obvia como pueda parecer, esta exigencia de la igual aplicación de la ley está lejos de resultar satisfecha en la práctica jurídica, porque, como también apunta ALEXY,

<sup>34</sup> ALEXY, 1993: 382.

<sup>35</sup> KELSEN, 1991: 51.

<sup>36</sup> Quien esté interesado en cómo se argumenta el valor de la justicia formal puede consultar RADBRUCH, 1974: 44; FULLER, 1969: 155; HART, 1980: 255; CAMPBELL, 2002, cap. 2, o RUIZ MIGUEL, 1997.

<sup>37</sup> LYONS, 1993; SCHAUER, 1991: 137.

<sup>38</sup> GARCÍA MANRIQUE, 2003: 507.

aunque su núcleo es simple, «el mandato de igualdad en la aplicación del derecho presenta una estructura complicada»<sup>39</sup>. Esto se debe a que las mismas normas son aplicadas por órganos judiciales distintos y a que, muy a menudo, el significado de las normas no es unívoco (sobre todo cuando contienen conceptos imprecisos, cosa que es frecuente e incluso deseable), de manera que casos iguales son juzgados de manera diferente, porque distintos jueces o tribunales han interpretado la norma aplicable de manera distinta. El remedio de esta diversidad no es sencillo, porque anda de por medio el principio de la independencia judicial, uno de los considerados básicos en la estructura del Estado de Derecho, que parece autorizar a los jueces para interpretar las normas según su propio criterio (cosa, por cierto muy discutible)<sup>40</sup>. La disposición jerárquica del poder judicial y el sistema de recursos permite que, en ocasiones, la jurisprudencia de los tribunales superiores unifique la interpretación de las normas, pero eso no siempre llega a suceder, por diversas razones: no todos los asuntos pueden ser recurridos ante el Tribunal Supremo, o quizá éste no lleva a cabo su labor de unificación de la interpretación normativa, o quizá todavía no ha habido ocasión para ello...

El Tribunal Constitucional español, siendo consciente seguramente del largo alcance que podría llegar a tener la aplicación del principio de igualdad en la aplicación ante la ley, ha restringido, y mucho, este principio, distinguiéndolo de la univocidad interpretativa. Su jurisprudencia al respecto es muy abundante, pero podemos guiarnos por su Sentencia 144/1988, de 12 de julio, que es particularmente clara, concisa y significativa. En ella se establece que:

«La igualdad ante la ley que consagra el art. 14 de nuestra Constitución exige [...] que ésta sea aplicada por igual a todos, sin que en ningún caso puedan ser unos dispensados de su cumplimiento en atención a sus condiciones personales o tratados otros con mayor rigor también en consideración de sus personas [...] Cosa bien distinta es, sin embargo, que del principio de igualdad se derive la exigencia absoluta de que todos los órganos judiciales interpreten siempre del mismo modo la ley [...] Esta exigencia [...] no tiene como objetivo la igualdad ante la ley, sino la univocidad de los preceptos legales».

Esta exigencia, continúa argumentando el Tribunal, es requerida por el principio de seguridad jurídica establecido por el art. 9.3 de la Constitución, y no por el principio de igualdad ante la ley, y además ha de alcanzarse sin menoscabo de la independencia judicial, el principio que supuestamente autoriza la autonomía del juez a la hora de interpretar las normas. Por eso, resulta que, según la misma sentencia:

«Cuando a pesar de las instituciones procesales destinadas a evitarlas o corregirlas se producen divergencias interpretativas, éstas no entrañan, sin embargo, en sí mismas, una quiebra del principio de igualdad ante la ley, pues la ley diversamente interpretada por los distintos jueces o incluso por un mismo juez, en diversos momentos, es aplicada, sin embargo, por igual siempre que en tal aplicación no se tomen en consideración [...] diferencias personales a las que la ley misma no conceda relevancia».

En la práctica, esto viene a significar que la igualdad ante la ley sólo se vulnera cuando un mismo órgano judicial cambia de criterio sin aparente justificación. Si, en cambio, casos iguales son juzgados de manera distinta por distintos órganos judiciales, o incluso por un mismo órgano pero mediando una justificación para el cambio de

<sup>39</sup> ALEXY, 1993: 382.

<sup>40</sup> FERRERES, 2009: 60-66.

criterio, no existe tal vulneración. Es más, tal justificación, según el Tribunal Constitucional, puede tener cualquier contenido, e incluso ser meramente implícita, de manera que, en realidad, basta con que el cambio de criterio no sea expresamente arbitrario. Lo cual supone que la igualdad ante la ley deja de significar, como parecía evidente, que la misma ley se aplique igual a todos, y pasa a significar que la misma ley se aplique igual a todos: 1) por parte de un mismo órgano judicial, y 2) siempre que éste no justifique lo contrario de alguna manera. El resultado de esta doctrina es que casos exactamente iguales, a los que se aplica la misma norma, y que son resueltos de manera distinta, incluso por parte de un mismo órgano judicial, no suponen la violación de la igualdad ante la ley. Se trata de un resultado sorprendente y decepcionante, y podemos estar de acuerdo en que:

«La consideración del Poder Judicial que se desprende de las condiciones exigidas para aplicar aquel criterio (el del TC), como un conjunto de unidades discretas y no como un todo unitario, constituye, a mi modo de ver, una solución insatisfactoria desde el punto de vista de la igualdad de los ciudadanos ante la ley»<sup>41</sup>.

Cabe añadir que la mejor forma de explicar el sentido de esa insatisfacción es hacer ver que el criterio del Tribunal Constitucional da lugar a resultados injustos. Lo que irrita a los ciudadanos es que los jueces les traten según un tipo de desigualdad que puede calificarse como injusta; es en esta injusticia, y no en la desigualdad como tal, en la que radica la insatisfacción moral.

#### 4.2. Igualdad sustantiva (o justicia material)

En un segundo sentido, la igualdad ante la ley es una exigencia dirigida al legislador y no al juez, dirigida a la ley y no a su aplicación. No se trata, ahora, de una igualdad formal o lógica, sino una igualdad sustantiva determinada que aparece en un momento histórico igualmente determinado, el del declive de la sociedad estamental hacia finales del siglo XVIII. Su significado era la prohibición de discriminación jurídica por razón de la pertenencia a uno u otro estamento<sup>42</sup>. Esto es lo que quería erradicar ese art. 6.º de la Declaración francesa de derechos que he transcrito antes, por mucho que su enunciado fuese mucho más genérico y, por tanto, permitiese una interpretación mucho más extensa (por ejemplo, con la intención de erradicar la discriminación racial o sexual), aunque, seguramente, no fue prevista de antemano. La misma idea la expresó KANT pocos años después, en 1793, al definir la «igualdad según el derecho» como que:

«A cada miembro de la comunidad le ha de ser lícito alcanzar dentro de ella una posición de cualquier nivel (de cualquier nivel que corresponda a un súbdito) hasta el que puedan llevarle su talento, su aplicación y su suerte».

No debe asustar la alusión a la condición de súbdito, que aquí simplemente se contrapone a la de soberano. La igualdad la refiere KANT al súbdito, pero cada miembro

<sup>41</sup> RUIZ MIGUEL, 1996: 75. Las pp. 69-75 de este trabajo contienen un resumen bueno y crítico de esta doctrina. Otro resumen bueno, aunque no tan crítico, pero más reciente, se encuentra en GIMÉNEZ GLÜCK, 2004: 44-52.

<sup>42</sup> BOBBIO, 1993: 72; DE LUCAS, 1996: 496.

de la comunidad es al mismo tiempo ciudadano en tanto que legislador. KANT aclara a continuación que la igualdad según el derecho se basa en que:

«Como el nacimiento no es una *acción* por parte del que nace, y consiguientemente no puede acarrear a éste ninguna desigualdad de estado jurídico [...] resulta que no puede haber ningún privilegio innato de un miembro de la comunidad [...] sobre otro»<sup>43</sup>.

Esto es la igualdad ante la ley en su versión más auténtica, en tanto que original. Después de esa primera aparición, la igualdad ante la ley, en este mismo sentido material, ha ido ampliando su alcance, hasta significar que la ley no puede discriminar a las personas salvo por circunstancias relevantes, entre las que, en todo caso, no se encuentran la raza, el sexo, el nacimiento, la fe religiosa o las opiniones políticas. Así lo establece el transcrito art. 14 de la Constitución Española, bien es verdad que con un alcance aún más amplio, que deriva de su coletilla final.

En todo caso, tanto en su sentido original y más estrecho como en su sentido contemporáneo y más amplio, la igualdad ante la ley, en esta segunda acepción, no es más que una determinación sustantiva del valor de la justicia, es decir, una concepción de la justicia. Lo que supone es que, de cara a cómo deben ser tratadas, las personas no son desiguales por su pertenencia a un estamento o a un género o a una raza y, por tanto, sería injusto tratarlas, por alguno de estos motivos, de manera desigual. Por tanto, esta igualdad ante la ley no es sino la conclusión lógica que deriva de las dos premisas que antes he llamado igualdad axiológica (justicia) e igualdad fáctica. No debe, pues, ser considerada un valor independiente del de la justicia y parece ser la misma cosa que ese derecho a igual consideración y respeto del que habla DWORKIN.

Interesa recalcar el carácter sustantivo de esta versión de la igualdad ante la ley, porque a menudo ha sido calificada como igualdad «formal» y porque de esta calificación se ha derivado un desprecio injustificado por parte de cierto progresismo frívolo. La única igualdad ante la ley que podría ser calificada como «formal» sería, acaso, la igualdad en la aplicación de la ley, o igualdad lógica derivada de la misma idea de norma. En cambio, la prohibición de discriminación implicada por la igualdad *en* la ley justifica, o ha justificado, normas que han establecido la abolición de la esclavitud para las personas de raza no blanca, la posibilidad de acceso de los plebeyos a los cargos públicos de cualquier nivel, el ingreso de las mujeres en la universidad, la progresiva extensión del sufragio o el matrimonio entre personas de distinto sexo. Ninguna de estas normas establece una igualdad «formal» (un calificativo que, por cierto, resulta difícil de comprender, por lo menos en este contexto), sino sustantiva, porque opera un cambio sustantivo en la posición social de los afectados por la norma, en sus condiciones de vida.

Otra cuestión distinta es que cualquiera de estos cambios operados a través de la igualdad ante la ley se considere insuficiente de cara a la consecución de ciertos objetivos. Que se libere a los negros de la esclavitud puede considerarse insuficiente si siguen ocupando una posición subordinada en la pirámide social. Que los plebeyos tengamos acceso a los cargos públicos puede considerarse insuficiente si la mayoría de esos cargos siguen ocupados por aristócratas. O que las mujeres tengan derecho a ingresar en la universidad será insuficiente si no ingresan en una determinada propor-

<sup>43</sup> KANT, 1993: 30-31.

ción. Sin embargo, cada una de esas normas establece no sólo, como se dice, una igualdad meramente jurídica, sino una igualdad de hecho, aunque la igualdad de hecho que establece nos parezca demasiado corta. No es correcto tratar la igualdad de hecho y la igualdad de derecho como dicotómicas, porque toda igualdad de derecho conlleva alguna igualdad de hecho en la medida en que la norma jurídica correspondiente sea eficaz (es decir, se cumpla o se respete). El estatuto social de, digamos, una mujer plebeya y negra, es muy distinto, fácticamente distinto, si no puede ser sujeta a esclavitud, si puede ocupar un cargo público y si puede cursar estudios superiores, al caso contrario. Por eso, sorprende, y confunde, leer que las declaraciones clásicas de derechos (típicamente la francesa de 1789) establecieron sólo la igualdad formal o la igualdad jurídica, cuando en realidad supusieron un paso decisivo (aunque sólo un paso) hacia la igualdad sustantiva de las condiciones de vida de las personas. Mejor haremos en decir, con CASTORIADIS, que «estos derechos no han sido nunca formales (en el sentido de vacíos), sino que han sido siempre parciales, inacabados»<sup>44</sup>.

Llama la atención, por otra parte, el hecho de que, en una formulación del principio de igualdad ante la ley como la contenida en el Derecho constitucional español, el principio contiene dos exigencias bien distintas, hasta el punto de que, podríamos decir, una no exige nada y la otra lo exige todo. La igualdad en la aplicación de la ley podemos decir que no exige nada que no esté ya presente en la misma idea de «ley» o «norma», es decir, que se aplique sin consideraciones ajenas a las establecidas por la propia norma o, más sencillo, «que se aplique», porque cuando las normas se aplican teniendo en cuenta consideraciones que ellas no contemplan, las normas no se aplican correctamente, esto es, no se aplican. Por eso, un ordenamiento jurídico no requiere una norma específica que exija la igualdad en la aplicación de las normas, que va de suyo y, en este sentido, podemos decir que la norma que establece la igualdad en la aplicación de la ley «no exige nada».

En cambio, la igualdad en la ley, tal cual aparece formulada en el art. 14 de la Constitución Española, «lo exige todo», es decir, exige nada más y nada menos la justicia de las normas. Porque no otra cosa que justicia de las normas es lo que significa que éstas no deban discriminar, no ya por razón de «nacimiento, raza, sexo, religión, opinión», sino tampoco por «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Por supuesto, el término «discriminación» que usa el art. 14 ha de entenderse en su significado más estricto, como «trato injusto» y no como «trato diferente», porque, por reducción al absurdo, si le adscribiéramos este segundo significado, resultaría que el precepto no autorizaría ninguna distinción normativa entre las personas, esto es, no permitiría legislar. Esto, por cierto, vale para la cláusula genérica final del precepto, pero también para las cláusulas concretas de no discriminación, porque, en realidad, el Tribunal Constitucional ha acabado por admitir que las personas sí pueden ser tratadas de manera distinta por razón del sexo o la raza, siempre que este trato distinto sea un trato justo o justificado (por ejemplo, una medida de discriminación inversa o acción positiva que trate de equiparar la posición social de las mujeres a la de los varones). Luego el art. 14 lo que prohíbe es cualquier trato injusto, y así conduce a nuestro sistema jurídico a un vigoroso y radical iusnaturalismo: toda norma injusta es, *ipso facto*, una norma inconstitucional o, lo que es lo mismo, toda norma injusta es inválida, no

<sup>44</sup> CASTORIADIS, 2005: 90.

es una norma. El correlato institucional de este curioso resultado es que el Tribunal Constitucional debería anular cualquier norma injusta dictada por el poder legislativo. Y con esta sujeción del segundo al primero desaparecería la política. Reinaría la justicia o, mejor dicho, el Tribunal Constitucional. Los más atrevidos sueños de los partidarios del neoconstitucionalismo quedarían superados por la realidad constitucional española, o por cualquiera otra que contenga una norma similar a nuestro art. 14.

Como ya puede imaginar el lector, ni el Tribunal Constitucional ni nuestros constitucionalistas han llegado a tamaña conclusión, y han tratado de evitarla mediante una interpretación restrictiva del art. 14. Pero ¿cabe acaso una interpretación restrictiva de dicho artículo que sea, al mismo tiempo, lo suficientemente precisa? Porque parece evidente que el art. 14 prohíbe las normas injustas, luego la lógica restricción del precepto podría seguir una de estas dos vías: o bien se limita su alcance a ciertas «causas» de injusticia (las establecidas de manera expresa: sexo, raza, etc.), o bien se limita su alcance a ciertos «niveles» de injusticia: serían inconstitucionales las normas «muy» injustas, o «extraordinariamente» o «evidentemente» injustas, pero no las que fueran sólo «un poco» o «discutiblemente» injustas. En el primer caso se hace caso omiso de la cláusula de cierre del artículo, o incluso del significado genérico que cabe atribuir a sus palabras iniciales («los españoles son iguales ante la ley»), lo que no parece muy respetuoso con el texto de la Constitución; en el segundo caso se formula un criterio impreciso donde los haya. Luego ninguna de las dos soluciones parece buena. Nuestro Tribunal Constitucional, que debía ser deferente con el legislador si no quería minar la base del sistema democrático, ha descartado expresamente la primera y optado por la segunda, recurriendo a expresiones eufemísticas como la de «justificación objetiva y razonable» aplicada a la norma cuya constitucionalidad se examina. Es decir, las normas que establecen un trato desigual para los ciudadanos que no se halle objetiva y razonablemente justificado por el legislador serán inconstitucionales. Pero, si no es de tono, ¿hay alguna diferencia entre ese requerimiento y el más sencillo y directo de que las normas han de ser justas?<sup>45</sup>

Hay otra vía a través de la que ha sido limitado el alcance del mandato de igualdad del art. 14 y, teniéndola en cuenta, cabría pensar que los dos párrafos anteriores contienen una evidente exageración. Según una jurisprudencia constante, ese mandato exige tratar igual lo igual, pero no exige tratar desigual lo desigual, aunque lo autorice<sup>46</sup>. Es decir, prohíbe tratar desigual lo igual pero no prohíbe tratar igual lo desigual. Si esta interpretación es correcta, la equiparación de la igualdad en la ley con la justicia sustantiva no es pertinente, porque la igualdad en la ley exige sólo, por así decir, la mitad de la justicia, pero no toda ella; en la práctica, esto supone una drástica restricción del alcance del principio de la igualdad en la ley. Hemos visto también, más arriba, que RUIZ MIGUEL proponía este alcance del principio de igualdad en la

<sup>45</sup> Hay una amplísima jurisprudencia y una no menos amplísima literatura que trata de responder a esta pregunta mediante el esclarecimiento de términos tales como «objetividad», «razonabilidad», «proporcionalidad», «adecuación», etc. Me limito a recomendar los trabajos ya citados de RUIZ MIGUEL y GIMÉNEZ GLÜCK, así como el que se cita en la nota siguiente. Con carácter más general, ALEXY, 1993: 384 y ss.

<sup>46</sup> Las Sentencias del Tribunal Constitucional que he consultado son las 86/1985, 52/1987, 109/1988 y 48/1989. He tomado la referencia de RUIZ MIGUEL, 2002: 692. Por desgracia, ninguna de ellas contiene un argumento que justifique esta opción interpretativa, limitándose todas a reiterar la afirmación de que el art. 14 no exige el trato desigual de lo desigual, quizá porque el Tribunal lo considera obvio.

ley como un ejemplo que muestra que los valores de la igualdad y de la justicia no son uno y el mismo.

La cuestión es si esta interpretación de la igualdad en la ley la podemos admitir. Desde un punto de vista lógico, parece no haber problemas en ella siempre que nuestro punto de partida sea la exigencia de «trato igual de lo igual», puesto que el trato igual de lo igual no compromete con el trato desigual de lo desigual. En efecto, si X e Y merecen un trato igual y Z merece un trato desigual, y si yo trato igual a X, Y y Z, resulta que he respetado el deber de tratar igual lo igual, aunque también haya tratado igualmente a Z, a pesar de no merecerlo. Sin embargo, bastaría sustituir «trato igual» por «trato proporcional» o por «trato proporcionalmente igual» para, ahora sí, detectar una inconsistencia lógica, pues tanto uno como otro requieren tratar desigual lo desigual tanto como tratar igual lo igual. Ahora bien, uno puede insistir en que el art. 14 exige trato igual y no trato proporcional; para determinar si esto tiene sentido, hay que preguntarse por el fundamento de la norma, la razón de ser del mandato que contiene. La respuesta no puede ser otra que ésta: la norma exige trato igual en el nombre de la justicia, porque ya hemos comprobado que la igualdad, como tal, no es moralmente valiosa, sino que sólo lo es cuando se trata de una igualdad justa. El trato igual de lo igual está justificado, pero lo está exactamente por la misma razón por la que lo está el trato desigual de lo desigual, es decir, por razón de la justicia que supone, de manera que, si asumimos como regla de comportamiento el trato igual de lo igual, no tenemos razón alguna para no asumir, del mismo modo, el trato desigual de lo desigual, porque su fundamento es el mismo o porque, como dice WESTEN, el trato desigual de lo desigual es «correlativo» del trato igual de lo igual. Por consiguiente, parece que la norma contenida en el art. 14 debería interpretarse como exigiendo «igualdad proporcional» y no «igualdad» a secas, y de aquí se sigue que exigiría el trato desigual de lo desigual tanto como el trato igual de lo igual.

En definitiva, el trato igual de lo desigual supone un comportamiento incoherente con el trato igual de lo igual. Si esto es así, entonces no hay razón suficiente para limitar el alcance del mandato de igualdad del art. 14 sólo al trato igual de lo igual, porque, al aceptar su justificación axiológica, nos vemos obligados también al trato desigual de lo desigual. Y, dicho sea de paso, el principio constitucional de la igualdad en la ley no sería un buen ejemplo de la posibilidad de distinguir entre el valor de la igualdad y el valor de la justicia, sino más bien de lo contrario.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el resultado de la interpretación oficial del art. 14 no puede resultar satisfactorio. Lo menos que se puede decir al respecto es que «la propia labilidad de los confines de la definición arroja una imagen siempre relativa del principio de igualdad en la ley, porque relativos son los criterios que se emplean para detectar las desigualdades y su racionalidad»<sup>47</sup>. También podría irse un poco más allá y concluir que una norma como la del art. 14 es una norma que, por exigir todo, lo cual es demasiado, acaba por no saberse cuánto exige, es decir, una norma que acaba por no tener un significado determinado ni racionalmente determinable; y cuando esto le sucede a una norma, podemos decir que ha dejado de ser una norma. No es de extrañar, porque el valor que se halla detrás de la igualdad en la ley no es otro

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO y FERNÁNDEZ LÓPEZ, 1986: 55-56.

que el de la justicia en toda su amplitud y profundidad, es decir, la vara de medir la corrección de cualquier norma jurídica.

## **5. LA IGUALDAD MATERIAL: DE BIENESTAR, RECURSOS U OPORTUNIDADES**

El análisis de la igualdad ante la ley ha debido mostrar ya que la dicotomía entre igualdad formal e igualdad material es inaceptable, al menos si por igualdad formal se entiende la igualdad en la ley, porque ésta no es sino una forma de expresar una igualdad que nada tiene de formal y sí de sustantiva o, como también se la suele llamar, material. En todo caso, el ideal de la igualdad material, sea como igualdad de bienestar, recursos u oportunidades, se ha postulado con reiteración como el valor que fundamenta de manera específica los derechos sociales, y merece la pena que le prestemos un poco más de atención. Las tres igualdades aludidas en el título de la sección son desde luego distintas, o pueden configurarse como distintas, dando lugar a distintas teorías de la justicia distributiva<sup>48</sup>; pero las tres pueden calificarse como variantes de la igualdad material. Lo que sigue vale para cualquiera de las tres, con lo que podemos tratarlas conjuntamente.

Lo principal ya está dicho: del mismo modo que la igualdad en la ley expresa un juicio sustantivo de justicia, así lo hace cualquier otra modalidad de la igualdad material. Postularla como valor significa afirmar que ciertos bienes sociales (o, si se quiere, ciertos niveles de bienestar, recursos u oportunidades) han de estar al alcance de todos los miembros de la comunidad en las mismas condiciones. Los partidarios de los derechos sociales, invocando la igualdad material, lo que propugnan es que todos los miembros de la comunidad puedan disfrutar de iguales niveles o cuotas de tales bienes, sea educación, asistencia, trabajo o cualquier otro. La razón que les asiste, de la que no dudo, es que una tal distribución igualitaria es justa; y la cuestión que tenemos que solventar es si para acreditar esa justicia es necesario recurrir al valor de la igualdad material.

A mi juicio, ese recurso no es necesario. Quizá la prueba más evidente es que los partidarios del valor de la igualdad material no creen que exija una atribución igual de cualquier cosa que se nos ocurra, de cualquier ventaja social disponible, sino sólo de ciertos bienes que son especialmente importantes porque muestran una especial conexión con la vida buena, que, para los humanos, y según las teorías de los derechos, es una vida libre. Es decir, los partidarios de la igualdad material la invocan para asegurar un igual reparto de los bienes que dan libertad. Esta conexión entre derechos sociales y libertad, desde luego, supone una concepción de la libertad distinta de la libertad negativa o libertad como no interferencia que es típica de cierto pensamiento liberal. Aquí no hay espacio para exponer las razones por las cuales esta concepción liberal de la libertad es inaceptable (espero hacerlo en otro momento). Habrá de bastar con dar por buena la intuición de que los bienes garantizados por los derechos sociales hacen a las personas más libres (la educación es un caso paradigmático de eso) y con reconocer que, en cualquier caso, la bondad del argumento de esta sección depende de que

<sup>48</sup> DWORKIN, 2000: 12 y ss.

podamos justificar esta intuición con buenas razones. Aceptando esa conexión entre libertad y derechos sociales, el argumento a favor de los derechos sociales (que puede valer también para otras distribuciones igualitarias de bienestar, recursos u oportunidades) podría ser uno como éste:

- i) La comunidad política debe ser justa.
- ii) Los miembros de la comunidad política son iguales en su capacidad para la libertad, que es su cualidad más valiosa.
- iii) Luego se debe promover por igual su capacidad para la libertad (porque es justo).
- iv) Luego se les debe atribuir cualesquiera bienes necesarios para promover dicha capacidad.
- v) La educación, la asistencia o el trabajo son necesarios para promover dicha capacidad.
- vi) Luego la educación, la asistencia o el trabajo deben ser atribuidos a todos los miembros de la comunidad política.

En este argumento, o en cualquier otro similar que construyamos, los únicos valores requeridos son el de la justicia y el de la libertad. No se ve qué razón habría para recurrir a un supuesto valor de la igualdad (material en este caso). Puesto que la igualdad que se valora es la igualdad en el reparto de todo aquello que contribuye a nuestra libertad, debe ser obvio que la igualdad no se valora como tal. No se valora cualquier reparto igualitario, sino sólo el que permite el disfrute de la libertad por parte de todos, porque todos son capaces de ese disfrute. Luego se valora la libertad de la que podemos disfrutar y se valora la justicia de que todos podamos disfrutarla. La igualdad axiológica que aparece aquí es sólo la propia de la justicia: como todos somos igualmente capaces para la libertad, todos hemos de ser tratados igualmente al respecto, mediante la atribución a todos de los instrumentos necesarios para el desarrollo de esa capacidad.

En este contexto, a la hora de justificar la atribución de derechos sociales, las disputas podrían surgir acaso en torno a: 1) lo que ha de entenderse por vida libre, y 2) la necesidad de disponer de educación, asistencia y trabajo para llevar adelante una vida como ésa. Responder a estas dos preguntas es una tarea básica para cualquier intento de justificación de los derechos sociales, pero ahora lo que importa es darse cuenta que ni una ni otra involucran una discusión sobre el valor de la igualdad. La primera es una pregunta acerca de la libertad y tiene carácter normativo. La segunda es una pregunta acerca de qué bienes sociales son necesarios para la vida libre y trata sobre hechos e instrumentos, no sobre valores. Por eso, los partidarios de los derechos sociales no necesitan del valor de la igualdad para justificar su causa y, al no necesitarlo, la refuerzan, porque pueden alegar con razón que los derechos sociales sólo buscan realizar el mismo fin al que sirven los derechos liberales, el fin de la libertad. En cambio, por muchas vueltas que se le dé, el supuesto valor de la igualdad, como tal, es incapaz de ofrecer razones a favor de la importancia de la educación, la asistencia o el trabajo. Para el caso, tan igualitaria es una sociedad de instruidos como una de analfabetos. En este sentido trivial, sí cabe afirmar que los derechos sociales están vinculados con la igualdad, en el sentido de que igualan a sus titulares en su disfrute; pero esto puede decirse de cualquier otro derecho fundamental. Tan trivial

resulta esta vinculación con la igualdad que también la presenta cualquier norma que niega un derecho, en tanto que iguala a todos en la imposibilidad de disfrutar de él. En cambio, lo que es correcto y significativo es vincular todos los derechos fundamentales con la libertad; y entonces lo que se requiere es saber de qué hablamos cuando hablamos de libertad, y si los derechos sociales son necesarios para asegurar la libertad de todos.

De hecho, cuando vemos ponderar el valor de la igualdad no es difícil encontrar debajo el valor de la libertad y el de su reparto justo. Un ejemplo clásico y característico es el de la descripción que hace TOCQUEVILLE de la democrática e igualitaria sociedad norteamericana del siglo XIX. Al comienzo de su libro, escribe: «ninguna cosa me sorprendió tanto como la igualdad de condiciones». Pero ¿en qué consiste esa igualdad de condiciones? A renglón seguido descubrimos que se refiere a las cuotas que corresponden a los hijos en la herencia de sus padres, a la instrucción primaria, al conocimiento, al bienestar, al ejercicio de una profesión, a los derechos políticos... de manera que:

«América presenta, en su estado social, el más extraño fenómeno. Allí los hombres son más iguales en fortuna e inteligencia, esto es, más igualmente fuertes de lo que lo son en cualquier otro país del mundo»<sup>49</sup>.

El viajero francés seguirá observando, a lo largo de su relato, otras condiciones sociales que considera igualadas, pero ya podemos comprender que sus referencias constantes a la igualdad lo son, casi siempre, a la igualdad en ciertos aspectos de la vida que son condiciones para llevar una vida más libre. Esto es, la igualdad de condiciones que pondera al principio no es sino igualdad de condiciones para la libertad, por mucho que él no lo señale expresamente o que, como sospecha CASTORIADIS, no lo acabe de ver con claridad<sup>50</sup>. Es cierto que aquí no acaba el igualitarismo americano que observa TOCQUEVILLE, porque afecta también a determinados rasgos de la vida de los que podríamos afirmar que no favorecen la libertad o incluso que la perjudican. Pero, por la misma razón, tampoco encontraremos razones para valorar esa igualación. De modo similar, en el libro que dedicó a la Revolución Francesa, donde califica a la igualdad como una de las pasiones que la impulsaron, escribe también:

«Todos los hombres situados por encima del pueblo, en el fondo, se parecían: tenían las mismas ideas, los mismos hábitos, los mismos gustos, se entregaban a los mismos placeres, leían los mismos libros, hablaban el mismo lenguaje. Ya sólo se diferenciaban entre sí por los derechos»<sup>51</sup>.

Es decir, se diferenciaban en el grado de libertad de que disponían porque esos derechos han de ser considerados como cuotas de libertad adicionales a las que ya disfrutaban igualmente (placeres, libros...) y que tenían que ver con la expresión de las ideas, la protección frente a detenciones arbitrarias, el acceso a los cargos y empleos públicos o la participación en el poder político. En este sentido, la pasión igualitaria era la pasión por la libertad, aunque fuese por una libertad ejercida uniformemente (los *mismos* placeres, los *mismos* libros).

<sup>49</sup> TOCQUEVILLE, 2002: Primera parte: Introducción y capítulo III.

<sup>50</sup> CASTORIADIS, 2005: 92.

<sup>51</sup> TOCQUEVILLE, 1982: 122.

En cambio, cuando la igualdad se contrapone con la libertad, es difícil comprender de qué se está hablando. Una instancia clásica es la del famoso ensayo de I. BERLIN sobre los dos conceptos de libertad, en el que escribe:

«El alcance de la libertad de un hombre, o de un pueblo, para elegir vivir como él quiera, debe ser ponderado contra las pretensiones de muchos otros valores, de los cuales la igualdad, o la justicia, o la seguridad, o el orden público son quizá los ejemplos más obvios»<sup>52</sup>.

Confieso que no entiendo en qué sentido el valor de la libertad puede ser ponderado con el presunto valor de la igualdad (ni tampoco con el de la justicia). Más bien parece que la libertad de unos ha de ser ponderada con la libertad de otros o que ciertas libertades, o aspectos de la libertad, pueden menoscabar otras libertades u otros aspectos de la libertad. Se me objetará quizá que no he tenido en cuenta el sentido en que BERLIN maneja el concepto de libertad, como libertad negativa, que es a la que parece referirse en el pasaje transcrito. Sin embargo, la cuestión no es el tipo de libertad que se opone a la igualdad, sino el hecho mismo de oponer cualquier tipo de libertad a la igualdad. Pues si la libertad, negativa o de otro tipo, ha de ser un ideal, valor o bien comunitario, habría que esperar que estuviese repartida igualitariamente entre todos los ciudadanos. Suponiendo que BERLIN esté proponiendo este reparto igualitario de la libertad negativa, ¿a qué igualdad se refiere cuando la contrapone a ese reparto? Quizá a la igualdad respecto de algo valioso que no es la libertad negativa; pero, en este caso, el valor que se opone a la libertad negativa es ese algo valioso y no la igualdad en su reparto. Lleva razón A. SEN cuando afirma que quienes plantean la dicotomía igualdad-libertad incurren en un «error categórico», pues:

«[La libertad y la igualdad] no son alternativas. La libertad se encuentra entre los posibles campos de aplicación de la igualdad y la igualdad se halla entre los posibles esquemas distributivos de la libertad»<sup>53</sup>.

## 6. EL PORQUÉ DE LA IGUALDAD

Si el argumento que hemos venido siguiendo hasta aquí es correcto, habrá que convenir en la conclusión de que el valor de la igualdad no es necesario para formular una teoría de los derechos que corresponden a todas las personas. No permite justificar derechos ni tampoco constituye una razón a favor de uno u otro esquema de distribución de la riqueza, el bienestar, los recursos o las oportunidades sociales. Sin embargo, de aquí no se sigue que las demandas hechas en el nombre de la igualdad carezcan de fundamento. Muy al contrario, suelen tenerlo y suele ser fuerte, pero ese fundamento no puede radicar en la igualdad sino en otro valor o valores, o en una mezcla de consideraciones fácticas y valorativas. Aclarar cuál es el auténtico fundamento de las demandas igualitarias las hará más comprensibles, más sólidas y más atractivas. Éste es el caso de los derechos sociales, una de las demandas igualitarias más reiteradas de nuestra época, que podrán ser mejor fundados cuando se apoyen en la justicia, en la libertad y en ciertas características fácticas de los seres humanos.

<sup>52</sup> BERLIN, 1986: 170.

<sup>53</sup> SEN, 2004: 35.

Antes de concluir, conviene hacerse una pregunta. Si la igualdad no parece ser un valor, si no puede fundamentar propuestas normativas, ¿cómo es que se ha constituido en uno de los grandes estandartes del progreso político, sobre todo durante la era moderna? A mi juicio, la respuesta es ésta: porque mediante el recurso a la idea de igualdad se ponía y se pone de relieve la contradicción entre el esquema dominante de legitimación política y su realización práctica. Los elementos clave de ese esquema son los tres que acabo de mencionar: justicia, libertad y básica igualdad de los seres humanos en su capacidad para la libertad. Según este esquema, una comunidad política justa ha de ser aquella que garantice una vida libre para todos sus miembros, porque una vida libre es el ideal humano por excelencia, y porque ese ideal, en tanto que humano, ha de estar al alcance de todos y no sólo de algunos.

Ahora bien, en la práctica este canon de legitimidad política se ha realizado de manera muy deficiente, porque no se ha garantizado la libertad de todos, sino sólo la de algunos, o la de unos en mayor medida que la de otros; y, diría, apuntar a esta contradicción entre el ideal y la realidad ha sido el motor del avance político durante los tres últimos siglos, si no incluso desde los tiempos de la Baja Edad Media, como observó TOCQUEVILLE en la Introducción a su *Democracia en América*. La igualdad, que es el impulso al que se refiere de forma explícita TOCQUEVILLE, expresa precisamente esa discrepancia, porque de los tres elementos constitutivos de la legitimidad política nadie duda. No se duda del valor de la justicia ni del de la libertad, tampoco de que los seres humanos son básicamente iguales, y capaces todos ellos de ser libres. Por eso, recurrir a cualquiera de los tres como argumento a favor del cambio o del progreso social podría parecer inútil o insuficiente, porque los partidarios del orden establecido siempre podrían responder que ellos también se sienten vinculados por esos ideales y que los encuentran ya realizados en ese orden. En cambio, el recurso a la igualdad pretende mostrar que no hay tal consistencia entre lo que es y lo que debe ser, porque los ciudadanos de una comunidad política, siendo igualmente capaces para la libertad, no son igualmente libres; porque, siendo iguales, no son tratados igual, es decir, son tratados injustamente. El ideal de la justicia nunca ha sido negado; el de la libertad, pocas veces. Y, aun así, ni la justicia ni la libertad reinan sobre la tierra. El recurso al supuesto valor de la igualdad expresa esto.

En particular, el hecho ya comprobado de que se llame igualdad a la justicia tiene una clara razón de ser: la justicia exige el trato igual para los iguales y desigual para los desiguales, pero es el primero el que más se echa de menos. Si imaginamos una comunidad regida perfectamente por la justicia, habremos de imaginar una comunidad que presente un cierto nivel de trato desigual, ni más ni menos que el que expresa el concepto de la justicia, esto es, el que corresponda a la desigualdad relevante entre sus miembros. La comunidad, en cambio, sería injusta si ese nivel de trato desigual fuese mayor o menor, si hubiese un exceso de igualdad o de desigualdad. Sin embargo, las comunidades humanas reales siempre han sido más desiguales de la cuenta y no al contrario, es decir, la razón de ser de su injusticia es casi siempre la misma: su excesiva desigualdad y no su excesiva igualdad. Lo pueden acreditar las mujeres, las personas de razas no blancas, los inmigrantes, los trabajadores, los pobres. Todos ellos, cuando claman por la justicia, claman al mismo tiempo por la igualdad, porque es trato igual lo que falta, porque sobra trato desigual. Por tanto, y sobre todo en el plano de la ordenación política general, el que exige justicia casi siempre exige igualdad, porque la

realidad jurídica y política, tal cual es, para ser justa requiere ser más igualitaria y no menos. Así es como deben leerse las proclamas igualitaristas, de las que el *Manifiesto de los Iguales* no es mal ejemplo:

«Siempre y por todos sitios se alimenta a los hombres con bellas palabras. Nunca y en ninguna parte han obtenido la cosa junto con la palabra. Desde tiempos inmemoriales se nos repite con hipocresía: los hombres son iguales, y desde tiempos inmemoriales la tan envilecedora como monstruosa desigualdad pesa insolentemente sobre el género humano»<sup>54</sup>.

Las cosas podrían ser al revés, y el mundo ser excesivamente igualitario para ser justo, pero cargamos con un largo pasado aristocrático que lastra el presente con un exceso de desigualdad. Luego no resulta extraño llamar «igualdad» a la justicia porque, de hecho, la exigencia de la segunda es la exigencia de la primera. En este sentido, es decir, en un sentido histórico, sí es cierto que los derechos sociales están vinculados con la igualdad, en el sentido de que su reconocimiento ha ayudado a extender la igualdad de condiciones entre los ciudadanos, pero del mismo modo que los demás derechos fundamentales, en su momento, también la extendieron.

La imagen de la justicia política no es la de un desigual igualmente tratado que reclama el trato desigual que en justicia le corresponde. La imagen, al contrario, es la de ese negro encadenado que figura en el medallón diseñado hacia 1787 por J. WEDGWOOD, el abuelo materno de DARWIN, para la inglesa *Sociedad para la abolición del comercio de esclavos*. Debajo de su imagen se encuentran estas palabras: «*Am I not a Man and a Brother?*». Y como ésta son casi todas las demandas de la justicia política: ¿No soy yo igual que tú? ¿Por qué, entonces, soy tratado peor que tú? No es extraño, insisto, que se formulen en el nombre de la igualdad<sup>55</sup>.

Al mismo tiempo que justicia, la demanda igualitaria incluye una petición de libertad. En el caso del medallón de WEDGWOOD, la libertad no se menciona, tampoco la igualdad ciertamente, pero las preguntas apuntan primero a la igualdad y no a la libertad. ¿No soy un Hombre (igual que tú, hombre blanco) y un Hermano (un hermano tuyo, un igual)? Eso sí, detrás de las respuestas afirmativas está esperando la libertad, pues, si soy un igual, ¿no he de ser igualmente libre como tú? ¿No es justo que lo sea? El lema del medallón, pues, explica bien de qué modo la demanda de igualdad resume los tres elementos de la legitimidad a los que vengo haciendo referencia: el hecho de la igualdad radical de los seres humanos, que son, por eso, hermanos; el valor de la justicia que, como iguales que son los seres humanos, requiere tratarlos igualmente; y el valor de la libertad que, como capaces que somos de ella, requiere que se nos atribuya. Quítese al hombre negro, y póngase a la mujer, o al pobre, o al emigrante: la demanda, ahora dirigida al varón, o al rico, o al ciudadano, sigue conservando su razón y su fuerza.

No es, por tanto, extraño que la igualdad se haya constituido en gran reivindicación política de nuestra era. Eso sí, cuando el pueblo la reclama es la libertad quien le guía, bajo el ojo atento de la justicia, que, contra lo que se suele creer, nunca ha sido ciega.

<sup>54</sup> BABEUF y MARECHAL, 1993: 251.

<sup>55</sup> Agradezco a V. MÉNDEZ BAIGES que me informase de la existencia del medallón de WEDGWOOD, y también sus muchos otros comentarios y sugerencias sobre este escrito.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ALLAN, T. R. S., 2001: *Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford University Press.
- ARCOS, F., 2001: *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid, Dykinson.
- ARISTÓTELES, 1985: *Ética nicomáquea*, Madrid, Gredos.
- 1997: *Política*, Madrid, Altaya.
- BABEUF, C., y MARECHAL, S., 1993: «Manifiesto de los Iguales», en V. MÉNDEZ BAIGES (ed.), *El discurso revolucionario*, Barcelona, Sendai.
- BERLIN, I., 1986: «Two Concepts of Liberty», en *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press.
- BOBBIO, N., 1993: *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós.
- CALABRESI, G., 1991: «Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)», en *Harvard Law Review*, núm. 105.
- CAMPBELL, T., 2002: *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Gedisa.
- CASTORIADIS, C., 2005: *Escritos políticos*, Madrid, Los Libros de la Catarata.
- DE LORA, P., 2006: *Memoria y frontera: el desafío de los derechos humanos*, Madrid, Alianza.
- DE LUCAS, J., 1996: «La igualdad ante la ley», en E. GARZÓN VALDÉS y F. LAPORTA (eds.), *El Derecho y la justicia*, Madrid, Trotta.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor, Civitas.
- DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth.
- 2000: *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Harvard University Press.
- ESCUADERO, R., 2000: *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- FERRERES, V., 2009: «Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia», en V. FERRERES y J. A. XIOL, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- FINNIS, J., 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press.
- FULLER, L. L., 1969: *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press.
- GARCÍA MANRIQUE, R., 2003: «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», en *Doxa*, núm. 26.
- 2004: «¿Deben las mujeres tener derechos humanos específicos?», en *Derechos humanos e injusticias cotidianas*, Bogotá, Externado de Colombia.
- GARZÓN VALDÉS, E., 1993: «Seguridad jurídica y equidad», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- GIMÉNEZ GLÜCK, D., 2004: *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., 2004: *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GUIBOURG, R. A., 1996: «Igualdad y discriminación», en *Doxa*, núm. 19.
- HAYEK, F., 1995: *Camino de servidumbre*, Madrid, Alianza.
- HART, H. L. A., 1980: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- HIERRO, L. L., 2000: «¿Qué derechos tenemos?», en *Doxa*, núm. 23.

- 2002: «El concepto de justicia y la teoría de los derechos», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza.
- HOBBS, Th., 1980: *Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica.
- KANT, I., 1993: *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos.
- 1996: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Ariel.
- KELSEN, H., 1991: *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel.
- LAPORTA, F., 1985: «El principio de igualdad: introducción a su análisis», en *Sistema*, núm. 67.
- 2002: «Imperio de la ley y seguridad jurídica», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza.
- LYONS, D., 1993: «On Formal Justice», incluido en *Moral Aspects of Legal Theory*, Cambridge University Press.
- MACKLIN, R., 2003: «Dignity is a Useless Concept», en *British Medical Journal*, núm. 327.
- PINKER, S., 2008: «The Stupidity of Dignity. Conservative bioethics latest, most dangerous ploy», en *The New Republic*, 28 de mayo.
- RADBRUCH, G., 1974: *Introducción a la filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica.
- RAWLS, J., 1973: *A Theory of Justice*, Oxford University Press.
- RAZ, J., 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., 1986: *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos.
- ROSS, A., 1997: *Sobre el Derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba.
- RUIZ MIGUEL, A., 1996: «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Doxa*, núm. 19.
- 1997: «Equality Before the Law and Precedent», en *Ratio Juris*, núm. 10.
- 2002: «Concepto y concepciones de la igualdad», en V. ZAPATERO (ed.), *Horizontes de la filosofía del Derecho*, vol. 1, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad.
- SCHAUER, F., 1991: *Playing by the Rules*, Oxford, Clarendon Press.
- SEN, A., 2004: *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza.
- SINGER, P., 1991: *Ética práctica*, Barcelona, Ariel.
- SUMMERS, R. S., 1993: «A Formal Theory of the Rule of Law», en *Ratio Juris*, núm. 6.
- TOCQUEVILLE, A., 1982: *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Madrid, Alianza.
- 2002: *La democracia en América*, Madrid, Alianza.
- WEINRIB, E. J., 1995: *The Idea of Private Law*, Harvard University Press.
- WESTEN, P., 1982: «The Empty Idea of Equality», en *Harvard Law Review*, núm. 95.
- 2000: *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of «Equality» in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press.

# PENSAR EL CASTIGO

## Evolución de las formas penales en Michel Foucault \*

Francisco J. Campos Zamora

*Universidad de Costa Rica*

**RESUMEN.** M. FOUCAULT se presenta como un escéptico frente a la influencia que el pensamiento ilustrado y los derechos humanos han tenido sobre la evolución de las formas penales. Él considera ingenuo que las transformaciones en la manera de determinar la verdad procesal y las tecnologías de la pena obedezcan a la reforma humanista. Lo suyo es el juego de los poderes, develar la forma como los discursos actúan en la sociedad y crean, poco a poco, nuevas estructuras ya sea en la clínica, la escuela, la fábrica o la prisión, todas ellas encaminadas siempre a ejercer nuevas formas de control sobre el sujeto. Este trabajo reseña la lectura desmitificadora que FOUCAULT realiza sobre la evolución de las formas penales (el proceso y la pena).

**Palabras clave:** M. FOUCAULT, Derecho penal, proceso, castigo, garantistas procesales.

**ABSTRACT.** M. FOUCAULT shows himself skeptic regarding the influence that Enlightenment thought and human rights have had over the evolution of the penal forms. For him, it would be naïve to consider that the transformations in both the way the formal procedural truth is determined and in penal technologies are owed to the Humanist Reform. No, his is a play of power, the unveiling of how discourses act on society and create, little by little, new structures; be it in the hospital, school, the factory or prison, all of them aimed at exercising new forms of control over the subject. In this work we will outline FOUCAULT's demystifying reading on the evolution of penal forms (criminal procedure and punishment).

**Keywords:** M. FOUCAULT, criminal Law, process, punishment, procedural guarantees.

---

\* Fecha de recepción: 29 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2011.

## I. INTRODUCCIÓN

«Lo que se encuentra, al comienzo histórico de las cosas, no es la identidad aún preservada de su origen, es la discordia de las otras cosas, es el disparate».

FOUCAULT

«Soy un artificiero». Ésa es la respuesta final de M. FOUCAULT ante su entrevistador R.-P. DROIT, luego de negarse a ser considerado historiador o filósofo. Un artificiero es, en primer lugar, un geólogo, alguien que mira con atención los estratos del terreno, los pliegues y las fallas. Se pregunta: ¿Qué resultará fácil de excavar? ¿Qué se resistirá? Observa cómo se levantaron las fortalezas, escruta los relieves que se pueden utilizar para lanzar un asalto, pero no está en favor de la destrucción ni del estancamiento del saber sino de su avance, de que los muros puedan ser derribados<sup>1</sup>.

La autopercepción usualmente varía de aquello que piensan los demás, por eso, se hará caso omiso de lo señalado por el pensador francés y se le definirá como filósofo, una nueva forma de filósofo, que se interesa por la historia, la verdad y el poder, y, sobre todo, por la lógica de las pequeñas cosas<sup>2</sup>. Su obra se caracteriza por derribar mitos, mostrar las estructuras de poder subyacentes, así como por evidenciar el nacimiento, el desarrollo y la decadencia de ciertas instituciones sociales.

Ese interés de FOUCAULT no es ajeno al Derecho penal, antes bien, dos de sus más importantes obras, *La verdad y las formas jurídicas* y *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, las dedica a desnudar la evolución producida en las formas penales. Por un lado, analiza los cambios que han tenido lugar en el proceso, tanto respecto de los métodos empleados para fundamentar esa creencia denominada verdad (*racionalización de la prueba*), como alrededor de las causas que llevaron a los soberanos a secuestrar el desarrollo de los litigios (*publicación del proceso*).

Por otro, reseña las transformaciones que han tenido lugar en las formas de punición, tanto respecto del paso de la tortura hacia un sistema de vigilancia (*regulación de la pena*), como en lo referente a la influencia recibida de la separación entre delito y pecado (*secularización del delito*). Todos esos temas son fascinantes. Este trabajo intenta reconstruir esos avances del pensamiento foucaultiano, al tiempo que analiza sus aciertos y desaciertos, como lectura del discurso jurídico penal.

## II. MICHEL FOUCAULT: MÚLTIPLES ROSTROS, INFINIDAD DE PROPUESTAS

«No me pregunten quién soy, ni me pidan que permanezca invariable».

FOUCAULT

Poitiers, un niño hijo de un prestigioso cirujano, se aburre entre dos guerras. Un brillante alumno de secundaria llega al Liceo Henri-IV a prepararse para la École Nor-

<sup>1</sup> DROIT, 2006: 71. En general, sobre este personaje, muy valiosa la biografía realizada por ERIBON, 1991.

<sup>2</sup> FOUCAULT, 2006: 227.

male Supérieure de París. Un estudiante parisiense, miembro del Partido Comunista Francés, intenta suicidarse y bordea la locura. Un apasionado de la psicología enseña en la Universidad de Lille. Un agregado cultural sorprende a la ciudad de Uppsala conduciendo un automóvil deportivo a gran velocidad. Un joven y encantador doctor imparte lecciones en Clermont-Ferrand. El titular de la cátedra de historia de los sistemas de pensamiento en el Collège de France hace las veces de viajero en un templo budista y conferencista en Berkeley. Un militante activo del grupo de información sobre las prisiones escribe para *Il Corriere della Sera*. Todos ellos, sujetos dispares en distintas épocas, responden a un mismo nombre: M. FOUCAULT.

FOUCAULT meditaba sobre las penitenciarías en lugar de hacerlo sobre asuntos ontológicos, prefería el estudio de la gendarmería a las pruebas de la existencia de Dios. Elegía a sus propios olvidados en lugar de los autores clásicos de la filosofía, cuando necesitaba referencias. Basta leerlo para confirmar que no era un historiador, su labor no se reducía a establecer los hechos, a restituir mentalidades y sacar a la luz cambios inadvertidos, ponía en acto otra forma de pensar, en la que entran en juego los estatutos del lenguaje y la verdad, de la razón y el inconsciente, de la historia y el sujeto, de la sexualidad y la locura<sup>3</sup>.

Se preocupaba por develar las estructuras de poder y los discursos en torno al nacimiento de la categoría de los presos, los locos y los enfermos, mostrando que era posible realizar un análisis profundo de fenómenos, a los cuales no se presta mayor atención. Mencionó, un poco en broma: «En este momento, me intereso por las puertas de los retretes de los cuarteles alemanes del siglo XVIII». Las respuestas que obtenía de ese tipo de cuestiones se entrelazan, perfectamente, con la historia del pensamiento. Todo un irregular, un «impresentable» de la filosofía.

Sus explicaciones resultaban fragmentadas, nunca fue su propósito construir sistemas o métodos, el llamado método FOUCAULT es invención de los manuales de filosofía, no suya. Contrario a muchos, prefería la práctica antes que elaborar grandes discursos. Su prematura muerte dejó en suspenso un buen número de interrogantes y malentendidos. ¿Cuál es el sentido de su obra? Se trataría de comprender cómo se vinculan todos sus libros, ello permitiría deshacer algunos errores y formar un individuo reconocible, identificado y etiquetado, de una vez para siempre; pero ello supone un error en la medida que el primer paso sería empezar por reconocer esa multiplicidad diseminada en FOUCAULT, que se rehúsa a coincidir consigo misma.

FOUCAULT no cesó de evolucionar, convertirse en otro y disociar su identidad. Sus rostros no pueden coincidir con los años ni con los textos. Una sola entrevista puede generar varios de ellos o pasar de uno al otro, ya que no se corresponden únicamente con las facetas de un carácter o una época. Esos rostros expresan relaciones de fuerzas; resultan siempre de una especie de guerra, que opone recíprocamente los enunciados, las formas de saber y poder, los dispositivos del discurso y la acción. Su pensamiento no es fijo y, por ello, rechazaba responsabilizarse a perpetuidad de un sentido inmóvil de sus trabajos. El caleidoscopio que constituyen sus obras permite captar en vivo la diversidad de los registros en que libró sus combates.

<sup>3</sup> DROIT, 2006: 25, 26.

Las obras de FOUCAULT se hallan orientadas en una doble vertiente: la arqueología y la genealogía. La primera trataba de desentrañar las condiciones de aplicabilidad y los desarrollos en las formaciones discursivas en las prácticas lingüísticas. La idea era excavar capas al modo de los arqueólogos, para estudiar los modos históricos de configuración de determinadas espesuras discursivas y diferentes objetos de análisis. La arqueología tenía un papel de articulación, pues planteaba la firme distinción entre dos formas, pero se contentaba con indicar negativamente la otra forma como lo no discursivo, como se proponía definir la forma de los enunciados. Las obras *El nacimiento de la clínica*, *Las palabras y las cosas* y *La arqueología del saber*, entre otras, pertenecen a esta etapa.

La genealogía se opone al despliegue metahistórico de las significaciones ideales. No se trata de la imagen de unos que detentan el poder y otros que se someten, éste se presenta como una trama extendida a través de toda la sociedad, lo cual siempre hace posible tensar la red en algún punto y hacer temblar toda la estructura. Esta reflexión de FOUCAULT sobre el poder lo condujo a pensar la modernidad como el intento de constituir una sociedad disciplinaria, mediante tecnologías de control y constitución de identidades. De modo que el poder no apareció como una mera fuerza de represión, sino también como posibilidad de realización. Numerosos escritos pertenecieron a esta etapa, entre ellos: *¿Qué es un autor?*, *El orden del discurso* y *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*.

Su desaparición suscitó un sentimiento de injusticia y absurdo, pero no incitó a la aflicción, porque supo reírse de lo trágico. Su voz permanece en el papel, sus libros siguen produciendo efectos no previstos, encuentran lectores inesperados, desbaratan las clasificaciones donde se pretendía encerrarle y continúan incluyéndolo en luchas con las que no soñó. Un final apropiado para quien rechazó siempre la tiranía del autor.

FOUCAULT ha logrado no ser el amo de sus propios libros, el guardián del sentido único de su obra, alguien que dicta su ley al lector; por el contrario, concibió libros desacralizados, independientes de su productor, cajas de herramientas a las que cada cual se acerca para escoger un análisis o un concepto, según sus necesidades y para luchar, pensar o hablar; tres acciones que no son más que una, para sus ojos.

FOUCAULT sólo quería ocupar un espacio en blanco, quedarse sin identidad y escribir para perder el rostro; ha vencido su voluntad de no ser etiquetado y no es fácil decir en qué categoría jugó. Su programa de trabajo era polémico, nitroglicerina envasada en su estado más puro, saber, poder y sexualidad, difícil pedir más. Sus más destacados biógrafos, entre ellos DELEUZE, GUÉDEZ, DREYFUS, RABINOW y ERIBON, no se ponen de acuerdo respecto de cuál es su obra cumbre, entre *La historia de la locura en la edad clásica*, *Las palabras y las cosas*, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, o *Historia de la sexualidad*. Parecía que cada una de ellas era fundamental para una época particular. Su objetivo no era la reconstrucción del pasado y, por ello, ciertos historiadores lo miraban con recelo. Proclamaba: «Yo hago historia del presente».

Un hombre agonizante en 1984, en la Unidad de Cuidados Intensivos de la Salpêtrière, recibía el primer ejemplar de su último libro, *El cuidado de sí*, tomo tercero de su *Historia de la sexualidad*. Cinco días más tarde fallecía justamente en el mismo

hospital, cuyo nacimiento había descrito en sus obras. Ésta es la última de las imágenes a la que se puede denominar M. FOUCAULT<sup>4</sup>.

### III. EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS PROCESALES

«La verdad no existe... Sólo existen discursos históricamente reconocibles, que producen efectos de verdad, al delimitar lo que es pensable y lo que no lo es para una determinada época».

FOUCAULT

El pensamiento contemporáneo siente simpatía por los mitos griegos<sup>5</sup>. Desde la publicación de *El nacimiento de la tragedia*, obra en que se denuncian los peligrosos abusos del racionalismo, el análisis de la mitología griega en perspectiva filosófica se ha convertido, entre algunos filósofos, en un modelo recurrente<sup>6</sup>.

ADORNO y HORKHEIMER reconstruyeron la figura de Odiseo. Ellos consideraron que las peripecias del héroe homérico constituyen el primer caso del racionalismo ilustrado y dominación sobre la naturaleza. La Ilustración disuelve los mitos y entroniza la ciencia que aspira al ejercicio del poder sobre la naturaleza desencantada; Odiseo es el primer gran cosificador<sup>7</sup>. CAMUS se sirvió de Sísifo, quien fuera castigado por los dioses, para plasmar su filosofía del absurdo, el sentido de la vida y la cuestión del suicidio, que constituye el problema filosófico fundamental, según su opinión. BERLIN, por su parte, analiza una fascinante máxima griega: muchas cosas sabe el zorro, mas una sola y grande sabe el erizo, y agrupa en dos categorías a escritores y pensadores, por un lado, quienes persiguen muchos fines y por otro, aquellos que relacionan todo con una única visión central; los primeros ocupaban el papel de los zorros, y los segundos, el de los erizos<sup>8</sup>.

FOUCAULT hizo lo propio utilizando conocidas obras de HOMERO y SÓFOCLES<sup>9</sup>. Expone los métodos sobrenaturales de dirimir los conflictos, en *La verdad y las formas jurídicas*, así como el modelo de investigación racional de la verdad, presentes en los dos clásicos de la literatura griega, *La Iliada* y *Edipo Rey*, respectivamente. Relata en la primera cómo se realiza una carrera de carros tirados por caballos, con ocasión de la muerte de Patroclo. Se produce una irregularidad durante su desarrollo y Menelao, el principal contrincante de Antíloco, presenta una queja ante el juez. ¿Cómo resolver la disputa? Curiosamente, no se apela a los testigos, sino que uno de los competidores lanza un desafío al otro, mediante el cual le exige colocar su mano derecha sobre la cabeza de su caballo, sujetar con la izquierda su fusta y negar ante Zeus haber atentado

<sup>4</sup> DROIT, 2006: 30.

<sup>5</sup> Cfr. JÜNGER, 2001.

<sup>6</sup> NIETZSCHE, 2000.

<sup>7</sup> HORKHEIMER y ADORNO, 2004: 97.

<sup>8</sup> (*Poll' oído allóopex all' ekbínos hén méga*), BERLIN, 1981. Ese modelo también ha sido utilizado para describir a dos de las figuras más importantes de la matemática del siglo XX, B. RUSSELL y K. GÖDEL, el primero como zorro, el segundo como erizo. Al respecto, NAGEL y NEWMAN, 2005: 5.

<sup>9</sup> Para FOUCAULT, la tragedia griega es siempre una tragedia sobre el derecho y muy especialmente sobre el derecho público, así como existe también una pertenencia esencial entre la novela y el problema de la norma. FOUCAULT, 2003a: 152.

contra la legalidad de la competencia. En ese instante, Antíloco reconoce su falta frente a la posible ira de los dioses.

El mito se ha hecho presente. Existe una forma antigua de producir la verdad jurídica, una forma sobrenatural que hace depender el resultado de los litigios del temperamento de quienes habitan el Olimpo y de los elementos como manifestación inconfundible de su carácter<sup>10</sup>. La determinación de la verdad es una labor ajena al destino de los hombres. La historia no recurre al testigo, se echa mano de una especie de juego de la prueba para determinar el culpable. Uno lanza un desafío, el otro asume el riesgo o renuncia a él. La responsabilidad de lo que sucedería, el descubrimiento final de la verdad, no dependería de los hombres, sino de la divinidad, y Zeus sería quien castigaría el falso juramento con su rayo, si hubiese jurado en vano<sup>11</sup>.

FOUCAULT reconstruyó el mito de *Edipo Rey* desde una variable jurídica<sup>12</sup>. Se propuso demostrar cómo esa obra instaura la investigación racional de la verdad desplazando la forma mítico-sobrenatural presente en *La Ilíada*. La obra de SÓFOCLES quiebra ese paradigma y expone un escenario completamente distinto, describiendo un método renovado de producir la verdad y resolver los conflictos entre los hombres. La verdad se establece en esta historia mediante una fórmula que se podría denominar *ley de las mitades*, por la cual se determina que Edipo no es sólo aquel que liberó a la ciudad de la Esfinge, sino quien asesinó a su padre y desposó a su madre cumpliendo la profecía.

Edipo consulta al oráculo de Delfos, en un primer momento, en busca de una solución para la peste que castiga a Tebas. Apolo le advierte que ésta cesará, cuando la falta sea expiada. La respuesta es oscura. Las palabras de Creonte iluminarán el misterio y darán a conocer que la maldición tiene su origen en un asesinato que nunca fue esclarecido. Apolo, consultado sobre la víctima, responderá: «Layo, el rey». Edipo exige conocer el nombre del asesino, mas no recibe respuesta alguna. No se puede forzar la respuesta de los dioses. Decidido a dar con la identidad del asesino acude donde el adivino Tiresias, aquel que habita en la noche de los sentidos. Éste le responderá que debe abandonar la ciudad si desea desterrar al asesino. El juego de las mitades se ha completado en su primer nivel. El dios y el adivino han señalado a Edipo.

Las palabras de Tiresias desconciertan a Edipo. Yocasta, pretendiendo consolarlo y sin sospechar que éste es su hijo, afirma que no puede haber sido él quien dio muerte al rey Layo, contrario a las predicciones del oráculo y de Tiresias, pues éste fue asesinado por varios hombres en un sitio particular, la encrucijada de tres caminos, según se dice. Edipo responderá, con cierta sospecha, que exactamente eso hizo él, matar a un

<sup>10</sup> MURILLO, 1997: 110.

<sup>11</sup> FOUCAULT, 2003b: 41.

<sup>12</sup> La de M. FOUCAULT es la tercera gran reconstrucción de ese conocido mito griego luego de la clásica lectura freudiana en la cual el niño en su edad temprana ama a su madre y odia a su padre, y de la muy interesante propuesta del anti-Edipo elaborada por los franceses G. DELEUZE y F. GUATTARI, según la cual el mito no revela el contenido secreto de nuestro inconsciente, sino la forma de coacción que el psicoanálisis intenta imponer en la cura a nuestro deseo. FOUCAULT siente bastante aprecio por el estudio filosófico de las tragedias griegas, es así como en otra de sus obras analiza la noción de «parresia» a partir de las tragedias de EURÍPIDES. FOUCAULT, 2004a: 53-88. GROS y LÉVY, 2004.

hombre en la encrucijada de tres caminos, en un lugar muy parecido. Los recuerdos se entrelazan y forman una versión de la verdad<sup>13</sup>. El juego de las mitades se ha completado en su segundo nivel. Los reyes han señalado a Edipo.

Finalmente, la profecía señala que Layo no habría de morir en manos de cualquier hombre, sino de su propio hijo, de modo que la predicción no se verá realizada a menos que la paternidad de Layo sobre Edipo sea comprobada. Intervienen nuevamente dos personajes. Un esclavo llega desde Corinto anunciando la muerte de Polibio, a quien Edipo creía su padre. Existe todavía una esperanza. Edipo exclama que la predicción ha fallado, mas el esclavo le revelará que Polibio no era su verdadero padre. Hacia el final de la obra, un pastor interviene y asegura haber entregado a ese mismo esclavo, hará ya muchos años, un niño proveniente del palacio de Tebas<sup>14</sup>. El juego de las mitades se ha completado en su tercer nivel. El esclavo y el pastor han señalado a Edipo.

El misterio se ha resuelto. Cada personaje ha dado su versión de la historia y éstas son coincidentes. Dioses, adivinos, reyes, esclavos y pastores han señalado a Edipo. Aquello que saben los dioses del Olimpo también lo conocen los pastores del campo<sup>15</sup>. FOUCAULT considera que ésta es una reconstrucción racional de los hechos, una manifestación de un tipo de verdad reconstruida en el plano jurídico-político. El mito cede ante la fuerza de los hechos y la invocación a la divinidad no es necesaria para determinar quién es el poseedor de la verdad. La historia que SÓFOCLES narra rompe el paradigma en cuanto a la investigación de los hechos en el pensamiento griego e instaura las bases para lo que se conocerá, siglos después, con el nombre de modelo indagatorio.

Ese tipo de indagación primigenia, cual fue retratada por SÓFOCLES, se pierde durante el oscurantismo medieval, surgiendo otras formas de probar la verdad que recuerdan las referencias presentes en *La Ilíada*. El antiguo derecho germánico no pretendía establecer la verdad, la reconstrucción de lo sucedido no es relevante, antes bien, el litigio se reglamenta mediante lo que FOUCAULT denomina *juegos de la prueba* («*épreuves*»). El litigio se resuelve a partir de la importancia del individuo. El imputado puede establecer su inocencia con el testimonio de quienes acrediten su influencia en el grupo social, ante una querrela. Un segundo tipo consiste en la habilidad para pronunciar complicadas fórmulas lingüísticas sin cometer errores. Finalmente, las ordalías o juicios de Dios, luchas en las que se enfrenta al acusado a las fuerzas de la naturaleza, o bien se lleva al límite su resistencia física<sup>16</sup>.

Ese sistema de práctica judicial desaparece a fines del siglo XII y durante el siglo XIII. Se asiste a un renacimiento en la racionalización del proceso. Los juramentos ante los dioses y las luchas contra el agua y el fuego desaparecen y se da paso a una nueva forma de administrar justicia. Esa modalidad de saber será la *indagación*, que

<sup>13</sup> FOUCAULT, 2003b: 45.

<sup>14</sup> FOUCAULT, 2003b: 46.

<sup>15</sup> Aun cuando FOUCAULT no explota este punto, la obra de SÓFOCLES es innovadora también respecto al tratamiento dado a los esclavos y los pastores. En ese sentido, y desde una lectura en clave política, Edipo, a su manera, quiebra con la estratificación social griega al mostrar que los testimonios de esos individuos, si bien no son ciudadanos *stricto sensu*, poseen la misma validez probatoria que la producida en los niveles de la divinidad y de la realeza.

<sup>16</sup> FOUCAULT, 2003b: 72, 73.

aparece por primera vez en Grecia, se oculta durante la época medieval; sin embargo, se muestra distinta a aquella que tiene lugar en *Edipo Rey*, haciéndose acompañar por una idea poderosa que revoluciona la manera de resolver los conflictos: la publicación del proceso. Se inventa algo que no concierne tanto a los contenidos, sino a las formas y condiciones de posibilidad del saber<sup>17</sup>.

FOUCAULT destaca la importancia que revisten las armas y el comercio de los bienes, en esa época, además de la riqueza. El litigio judicial, en su forma más primitiva, como conflicto entre ofendido y agresor, sometidos a ciertas reglas de liquidación, aseguraba la circulación de los bienes. De ahí que los ricos y poderosos decidieran confiscar ese modelo para sí mismos. La disputa por resolver lo justo, para cada caso, ya no es un pleito entre individuos. Éstos pierden la potestad de resolver sus diferencias. En adelante deberán responder a una figura de poder, a una fuerza ajena (monarca o señor feudal) que se les impone como poder judicial y político<sup>18</sup>.

En segundo lugar, surge un nuevo actor que intervendrá en el proceso, alguien que no posee referente en el derecho romano ni en la tragedia griega. Los ricos y poderosos han secuestrado la administración de justicia, pero no lo hacen de manera directa, emplean la figura del procurador como su representante en el proceso. Éste se suma a la causa de la víctima representando al poder estatal lesionado por el crimen. El procurador se convierte en el doble de la víctima pues, al igual que ésta, busca resarcimiento ante la falta cometida. Este fenómeno, absolutamente nuevo, permite que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales<sup>19</sup>.

El proceso descrito conlleva la aparición de un nuevo concepto jurídico de enorme relevancia: la infracción. Anteriormente, el drama jurídico era resuelto entre la víctima y el acusado. La falta deja de ser una ofensa entre individuos y se convierte en una infracción contra el poder público a partir de la incorporación del procurador y la idea de delito, como lesión estatal. El soberano es un actor de primera línea en el desarrollo del proceso; finalmente, pues, se asiste así a una de las formas penales<sup>20</sup>.

Esa evolución no se detiene allí. El Estado no sólo es la parte lesionada, sino que además exige reparación. La reparación frente al ofendido-soberano se halla también junto a la reparación frente al ofendido-persona. Aparece esa idea genial y perversa que se materializa en la figura de la confiscación de bienes y que constituye uno de los grandes medios de incrementar sus propiedades, para las nacientes monarquías occidentales. El círculo se ha cerrado y ha sido alcanzado el objetivo, por el cual se introduce el soberano en la disputa de problemas: la obtención de riqueza<sup>21</sup>.

La figura de la indagación, como modelo de establecimiento de la verdad judicial, se fundamenta sobre parámetros racionales. Este modelo de gestión administrativa se basa en dos ideas sumamente poderosas que quiebran los paradigmas dominantes. Por

<sup>17</sup> FOUCAULT, 2003b: 77.

<sup>18</sup> FOUCAULT, 2003b: 77.

<sup>19</sup> FOUCAULT, 2003b: 78.

<sup>20</sup> FOUCAULT, 2003b: 80.

<sup>21</sup> FOUCAULT, 2003b: 81.

un lado, la racionalización en las formas de obtener la verdad se desliga de juramentos divinos, fórmulas lingüísticas y pruebas contra los elementos naturales. Por el otro, ocurre una transformación política que introduce al soberano como actor principal en el proceso, como ofendido por la actuación contraria a la ley y ya no sólo como quien dirimirá el conflicto.

#### IV. EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS PUNITIVAS

«¿De dónde viene la prisión? Yo respondería: Un poco de todas partes. Sin duda ha habido invención, pero invención de toda una técnica de vigilancia y control, de identificación de los individuos y de clasificación de sus gestos».

FOUCAULT

La historia de las formas punitivas no es agradable, involucra la horca, la guillotina, la hoguera, el desmembramiento y la muerte. También es la historia de la prisión y del panoptismo; ya no se dirá muerte, sino control y vigilancia, pero, sobre todo, formas de poder. La punición se transformará a sí misma, su modelo ya no será puntual, no finalizará con el exterminio del condenado, su estrategia ha variado; será lento y ejercerá su influencia sobre el sujeto durante más tiempo; lo vigilará y lo examinará; podrá extraer mucho más de él, llegará a servirle incluso como objeto de estudio y fuente de saber. ¿Cómo se produce esa evolución? ¿Qué condiciones posibilitan ese cambio? ¿Qué tipo de delito sustenta una nueva tecnología de castigo?

FOUCAULT describe los suplicios a los cuales es sometido Damiens, en la obra *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, en 1757<sup>22</sup>. El castigo, en ese tiempo, no significa únicamente provocar dolor sobre un cuerpo, se debe dar un suplicio lento y agonizante que haga las veces de prevención general, para quienes pretendan infringir la ley, un teatro del horror («horror show»), cuyos elementos pueden ser fácilmente enumerados.

En primer lugar, su focalización: el culpable da a conocer su identidad y es conducido por las calles con un letrado que relata su abominable falta. Acto seguido, se produce la fragmentación, los verdugos dividen el cuerpo del condenado y aquello que una vez fue una unidad es ahora sólo un cúmulo de miembros desarticulados. Finalmente, tiene lugar la desaparición. Una vez desmembrado el cuerpo es quemado en la hoguera para luego esparcir sus cenizas al viento, haciendo desaparecer el crimen e incluso la memoria de su autor<sup>23</sup>. Todo este proceso adopta la forma de un ritual en que el orden debía seguirse de la manera más estricta, siguiendo al pie de la letra un código de los tormentos. De lo contrario, no se cumplirían los fines perseguidos con el castigo como instrumento del poder real.

FOUCAULT consideraba que la tortura constituye el modelo punitivo frente a la ruptura de la voluntad del soberano positivizada en la ley. Toda infracción a la

<sup>22</sup> FOUCAULT, 2006: 11, 12.

<sup>23</sup> BOULLANT, 2003: 34.

norma era considerada como un acto de guerra y un atentado contra su autoridad real. De ahí que, por un lado, el actuar del enemigo es reprimido con toda la fuerza y los mecanismos posibles y, por otro, debía servir de ejemplo disuasorio para quienes desearan desobedecer en el futuro<sup>24</sup>. El espectáculo estaba completo, existe un motivo, una puesta en escena, un vestuario, un texto recitado o improvisado y no podían faltar los espectadores, precisamente los destinatarios del castigo, desde un plano de naturaleza simbólica, en definitiva un espectáculo que no podía ser ignorado<sup>25</sup>.

FOUCAULT relata cómo las formas de castigo varían radicalmente tres cuartos de siglo más tarde y se sirve del *Reglamento para la Casa de jóvenes delincuentes de París* para probarlo. Éste no describe torturas, sino una forma de vida y, sobretudo, un empleo del tiempo<sup>26</sup>.

La respuesta clásica que se ha brindado a ese cambio es aquella que encuentra sus raíces en la Ilustración y la reforma humanista, el suplicio es un resabio medieval que debe ser superado<sup>27</sup>. Las ejecuciones públicas encienden el descontento popular, lejos de disminuir los niveles de criminalidad, y siembran la semilla para futuras revueltas políticas.

La reforma humanista exige la abolición del espectáculo de la atrocidad y una nueva interpretación del castigo aparece: la detención normalizadora. El ruido de las cerraduras y la sombra de las celdas toman el relevo del teatro del horror. No se exhibe el cuerpo del condenado. El alma es lo que se reeduca en el futuro.

FOUCAULT —escéptico de la Ilustración— desmitifica la fe ilustrada en el progreso, se enfrenta contra esa respuesta, muestra la violencia subyacente en la domesticación de los cuerpos y los procesos de dominación presentes en las sociedades disciplinarias modernas; tal como sucede en sus obras *La historia de la locura* y *El nacimiento de la clínica*. Una arqueología de la mirada médica<sup>28</sup>.

Él afirma que no es posible separar el nacimiento de las instituciones sociales (ejército, fábrica, escuela y clínica) de las formas de poder<sup>29</sup>. La prisión, como principal forma de castigo legal, en el siglo XIX, hace hincapié en la disciplina corporal mediante técnicas de vigilancia real o aparente. La prisión nació por la aparición de una sociedad disciplinaria y su articulación subsiguiente del poder, no por la buena voluntad de quienes pretendían humanizar el Derecho penal.

La figura que capta con más precisión esa nueva articulación del poder, a partir del siglo XIX, es el modelo panóptico. Éste se inspira en las ideas de BENTHAM y permite el control invisible de un gran número de prisioneros, por parte de un número relativa-

<sup>24</sup> DREYFUS y RABINOW, 1992: 212.

<sup>25</sup> En esa línea, BOULLANT, 2003: 34.

<sup>26</sup> FOUCAULT, 2006: 14, 15.

<sup>27</sup> DREYFUS y RABINOW, 1992, 214. DELEUZE, 1987: 65, 66.

<sup>28</sup> Al respecto muy interesante su Seminario sobre el texto de KANT «Was ist Aufklärung?». FOUCAULT, 2004b: 53.

<sup>29</sup> FOUCAULT, 2003c. GUEDEZ, 1972, 68, 69. Al respecto FOUCAULT señala «Un conjunto tan prescriptivo como el sistema penal ha buscado sus cimientos o su justificación, primero naturalmente, en una teoría del derecho, después a partir del siglo XIX, en un saber psiquiátrico: como si la palabra misma de la ley no pudiese estar autorizada en nuestra sociedad más que por el discurso de la verdad». FOUCAULT, 2002: 23.

mente escaso de vigilantes<sup>30</sup>. El castigo legal, como la locura, tiene una historia variada e inestable que depende de los cambios surgidos por el nacimiento de instituciones encargadas de formar un conocimiento de los individuos y no sólo de las percepciones del criminal. El conocimiento está ligado al poder y la prisión se convierte en una herramienta del conocimiento<sup>31</sup>.

FOUCAULT olvida algo importante. Ese cambio en las formas punitivas no encuentra su origen exclusivo en la regulación del castigo tal cual. Antes bien, es posible hallar sus raíces en el desarrollo de un nuevo modelo de infracción, en algo que se podría denominar *secularización del delito*.

El principio fundamental del sistema penal moderno es que el crimen, en su sentido jurídico-penal, se debe desligar de la falta religiosa y la noción de pecado (pecado, en la visión premoderna, es una infracción al mandato de Dios). El delito, en la concepción moderna, es una infracción a la voluntad del soberano, o bien al mandato de los legisladores. No se está frente a un poder divino, sino ante un poder político. No puede haber infracción antes de la existencia de la ley y sólo sufrirán penalidades las conductas definidas como reprimibles por la ley de los hombres.

En ese sentido, las leyes formuladas por el poder político de una sociedad se valen por sí mismas, renunciando a transcribir los contenidos del mandato religioso. Una ley penal debe representar simplemente lo útil y definir como reprimible lo nocivo. El crimen no es algo emparentado con el pecado, sino una perturbación para el conjunto de la sociedad. Surge, por consiguiente, una nueva definición del criminal como aquel que perturba el buen vivir del resto de los hombres. El criminal es el enemigo social, quien ha quebrantado el orden de las relaciones entre sus semejantes, no el pecador, quien ha quebrantado su pacto con Dios<sup>32</sup>.

De ese modo, FOUCAULT reconoce cómo comienza a nacer una nueva tecnología de la pena desligada de la noción de pecado y del rompimiento de la relación con la divinidad, junto al proceso descrito. Las torturas detalladas en los manuales de inquisidores<sup>33</sup> no reflejan la mentalidad moderna de un sistema jurídico independiente de las concepciones religiosas; la idea, en adelante, no será destruir el cuerpo en este plano terrenal para salvar así el alma en el otro mundo. La reeducación, cuando menos en tesis de principio, será quien portará, en el futuro, el estandarte como nueva guía del proceso. El objetivo radicará en modificar la conducta del delincuente, en curar la patología que lo convierte en un sujeto peligroso y le impide convivir en armonía con sus semejantes.

El problema imputable al análisis llevado a cabo por FOUCAULT consiste en que omite diferenciar la tortura del suplicio, a lo largo de su obra, y hace uso indistinto de esas nociones, cual si fueran sinónimos. En ese sentido, se debe aclarar que se daba

<sup>30</sup> FOUCAULT, 2006: 203. FRAGOMENO, 2003: 18, 19.

<sup>31</sup> ROJAS OSORIO, 1995: 133, 134.

<sup>32</sup> FOUCAULT, 2003b: 97.

<sup>33</sup> De éstos, los más famosos fueron el *Malleus maleficarum* de H. KRAMER, el cual castigaba un delito por demás *sui generis* cual era el «*coitus cum diabolo*». Importantes son además el *Martillo de las brujas* de J. SPRENGER y H. INSTITORIS, así como los manuales de N. EYMERICH y B. GUI, personaje este último utilizado por U. ECO en su *best seller Il nome della rosa*. Sobre el tema, SALAS, 2006: 160. LLOBET RODRÍGUEZ, 1999: 34.

la tortura hasta los siglos XII-XIII, con el objetivo de arrancar una verdad al acusado y buscar la confesión de los hechos, fueran éstos reales o no; lo importante era fabricar un culpable. Una vez que el imputado declaraba su culpa, la tortura había cumplido su cometido. Ella era el instrumento para alcanzar la verdad procesal<sup>34</sup>.

Esa situación cambiará en el periodo que va del siglo XII al XV y se inicia así una etapa de endurecimiento del sistema punitivo, en el cual surge el suplicio como instituto de naturaleza religiosa y no sólo judicial. La tortura como forma individual de provocar dolor queda atrás, su lugar será ocupado por el suplicio como manifestación colectiva del dolor.

Esta transición augura también una nueva forma de administrar justicia y una nueva forma de organización social y política del Derecho penal. La comisión de un delito no afecta ya sólo a una persona particular, se considera una lesión a los intereses de la comunidad. El delito se convierte en un fenómeno de masas. El acto de flagelar se convierte en una demostración que tiene lugar en las plazas públicas y los mercados. El dolor no se experimenta en la sombra de los calabozos, grita abiertamente<sup>35</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

El problema más grande que afronta el Derecho penal contemporáneo es el Derecho penal mismo, su tan dudoso éxito como remedio social, pero ante todo, el clamor de quienes abogan por una mayor penalización. Estos populistas del Derecho penal son sujetos peligrosos, a quienes su ingenuidad ha conducido a ceder ante el engaño de un Derecho penal omnipotente, que establecerá una sociedad de paz.

Semejante visión del mundo no generaría mayores inconvenientes, si no presentara pretensiones de traspasar la esfera de la subjetividad. El problema comienza cuando ese modelo es tomado como guía de política criminal y el legislador da su apoyo a campañas de paz que, subrepticamente, incitan a la guerra. No es necesario engañarse, la idea vende.

¿Cómo oponerse a un escenario tan nefasto? Es indispensable una posición crítica frente al discurso penal, para no sobrecargar las expectativas de salvación, ya de por sí infladas, que sobre él descansan y pretenden reducirlo a una tecnología social, un discurso puramente formal al que se le puede introducir cualquier contenido, olvidando la discusión axiológica. El impulso al pensamiento crítico, en esa línea, y la invitación a la duda constante, frente a la presunta validez de los fundamentos históricos de las formas penales, constituyen unos de los mejores paliativos frente a la crisis descrita. En ese sentido, Derecho penal, pensamiento crítico y análisis histórico no deben ir nunca disociados.

Precisamente, la obra de FOUCAULT se presenta como sumamente útil en esa categoría. Sus análisis desnudan las estructuras de poder que entran en juego al definir lo

<sup>34</sup> SALAS, 2008.

<sup>35</sup> SALAS, 2008.

que es y no es punible para una sociedad, en un determinado momento. Su crítica evidencia cómo el pensamiento ilustrado y la lucha por los derechos humanos han jugado un papel mucho menor del que se les ha atribuido históricamente.

Su mérito reside en haber llamado la atención y relacionar los temas de la verdad, el castigo y la sociedad disciplinaria con el estudio del Derecho penal, así como mostrar las relaciones no siempre visibles y, a veces, insospechadas, entre el problema jurídico y las tramas del poder. Su aporte rebasa las respuestas apresuradas del inquisidor, implica derribar murallas y al mismo tiempo construir. No es labor de simples penalistas, es labor de artificieros del Derecho penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERLIN, I., 1981: *El erizo y la zorra. Ensayo sobre la visión histórica de Tolstoi*, Barcelona, Muchnik Editores.
- BOULLANT, F., 2003: *Michel Foucault y las prisiones*, Buenos Aires, Nueva Visión.
- DELEUZE, G., 1987: *Foucault*, Barcelona, Paidós.
- DREYFUS, H., y RABINOW, P., 1992: *Michel Foucault. Un parcours philosophique, au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, Paris, Gallimard.
- DROIT, R.-P., 2006: *Entrevistas con Michel Foucault*, Barcelona, Paidós.
- ERIBON, D., 1991: *Michel Foucault*, Paris, Champs-Flammarion.
- FOUCAULT, M., 1990: *Tecnologías del yo*, Barcelona, Paidós.
- 2002: *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets.
- 2003a: *Hay que defender la sociedad*, Madrid, Ediciones Akal.
- 2003b: *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
- 2003c: *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- 2004a: *Discurso y verdad en la antigua Grecia*, Barcelona, Paidós.
- 2004b: *Sobre la Ilustración*, Madrid, Tecnos.
- 2006: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- FRAGOMENO, R., 2003: *Las tribulaciones de la mirada. La lógica del castigo de los mercaderes, los financistas y los inspectores*, San José, Ediciones Perro Azul.
- GROS, F. y LÉVY, C., 2004: *Foucault y la filosofía antigua*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.
- GUEDEZ, A., 1972: *Foucault*, Paris, Psychothèque Éditions Universitaires.
- HORKHEIMER, M., y ADORNO, 2004: *Theodor W. Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Madrid, Trotta.
- JÜNGER, F. G., 2001: *Griechische Mythe*, Frankfurt am Main, Klostermann.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J., 1999: *Garantías y Sistema Penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria*, San José, Ediciones Jurídicas Areté.
- MURILLO, S., 1997: *El discurso de Foucault. Estado, locura y anormalidad en la construcción del individuo moderno*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.
- NAGEL, E., y NEWMAN, J., 2005: *El Teorema de Gödel*, Madrid, Tecnos.
- NIETZSCHE, F., 2000: *El nacimiento de la tragedia o Grecia y el pesimismo*, Alianza, Madrid.
- ROJAS OSORIO, Ó., 1995: *Foucault y el pensamiento contemporáneo*, Puerto Rico, Editorial de la Universidad de Puerto Rico.

- SALAS, M. E., 2006: «¿Es el Derecho Penal el padre de todas las ciencias?», *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, núm. 5, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- 2008: «E. Theatrum Horrois: Nacimiento del derecho penal como espectáculo», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal-Casación*, años VI/VII, núms. 6, 7, Buenos Aires, .
- SAUQUILLO GONZÁLEZ, J., 1989: *Michel Foucault: Una filosofía de la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

# LA RELIGIÓN EN LA ESCUELA: CULTURA, ENSEÑANZA Y SÍMBOLOS RELIGIOSOS \*

Daniel Gamper

*Universitat Autònoma de Barcelona*

**RESUMEN.** Tras exponer algunos debates políticos sobre la presencia de la religión en las instituciones educativas, así como la jurisprudencia al respecto, se repasan las ideas de J. S. MILL sobre la enseñanza, con la finalidad de ofrecer un marco normativo de la educación liberal. A continuación se presentan los casos concretos de Italia, Francia y Estados Unidos, referidos a la enseñanza, confesional o no, de la religión en los planes de estudio oficiales. En la última sección se contrasta el modelo de la enseñanza confesional al de la enseñanza del hecho religioso, y los presupuestos filosófico-políticos de ambas alternativas.

**Palabras clave:** enseñanza religiosa, escuela, laicidad

**ABSTRACT.** First, the paper states some distinct political debates on the presence of religion in educational institutions and some relevant case law on this issue. In the second section, the paper deals with J. S. MILL's ideas on education, in order to provide a normative framework of liberal education. The following sections deal with the specific ways in which Italy, France and USA treat the education, religious or not, of religions in the curricula. The final section contrasts the religious education model, on the one hand, and the teaching of the «religious fact» model, on the other; as well as the philosophical and political assumptions of both alternatives.

**Keywords:** religious education, school, secularism.

---

\* Fecha de recepción: 23 de febrero de 2010. Fecha de aceptación: 5 de marzo de 2010.

Este trabajo se enmarca en el proyecto del MICINN, «La religión en el espacio público democrático. Formas de laicidad» (FFI2009-07433). Agradezco los certeros comentarios y la ayuda prestada de los profesores Laura Cappuccio y Àlex Seglers.

## 1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han acrecentado los debates sobre la presencia de la religión en la escuela. Se ha discutido sobre la legitimidad de la exposición de símbolos religiosos, la pertinencia de la enseñanza confesional o la importancia del estudio de la cultura religiosa. Estos debates se enmarcan en un contexto sociocultural caracterizado, según algunos autores, por una creciente desecularización<sup>1</sup>. Sea o no correcto este diagnóstico sociológico, lo que se constata es que países con una consistente tradición laicista institucional, como Francia o Estados Unidos<sup>2</sup>, han contemplado la necesidad de introducir en los temarios escolares cursos sobre cultura religiosa o historia de las religiones, animados por la voluntad de contribuir desde la escuela a la armonía social y al conocimiento recíproco en sociedades crecientemente diversas.

En el presente artículo se presentan algunos debates político-culturales a propósito de la relación entre las instituciones escolares y la religión, y se resigue la jurisprudencia al respecto, con la intención de mostrar las tensiones principales que se manifiestan. En primer lugar (2), se repasan las ideas de J. S. MILL sobre la enseñanza, con la finalidad de ofrecer un marco normativo de la enseñanza liberal, es decir, de una enseñanza que respete los derechos individuales y que acote las competencias del Estado, sin desatender las exigencias igualitaristas. En segundo lugar (3), se comenta el caso italiano a propósito de la presencia del crucifijo en las aulas, tanto a partir de las sentencias del Consejo de Estado italiano, como de la reciente decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos. También se resigue el estatuto de «no-obligación» de los alumnos que deciden no seguir los cursos de educación religiosa confesional ofrecidos en las escuelas públicas italianas. La propuesta de introducir cursos de cultura religiosa, de historia de las religiones o de estudio del hecho religioso, tanto en Estados Unidos como en Francia, será tratada en la sección 4, en la que también se apuntan los límites a la intervención estatal en las escuelas en relación con la religión. En la última sección (5), se resumen las diversas posiciones presentadas, para señalar, desde una perspectiva normativo-política, cuáles son los problemas que en cada caso se intentan solventar, y, atendiendo al contexto sociológico presente, indicar los nuevos retos implícitos en la educación de ciudadanos demócratas que, al mismo tiempo, disfrutan de libertad religiosa.

## 2. J. S. MILL SOBRE LA ENSEÑANZA

El interés de MILL por la religión se circunscribe, en lo esencial, a la importancia de la libertad religiosa, la cual es un índice de la salud de las libertades en una sociedad.

<sup>1</sup> Cfr., entre otros, J. HABERMAS, «Die Revitalisierung der Weltreligionen - Herausforderung für ein säkulares Selbstverständnis der Moderne?» en *id.*, *Philosophische Texte. Kritik der Vernunft*, vol. 5, Francfort, Suhrkamp, 2009, 387-407; J.-P. WILLAIME, *Le retour du religieux dans la sphère publique. Vers une laïcité de reconnaissance et de dialogue*, Lyon, Editions Olivétan, 2008; Ch. TAYLOR, *A Secular Age*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2007; P. L. BERGER, «The Desecularization of the World: A Global Overview», en *id.* (ed.), *The Desecularization of the World. Resurgent Religion and World Politics*, Ethics and Public Policy Center, Grand Rapids, 1999, 1-18; J. CASANOVA, *Religiones públicas en el mundo moderno*, Madrid, PPC, 2000.

<sup>2</sup> Vale decir que, en puridad, la tradición estadounidense más que laicista es de «no establecimiento».

Con este espíritu liberal se enfrenta, pues, al fenómeno religioso: «Es perfectamente posible que la religión pueda ser moralmente útil, sin ser por ello intelectualmente concebible. Y sería gran prueba de prejuicio el que una persona no creyente negase que ha habido épocas y que hay todavía individuos y naciones para quienes la religión tiene utilidad» (405/51)<sup>3</sup>. MILL no se acerca de manera acrítica a las religiones, como lo demuestra que les reproche que se apoyen excesivamente en el poder coercitivo de la mayoría moral. Pero eso no le lleva a negarles toda utilidad y, por consiguiente, cierto contenido de verdad.

El texto de MILL en el que se trata de manera más exhaustiva la cuestión de la educación es la «Inaugural Address Delivered to the University of St. Andrews» de 1867<sup>4</sup>. En ella, sostiene que todo lo que contribuye a formar al ser humano, a hacer del individuo lo que es y evita que se convierta en lo que no es, forma parte de su educación. En concreto, el concepto de educación con el que decide operar es más estrecho, se trata de «la cultura que cada generación se propone dar a los que deben sucederla de modo que sean capaces, por lo menos, de mantener, y si es posible aumentar, el nivel de mejora que se ha alcanzado» (218).

MILL se centra en las diversas disciplinas que pueden ser enseñadas en las escuelas. En primer lugar, sostiene que el conocimiento de lenguas extranjeras es relevante, pues contribuye a que los alumnos expandan sus mentes y aprendan a imaginarse otras opciones vitales que aquellas que le han sido dadas. La ciencia debe formar parte también de los planes de estudio, pues contribuye a un mejor conocimiento de las leyes del mundo, lo cual nos permite interactuar con él de manera más racional, es decir, adaptando mejor nuestros medios a las finalidades que perseguimos. La familiaridad con los procesos científicos de búsqueda de la verdad crea ciudadanos mejor preparados para ejercer un sano escepticismo cuando se hallan, por ejemplo, ante conclusiones políticas basadas exclusivamente en la observación superficial de algunos hechos. Así pues, una ciudadanía informada, democrática, capaz de ejercer sus derechos positivos y negativos con responsabilidad, requiere un sistema de enseñanza que los capacite para poder determinar por sí mismos la verdad o falsedad de las afirmaciones relevantes.

Por lo que se refiere a la enseñanza de la política, destaca su afirmación de que la «educación sobre esta disciplina no tiene derecho a recomendar un conjunto de disciplinas basadas en la autoridad de una ciencia establecida. Pero puede aportar al estudiante materiales para su propio intelecto, ayudarle a usarlos» (244). Este conocimiento es especialmente válido pues tiene un efecto determinante en las «obligaciones de la ciudadanía» (245).

En las últimas páginas de esta lección inaugural se trata de la educación moral y religiosa. «La educación moral y religiosa consiste en el entrenamiento de los senti-

---

<sup>3</sup> J. S. MILL, «The Utility of Religion», en *The Collected Works of John Stuart Mill, Volume X - Essays on Ethics, Religion, and Society*, en J. M. Robson (ed.), Toronto-London, University of Toronto Press-Routledge and Kegan Paul, 1985 (en adelante *CW*). Sigo, en parte, la traducción española: J. S. MILL, *La utilidad de la religión*, Madrid, Alianza, 2009. La paginación de las citas se incluye en el texto: en primer lugar la edición original seguida de la traducción castellana.

<sup>4</sup> «Inaugural Address Delivered to the University of St. Andrews», en *CW* XXI, 215-257. Ciertamente, la lección inaugural va destinada de manera eminente a la educación universitaria escocesa, pero, como afirma el mismo autor, gran parte de sus consideraciones son aplicables a la educación básica de los menores.

mientos y los hábitos cotidianos y éstos, en su mayoría, son inaccesibles al control de la educación pública. Es el hogar, la familia, la que nos da la educación moral o religiosa que realmente recibimos. [...] La influencia moral o religiosa que puede ejercer la universidad consiste menos en una enseñanza explícita que en el tono dominante del lugar. Sea lo que sea que se enseñe, debe hacerlo penetrada por el sentido de la obligación con el doble propósito de hacer que cada uno de nosotros sea útil para sus congéneres y de elevar el carácter de la especie misma, exaltando y dignificando nuestra naturaleza» (247 y ss.).

La religión, reitera MILL, es un asunto que compete primordialmente a las familias, por lo que las instituciones educativas deben limitarse a dar «información» (249). A continuación se pregunta de manera retórica: «¿Por qué debería ser imposible que esa información de enorme valor sobre asuntos conectados con la religión pudiera ser expuesta a las mentes de los estudiantes, que se los familiarizara con una parte tan importante del pensamiento nacional, y con las tareas intelectuales de las generaciones pasadas, como las relativas a la religión, sin enseñar de manera dogmática las doctrinas de cualquier iglesia o secta?» (*id.*). Dado que hay diversidad religiosa, el docente no puede caer en el dogmatismo, sino en la investigación, en la presentación de lo que actualmente se llama el «hecho religioso». La enseñanza no puede ser unilateral, sino que debe aportar la información para que los futuros ciudadanos puedan tomar sus propias decisiones en conciencia y con conocimiento de causa.

Según MILL, es importante que las universidades prosigan con el entrenamiento en la especulación libre que la educación debe afianzar en los niños. Es cierto, sostiene, que gran parte de las grandes especulaciones de la humanidad se han dado en ambientes hostiles a la libertad (algo, por otra parte, sostenido también por BERLIN, en clave crítica con MILL, en su famoso ensayo «Two Concepts of Liberty») <sup>5</sup>. La libertad de pensamiento que constituye una de las piezas centrales del liberalismo milliano, y que junto con la libertad de expresión es uno de los elementos que mejor puede favorecer el progreso de la humanidad, es ampliada hasta abarcar la cuestión de la religión. No sólo las ciencias experimentales, ni las ideas políticas, saldrán ganando si admiten la discrepancia en su seno, sino que también las sectas religiosas pueden salir beneficiadas si en su interior se da una variedad de posiciones doctrinales. Tanto es así, que cerca ya de la conclusión de su lección inaugural, MILL invita a los clérigos que no se sienten perfectamente representados por la fe de su orden religiosa, a no abandonarla, pues si lo hicieran ésta quedaría en manos «de los que adoptan la lectura más estrecha, más literal, y puramente textual de los dogmas; aquellos que aunque no son necesariamente intolerantes, tienen la gran desventaja de que sus aliados son los intolerantes, y que por muy grandes que sean sus méritos, y suelen ser grandes, si la iglesia es mejorable, no son las personas más adecuadas para mejorarla. Por ello, si no fuera una impertinencia por mi parte aconsejar en esta cuestión, diría que se permita que todos los que puedan

<sup>5</sup> Dicho de pasada, esta afirmación de MILL parece resolver la objeción realizada por I. BERLIN a propósito de *Sobre la libertad*, a saber, MILL reconoce aquí que la inexistencia de interferencia no es siempre equivalente a un progreso de la humanidad, de modo que no es un requisito necesario, como parece apuntarse en *Sobre la libertad*, sino que en ocasiones se puede dar un progreso en algún ámbito del saber sin que se den las condiciones de libertad que MILL considera imprescindibles en la citada obra. Cfr. I. BERLIN, «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1998, 227 y ss.

hacerlo en conciencia, que permanezcan en la iglesia. Una iglesia es mucho más mejorable desde dentro que desde fuera» (251)<sup>6</sup>.

Las ideas expresadas en esta conferencia inaugural no discrepan mucho de lo expuesto siete años antes en su obra más influyente para el pensamiento liberal, *Sobre la libertad*<sup>7</sup>. La última sección del libro contiene preciosas anotaciones sobre la educación y las insiere en consideraciones sobre la libertad que prosiguen, corrigen y especifican las posiciones teóricas avanzadas al principio, en concreto, el principio de libertad según el cual sólo se puede limitar la libertad de las personas para evitar un daño, siendo cualquier otro límite estatal o social ilegítimo. En concreto, MILL se encarga de delimitar las competencias del Estado en las cuestiones familiares. Al respecto introduce un importante matiz en la aplicación del principio de libertad: «El Estado, en tanto que respeta la libertad de cada uno en lo que especialmente le concierne, está obligado a mantener una vigilante intervención sobre el ejercicio de todo poder que permita a cualquier persona disponer de otras personas»<sup>8</sup>. Se refiere MILL a la dominación masculina sobre las mujeres en el ámbito doméstico, la cual no debe ser vista como una cuestión de libertad sino como una de poder. En los hogares se consolida la injusticia y corresponde al Estado aliviarla. Se trata, por tanto, de un asunto que no queda bajo la protección del principio de libertad<sup>9</sup>. A continuación dedica MILL tres páginas a la cuestión de la educación, la cual es considerada una obligación cuyo cumplimiento, en el caso de que no sea satisfecho por los padres, es competencia que recae en el Estado.

Según MILL, el Estado debe imponer esta obligación y garantizar, con ayudas para los que las necesiten, que se cumpla con ella. No está obligado a ofrecer una educación, sino a exigir que todos la tengan. Dada la natural desconfianza con la que el liberalismo contempla las intervenciones estatales, no extraña que MILL distinga entre la exigencia ciudadana de que los padres garanticen una educación para sus hijos, asunto que debe ser supervisado por el Estado, de una parte, y la estipulación estatal de cuáles deben ser los contenidos de esa educación obligatoria, de la otra. Si el Estado se ocupa de los

---

<sup>6</sup> Algo semejante encontramos en *La utilidad de la religión*: «Una de las tareas más onerosas que han recaído sobre los buenos poderes de la naturaleza humana ha sido precisamente la de mejorar la religión misma» (406/54). De ahí que proponga una Religión de la Humanidad que, desprovista de los elementos sobrenaturales de las religiones tradicionales, cumpliría mejor («una religión mejor» (422/100)) con el cometido de orientar «las emociones y los deseos hacia un objeto ideal reconocido como algo excelente en grado sumo y como algo que tiene absoluta supremacía sobre todos los objetos egoístas del deseo» (422/99).

<sup>7</sup> Entendemos por pensamiento liberal aquí el que defiende básicamente la libertad de expresión y de pensamiento, así como otras libertades fundamentales. Sin duda, para un liberalismo económico estricto, la teoría de MILL peca de intervencionismo estatal, por lo que se refiere a los asuntos fiscales, así como a la promoción de una igualdad que es condición de posibilidad del pleno desarrollo de la individualidad de los individuos. Algunos liberales de cuño radical consideran que las tesis millianas están más cerca de la socialdemocracia que del liberalismo económico. Para las finalidades del presente artículo, se considera que la teoría de MILL es liberal, en la medida en que piensa que el libre intercambio de conocimientos y de opiniones entre los ciudadanos promueve el progreso de la sociedad, respeta la autonomía de los individuos y es índice de satisfacción de los deseos de los individuos.

<sup>8</sup> *On Liberty* en *CW XVIII*, 301. Sigo en parte la traducción de *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1970: 192.

<sup>9</sup> MILL prefigura aquí la crítica feminista a la separación liberal entre privado y público, asunto en el que ahondará a propósito de su célebre, *The Subjection of Women*. En la última sección se abordarán los límites de la distinción público-privado a propósito de los derechos de los padres a que se respeten sus decisiones relativas a la educación religiosa y moral de sus hijos.

contenidos de la educación, entonces aparece la amenaza de la uniformidad social que ahoga las singularidades humanas y detiene el progreso social. La solución consiste en que el Estado provea la educación sólo ahí donde la iniciativa privada no alcanza.

«Para evitar que el Estado ejerza, a través de estos arreglos, una influencia nociva sobre la opinión, los conocimientos requeridos para pasar un examen [...] se limitarían, aun en los cursos más avanzados, a hechos y ciencias positivas exclusivamente. Los exámenes sobre religión, política, u otras materias objeto de discusión, no versarán sobre la verdad o falsedad de las opiniones, sino sobre *la cuestión de hecho* de que tal opinión es sostenida, con tales fundamentos, por éstos o los otros autores, o escuelas o iglesias» (303/195 y ss., *mi cursiva*). Al mismo tiempo que considera imprescindible el conocimiento del, así llamado, «hecho religioso», MILL escribe que «nada impediría que se les enseñara religión, si sus padres así lo desean, en las mismas escuelas en las que reciben la enseñanza de las otras materias» (303/196). O sea, se respeta el derecho de los padres a que las instituciones educativas les ayuden a transmitir la religión de su elección, pero al mismo tiempo se familiariza a todos los niños con los contenidos básicos de las religiones, llegando incluso a afirmar que «ninguna objeción razonable puede hacerse a que un ateo sea examinado sobre las pruebas del cristianismo, con tal que no se le exija creer en ellas» (304/196).

Esta sección final de *Sobre la libertad* es especialmente interesante, porque se adentra en los problemas de aplicación del principio del daño que preside toda la obra. La cuestión de la intervención del Estado en la educación de los niños es, sin duda, motivo de disputa, pues la sola obligación de que todos los niños cumplan con unos requisitos mínimos puede ser vista como una limitación de la libertad negativa de los padres. Sin embargo, y como señala V. CAMPS<sup>10</sup>, para entender cabalmente el concepto de libertad milliano hay que utilizar también el concepto de libertad positiva, pues para poder ejercer la libertad es preciso disponer de los medios necesarios, no sólo medios materiales, sino también intelectuales y espirituales, los cuales deben ser garantizados por el Estado.

En esta somera mirada a las consideraciones de MILL sobre religión, se ha evidenciado el vínculo de la educación con los deberes de ciudadanía de los futuros ciudadanos. El asunto de la religión en las escuelas es enfocado por MILL con igual respeto para la libertad religiosa negativa que para la positiva, por usar la terminología acuñada por BERLIN. A saber, de una parte, al optar por una educación del hecho religioso y por una evaluación que no atañe a aspectos doctrinales sino sólo fácticos, se garantiza el derecho de los padres a educar a sus hijos en la religión de su elección o de su tradición. La libertad negativa queda también protegida en la medida en que el Estado no suscribe una única religión, sino que ofrece un abanico de las presentes en la sociedad diversa. Por lo que se refiere a la libertad religiosa positiva, la educación en los hechos de las diversas religiones permite que los futuros ciudadanos que así lo deseen puedan elegir la religión que en conciencia mejor les parezca, o no elegir ninguna, claro está, teniendo un conocimiento de las diversas opciones entre las que pueden elegir.

<sup>10</sup> A propósito de MILL, CAMPS define la libertad positiva como «la capacidad de cada uno para liderar su comportamiento más allá no ya de las leyes positivas, sino de costumbres, modas, inercias y presiones sociales que tratan de homogeneizar a las personas en lugar de individualizarlas», V. CAMPS, *Introducción a la filosofía política*, Barcelona, Crítica, 2001, 72 y ss.

### 3. SÍMBOLOS RELIGIOSOS Y EDUCACIÓN RELIGIOSA SIN ALTERNATIVAS: EL CASO EN ITALIA

A finales de 2009, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) sentenció la ilegitimidad de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas, resolviendo así la demanda de la ciudadana Solie Lautsi que, tras agotar todos los recursos jurídicos de Derecho nacional, se dirigió a la CEDH para que estableciera si la presencia del crucifijo en el aula violaba algunos derechos fundamentales. Según la sentencia, «la presencia del crucifijo puede fácilmente ser interpretada por los alumnos de todas las edades como un signo religioso y se sentirían educados en un entorno escolar marcado por una religión dada. [...] La libertad negativa no se limita a la ausencia de servicios religiosos o de enseñanza religiosa. Incluye las prácticas y los símbolos que expresan, en particular o en general, una creencia, una religión o el ateísmo. [...] La Corte no ve de qué manera la exposición en las aulas de las escuelas públicas de un símbolo que puede ser razonablemente asociado al catolicismo (la religión mayoritaria en Italia) podría servir al pluralismo educativo que es esencial para la preservación de una “sociedad democrática” tal y como la concibe la Convención. [...] La Corte estima que la exposición obligatoria de un símbolo de una confesión dada en [...] las aulas restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones, así como el derecho de los niños escolarizados a creer o a no creer. La Corte considera que esta medida comporta una violación de estos derechos, pues las restricciones son incompatibles con el deber que incumbe al Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública en particular en el ámbito de la educación» (*Lautsi vs. Italia*, r. 30814/06, 3 de noviembre de 2009)<sup>11</sup>.

De este modo se contradecía lo declarado por el Consejo de Estado italiano en 2006 que se preguntaba si «la exposición del crucifijo en las aulas escolares es incompatible con el principio de la laicidad del Estado» (*Consiglio di Stato*, Sen. núm. 556/06). En su sentencia, el Consejo de Estado sostenía que el significado del crucifijo depende del lugar en el que se expone: «En sede no religiosa, como la escuela, destinada a la educación de los jóvenes, el crucifijo posee para los creyentes un valor religioso, pero para creyentes y no creyentes su exposición estará justificada y asumirá un significado no discriminatorio desde el punto de vista religioso, si es capaz de representar y de referirse de manera sintética inmediatamente perceptible e intuible a valores cívicos relevantes, y, en concreto, a los valores que subyacen e inspiran el orden constitucional, fundamento de nuestra convivencia cívica. En este sentido el crucifijo podrá desem-

<sup>11</sup> Esta decisión coincide con la del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid, que consideró que el Consejo Escolar vulneraba algunos derechos fundamentales al permitir la exposición en el colegio de un crucifijo, dado que «la presencia de estos símbolos en estas zonas comunes del centro educativo en el que reciben educación menores de edad en plena fase de formación de su voluntad e intelecto, puede provocar en éstos el sentimiento de que el Estado está más cercano a las confesiones con la que guardan relación los símbolos presentes en el centro público que a otras confesiones respecto de las que no está presente ningún símbolo en el centro público, con lo que el efecto que se produce [...] es la aproximación a la confesión representada en el centro por considerar que es la más próxima al Estado y una forma de estar próximo a éste» (Sent. 288/2008). Para una panorámica del debate sobre símbolos religiosos en la escuela *cfr.* A. SEGLERS, «El xoc en la cultura legal doméstica. Del crucifix cristià al vel musulmà», *Idees. Revista de Temes Contemporanis*, núms. 23/24, 2004, 172-180.

pañar, también en un horizonte “laico”, distinto del religioso que le es propio, una función simbólica altamente educativa, con independencia de la religión profesada por los alumnos». El hecho de que mediante el crucifijo se apunte al origen religioso de los valores constitucionales, no va en detrimento de la autonomía «del orden temporal en relación con el orden espiritual», pues se trata de valores que pueden «ser sancionados “laicamente” por todos, independientemente de si se adhieren a la religión que los ha inspirado y propugnado». Se entiende que el crucifijo simboliza «los valores sobre los que se funda el Estado» y que es el instrumento idóneo para expresar de la manera más eficaz posible estos valores.

Los símbolos religiosos en las aulas, o más en concreto, el crucifijo es cultura, se sentencia. Forma parte de la cultura del país y para comprender el lugar en el que se vive, es preciso familiarizarse con él. No es, así pues, un símbolo exclusivamente religioso, sostiene la sentencia, sino algo cultural. Siendo cultural, la libertad religiosa negativa de los alumnos no se ve comprometida, pues la cruz *sólo* cumple la función de enfatizar el contexto cultural, el lugar en el que se está, a saber, Italia. La cruz se convierte en un signo nacional cuya conservación es crucial, valga la redundancia, para que perdure la nación. La escuela se convierte así en forjadora de italianos que aseguran el futuro de los rasgos distintivos del Estado-nación, de la República. Una traza cultural y política de origen religioso que debe ser asimilada en el proceso de integración a la República<sup>12</sup>.

Sin embargo, al mismo tiempo, existen instrumentos normativos, avalados por la Corte Constitucional italiana, que modulan la laicidad de modo que no se vulnere *tout court* la libertad religiosa negativa de los alumnos. Es el caso de la sentencia sobre la obligatoriedad de la enseñanza religiosa en las escuelas en la que se establecen los términos en que deben ser acogidos los estudiantes que no deseen participar en estas lecciones<sup>13</sup>. El contenido de lo que pueden hacer los alumnos que no hacen uso de la hora de religión<sup>14</sup> es elegido libremente por éstos, de manera que no haya una obligación alternativa. A diferencia de la República Federal Alemana, en donde las lecciones de religión y de ética son alternativas excluyentes (modelo que también se aplicó en España durante la década de 1980), en Italia no se concibe que la decisión de no participar en la hora de religión implique obligaciones alternativas, sino un «*stato di non-obbligo*» que podría permitir incluso, según la circular de la Administración, que los alumnos se ausentaran de la escuela durante la enseñanza religiosa. Con este matiz

<sup>12</sup> La perspectiva católica al respecto insiste en señalar que la ideología multicultural «que legitima otros símbolos o presencias religiosas», en concreto, todo lo relativo al Islam, va en detrimento de la laicidad en tanto que «limita y borra los símbolos y la presencia cristiana», *cfr.* C. CARDIA, «La laicità in Italia», en F. D'AGOSTINO (ed.), *Laicità cristiana*, Milano, San Paolo, 2007, 39-56, aquí 55.

<sup>13</sup> La educación religiosa católica en las escuelas públicas italianas viene avalada por el art. 9.2 de la Ley de 25 de marzo de 1985, núm. 121, que modificaba los Pactos Lateranenses: «La República italiana, reconociendo el valor de la cultura religiosa y tomando en consideración que los principios del catolicismo forman parte del patrimonio histórico del pueblo italiano, seguirá garantizando, en el cuadro de la finalidad de la escuela, la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas [...]. Respetando la libertad de conciencia y la responsabilidad educativa de los padres, queda garantizado a todos el derecho de elegir inscribirse o no inscribirse en la enseñanza mencionada. En el acto de inscripción, los alumnos o sus padres ejercerán este derecho sin que su elección pueda suponer ninguna forma de discriminación».

<sup>14</sup> *Cfr.* el film de M. BELLOCCHIO, *L'ora di religione*, en el que se ofrece una visión asfixiante de las altas esferas católicas y masónicas romanas, usando como pretexto los sucesos acaecidos al padre de un niño, cuya madre ha inscrito en la hora de religión para granjearse el beneplácito del Vaticano.

se persigue «no hacer que la enseñanza de religión católica y otro compromiso escolar sean equivalentes, para no condicionar desde el exterior de la conciencia individual el ejercicio de una libertad constitucional, como la religiosa, que implica a la interioridad de la persona» (*Corte Costituzionale*, 13/1991)<sup>15</sup>.

Mientras que la sentencia a favor de la presencia del crucifijo en las escuelas parece forzar en exceso el principio de separación Estado-confesiones religiosas propio de la laicidad, la definición del «*stato di non-obbligo*» protege de discriminación a los alumnos que no desean inscribirse a las asignaturas de educación católica. Al no tratarse de dos alternativas mutuamente excluyentes se evita el riesgo de colocar a un mismo nivel la enseñanza religiosa y otra cualquiera, garantizándose así la libertad de la decisión religiosa, así como de la no religiosa. Se observa, por tanto, que cierta confesionalización de las instituciones públicas como la escuela es acompañada y atenuada por medidas que garanticen la libertad religiosa de los alumnos. Se trata de un arreglo de la laicidad que se esfuerza por que la adscripción estatal a la confesión católica no vaya en menoscabo de la libertad religiosa (o libertad respecto de la religión) de las minorías. Como se verá más adelante, a propósito de la propuesta de M. NUSSBAUM, el arreglo italiano tiene serias dificultades para armonizar la igualdad de todos los afectados.

#### 4. EL ÉNFASIS EN LA SEPARACIÓN: LOS CASOS FRANCÉS Y ESTADOUNIDENSE

##### 4.1. Francia

La Constitución francesa es la única en Europa que incluye el concepto «laicidad» en su ordenamiento, en concreto en el art. 1 de su Constitución: «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social» (art. 1)<sup>16</sup>. Esta laicidad ha adoptado diversas formas desde su positivación en 1905<sup>17</sup>. La ausencia de símbolos religiosos estáticos en las escuelas ha sido una constante a la que, en el último lustro, se ha añadido la prohibición de que los alumnos porten símbolos religiosos ostensivos, en clara alusión a los velos propios del Islam. Al mismo tiempo, se plantea la necesidad de introducir cursos de cultura religiosa en las aulas.

Para nuestros intereses resulta relevante la definición propuesta por R. DÉBRAY en un informe enviado al ministro de educación en 2002 a propósito de la educación del hecho religioso en las escuelas públicas francesas: «El principio de laicidad sitúa la libertad de conciencia (la de tener o no una religión) en un lugar superior a lo que en algunos países se llama la libertad religiosa (la de poder elegir una religión en el supuesto de que se tenga una)<sup>18</sup>. En este sentido la laicidad no es una opción espiritual

<sup>15</sup> Cfr. también *Corte Costituzionale*, 203/1989. La reciente jurisprudencia española al respecto se ha inclinado por no considerar necesario que existan «actividades de estudio alternativas» a la religión cuyo contenido se refiera a «la docencia moral» (Á. SEGLERS, *La laicidad y sus matices*, Granada, Comares, 2005, 87).

<sup>16</sup> Vid. también el art. 2 de la Ley de 1905 sobre la separación iglesias-Estado: «La República no reconoce, ni financia, ni subvenciona ningún culto».

<sup>17</sup> Cfr. J. BAUBÉROT, *Laïcité 1905-2005, entre passion et raison*, Paris, Seuil, 2004.

<sup>18</sup> Es destacable que DÉBRAY hable de libertad de conciencia y no de libertad religiosa, y que considere, como por otra parte es habitual, que la primera es más englobante que la segunda, pues incluye también a

entre otras, sino que es lo que hace posible su coexistencia, pues lo que es común a todos los hombres debe tener preeminencia sobre lo que los separa efectivamente. La facultad de acceder a la globalidad de la experiencia humana, inherente a todos los individuos dotados de razón, implica la lucha paulatina contra el analfabetismo religioso y el estudio de los sistemas de creencias existentes. Por ello no se puede separar el principio de laicidad del estudio de lo religioso»<sup>19</sup>.

El informe de DÉBRAY retoma una discusión iniciada en 1990 a partir de un debate desencadenado con motivo de un informe encargado por el ministro de Educación al historiador Ph. JOUTARD, en el cual se sugería otorgar mayor importancia a la historia de las religiones en las asignaturas de historia, geografía y literatura, para garantizar que los alumnos se familiarizaran con el acervo religioso de su cultura<sup>20</sup>. Otra de las secuelas de este debate es el conocido informe redactado por la comisión Stasi en 2004 a propósito de la laicidad en la escuela francesa, en el que se avalaba un «acercamiento razonado a las religiones como hechos de civilización» para comprender mejor las diferentes culturas presentes en la sociedad francesa<sup>21</sup>.

El texto de DÉBRAY resume los nuevos desafíos de la escuela en una coyuntura sociocultural en la que confluyen circunstancias de diverso cariz: la progresiva ignorancia de la población acerca de los símbolos comunes en los que se basan gran parte de las tradiciones del país; el hecho de que la escuela pasa a desempeñar la tarea de vector de transmisión de los conocimientos necesarios para orientarse en la sociedad que antes recaía en la familia, la iglesia o la comunidad; y una creciente diversificación de la sociedad que amenaza con dificultar la coexistencia pacífica.

¿En qué medida la enseñanza del hecho religioso puede contribuir a paliar los déficits detectados por DÉBRAY? Basta observar las reacciones al mencionado informe para ver que se trata de un asunto que despierta enormes suspicacias. De una parte los laicistas consideran que esta asignatura implica una confesionalización encubierta del espacio público educativo; de la otra, los creyentes sostienen que la enseñanza de varias religiones superpuestas está al servicio del «relativismo» del presente, y que, privadas del vínculo de fe, las religiones no pueden ser correctamente comprendidas por los niños. También apuntan que se utilizan procedimientos pedagógicos que reducen lo cultural a lo cultural, y la espiritualidad y el afán de trascendencia de los hombres a una cuestión estrictamente patrimonial, es decir, a un asunto del pasado

Dado que ocupa un lugar preeminente en el ordenamiento francés, la laicidad puede ofrecernos la clave para justificar la enseñanza del «hecho religioso». El orden

---

aqueellos que desean quedar libres de religión por motivos de conciencia. Osea, que la conciencia no es necesariamente religiosa.

<sup>19</sup> R. DÉBRAY, *L'enseignement du fait religieux dans l'École laïque*, Paris, La Documentation Française, 2002, 19. La discusión sobre la laicidad positiva en Francia, reactivada durante la presidencia de N. SARKOZY aprovecha también este discurso favorable al fenómeno religioso, y, en ocasiones, va incluso más allá: «La República puede enriquecerse con la esperanza de los ciudadanos “creyentes”, lo que no significa que estén por encima de los que no creen. Cada uno en su sitio, pero el practicante religioso no tiene que excusarse de ello y la República debe incluso velar para que pueda practicarla en buenas condiciones», N. SARKOZY, *La República, las religiones, la esperanza*, Madrid, Gota a Gota, 2006, 25.

<sup>20</sup> P. JOUTARD, «Enseigner l'histoire des religions», *Éducation et Pédagogies*, núm. 7, 1990: 81-87, aquí 83.

<sup>21</sup> *Laïcité et République. Rapport au Président de la République*, Commission présidée par Bernard Stasi, Paris, La Documentation Française, 2004, 137.

laico es concebido como aquello que hace posible la coexistencia entre los diversos, y para que ésta sea efectiva se hace imperioso conocer los principios que articulan la vida ajena, sean religiosos o de otro cariz. Desde esta perspectiva, la justificación de la enseñanza de la religión en la escuela no es un instrumento para garantizar a los padres su derecho a que sus hijos reciban una educación espiritual acorde con sus creencias, ni tampoco sirve para mantener en vigor el patrimonio religioso-cultural de la sociedad. Se trata, antes bien, de ampliar el conocimiento de los diversos en la sociedad, de las minorías, para enfrentarse a la creciente diversidad social. La enseñanza de historia de las religiones o del hecho religioso es vista en términos de ciudadanía, de educación para la tolerancia, de conocimiento y, por consiguiente, de respeto recíproco<sup>22</sup>.

#### 4.2. Estados Unidos de América

Al igual que en el caso francés, la educación confesional está excluida de los currículos en las escuelas públicas estadounidenses, y también se plantea, de manera creciente, la necesidad de introducir estudios sobre la religión o de historia de las religiones, para paliar las carencias culturales, así como para mejorar la calidad de la democracia en una sociedad plural y diversa. Por lo que se refiere a los símbolos religiosos estáticos, huelga decir que éstos no son aceptados en las dependencias escolares, siguiendo así una tradición jurisprudencial que suele rechazar la financiación estatal de los símbolos religiosos de cualquier tipo en el espacio público<sup>23</sup>.

Una de las piezas clave sobre la enseñanza del hecho religioso en Estados Unidos es la sentencia *School District of Abington vs. Schempp* de 1963, en la que se dio la razón a la familia Schempp, la cual sostenía que el reglamento que imponía la lectura de diez frases de la Biblia al inicio de la jornada escolar atentaba contra la Cláusula de Establecimiento en la primera enmienda de la Constitución Americana<sup>24</sup>. En el resumen de sus conclusiones, el Tribunal Constitucional sentencia que «ninguna ley estatal o consejo escolar puede exigir que se lean pasajes de la Biblia o que se recite el *Padrenuestro*

<sup>22</sup> Son interesantes las conclusiones de M. ESTIVALÉZES, quien tras afirmar que no es imprescindible ver todo discurso sobre las religiones como un acto de proselitismo que altera la requerida neutralidad de la escuela, y que la laicidad en ningún modo excluye a las religiones como hechos culturales dignos de estudio científico, concluye que «lo importante es desarrollar una actitud de distancia de sí, de puesta en perspectiva de las propias convicciones, por ejemplo en relación con el ambiente familiar y cultural, de trabajar sobre las propias pasiones y de aprender la libertad de juicio. Puede que en esta capacidad de distancia reflexiva, sin negación ni relativismo, radique una de las misiones esenciales de la escuela republicana» (M. ESTIVALÉZES, «L'enseignement du fait religieux à l'école, un faux problème?», en *Spirale. Revue de Recherches en Education. Laïcité, croyances et éducation*», 2007: 93-105: 103; *cf.* también *id.*, *El hecho religioso y la enseñanza laica. La experiencia francesa*, Sevilla-Zamora, Comunicación social, 2008, esp. cap. 10). No es extraño que veamos aparecer aquí una de las fórmulas rawlsianas, a saber, la aplicación de la tolerancia a la filosofía misma: el filósofo debe distanciarse de las propias convicciones, debe saber que su autoridad no radica en sus convicciones, sino en los argumentos que utiliza, así como en el respeto democrático a las opiniones bien fundadas del resto de los ciudadanos.

<sup>23</sup> Sobre la experiencia jurídica estadounidense de *case law* en materia de libertad religiosa, *cf.* R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el Derecho norteamericano*, Madrid, Montecorvo, 1994; J. I. RUBIO LÓPEZ, *La primera de las libertades. La libertad religiosa en los EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión*, Pamplona, Eunsa, 2006.

<sup>24</sup> Como es sabido, la citada cláusula en Primera Enmienda a la Constitución americana reza: «El Congreso no podrá aprobar ninguna ley conducente al establecimiento de religión alguna».

en las escuelas públicas del Estado al inicio de todos los días escolares; incluso si todos los estudiantes pueden quedar eximidos de acudir o de participar a estos ejercicios con una petición escrita de los progenitores»<sup>25</sup>.

Las críticas a la sentencia sostienen que si no se permiten estas prácticas religiosas se acabará estableciendo una «religión secular», es decir, una disposición hostil a la religión que privilegia a los no creyentes. Es remarcable, sin embargo, que los jueces, en la misma sentencia, añadieran que «la educación no está completa sin un estudio comparativo de las religiones o de la historia de las religiones en relación con el desarrollo de la civilización. Se puede decir, sin duda, que la Biblia es digna de ser estudiada por sus cualidades literarias e históricas. Nada de lo que hemos dicho aquí indica que un estudio semejante de la Biblia o de la religión, si se presenta de manera objetiva como parte de un programa secular de educación, no pueda ser realizado de manera consistente con la Primera Enmienda. Pero los ejercicios de los que tratamos no caen en estas categorías. Son ejercicios religiosos exigidos por los estados que violan las órdenes de la Primera Enmienda según la cual el gobierno debe mantenerse estrictamente neutral, ni ayudando ni oponiéndose a la religión»<sup>26</sup>.

La práctica que la familia Schempp impugnó fue habitual cuando se fundaron las primeras escuelas públicas estadounidenses, cuando se creía que sólo era posible transmitir una moralidad pública a los niños con ayuda de la religión. A pesar de que diversas sentencias durante la primera mitad del siglo XX negaron la legitimidad constitucional de esta práctica, no desapareció completamente de los currícula escolares ni de las regulaciones de los estados, como lo demuestra que en 1962 existiera aún en Pensilvania. Pero la sentencia del caso *Schempp* viene a romper con esta práctica que atendía, en gran medida, a factores sociohistóricos, en concreto al anticomunismo estadounidense tras la Segunda Guerra Mundial.

Para romper con estas prácticas ilegítimas, en *School District of Abington vs Schempp* el juez Clark propuso un test de constitucionalidad de las decisiones estatales relativas a la religión: «El test podría plantearse como sigue: ¿cuál es el propósito y efecto principal de la ley? Si es el fomento o la inhibición de la religión, entonces la ley excede las facultades del orden legislativo tal como está limitado por la Constitución. Es decir, para acatar las limitaciones de la Cláusula de Establecimiento debe existir un propósito legislativo secular y un efecto principal que ni fomente ni restrinja la religión»<sup>27</sup>.

En un reciente libro, M. NUSSBAUM resigue las vicisitudes de la libertad religiosa en Estados Unidos. En él sostiene que el principio regulador de las relaciones Estado-iglesias, así como de la libertad religiosa de los ciudadanos, debe ser el de la igualdad religiosa, el cual conlleva el corolario de la imparcialidad religiosa del Estado. «La búsqueda de la igualdad [fue] lo que llevó a adoptar cambios tales como la prohibición en

<sup>25</sup> *Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203.

<sup>26</sup> *Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203, 225.

<sup>27</sup> *Abington Township v. Schempp*, 374 U.S. 203, 222, citado en NUSSBAUM, 2009: 250. En otra sentencia se refinó lo propuesto por el juez Clark. Es el, así llamado, *Lemon Test*, según el cual, para saber si un programa de estudios que incluye la religión es o no constitucional en Estados Unidos hay que poder responder afirmativamente a las siguientes tres preguntas: 1) ¿la práctica tiene un objetivo secular?; 2) ¿el objetivo principal de la práctica no promueve ni desalienta a la religión?; y 3) ¿la práctica evita un vínculo excesivo con la religión? (cfr. B. MITCHELL y R. E. SALSBUURY, *Encyclopedia of Multicultural Education*, Westport, Greenwood Press, 1999, 200).

la escuela de la plegaria y de la lectura de la Biblia, no la arrogante convicción de que la religión sea algo poco significativo o marginal»<sup>28</sup>.

NUSSBAUM defiende la igualdad de los ciudadanos para ejercer sus derechos religiosos o para no ejercerlos en el caso de que no lo consideren relevante. Para que esto sea posible, propone unas medidas gubernamentales que no discriminen por motivos religiosos o antirreligiosos, una imparcialidad religiosa que garantice que cada cual pueda seguir su conciencia, sin que eso implique que el Estado o los estados se inclinen a favor de una confesión concreta o de una opción no religiosa. La cuestión escolar sólo la trata en los casos en que se plantean dudas sobre la financiación de algunos servicios vinculados a la escuela (transporte de alumnos, ayuda a niños discapacitados, etc.), o cuando se introducen, aunque sea de manera no coercitiva, prácticas religiosas en el ámbito educativo. Su propuesta es más incisiva cuando trata de los nuevos desafíos a los que debe hacer frente la educación dada la creciente diversidad religiosa de Estados Unidos: «Muchos estadounidenses [no] saben que hay numerosas personas genuinamente religiosas que no reconocen un Ser Supremo. Conocen los nombres “budismo”, “confucianismo”, “taoísmo” y “universalismo unitario”, pero no son conscientes de que esos credos no son teístas. Muchos de ellos también desconocen la existencia de variedades de confesiones familiares, el cristianismo y el judaísmo, que no reconocen un Dios creador personal. Todos estos hechos tienen relevancia para nuestros debates públicos sobre la religión y el Derecho y, sin embargo, nuestros sistemas educativos no han logrado transmitirlos a nuestros ciudadanos. Nuestros principios constitucionales necesitan una mayor afinación para enfrentarse a los desafíos planteados por esta nueva diversidad, y dicha afinación exigirá, a su vez, un debate público en el que los ciudadanos hablen sobre sus modos propios de hallar sentido a la vida y escuchen con respeto cosas que inicialmente encuentran extrañas y hasta molestas. Tal conversación irá mejor si la educación a todos los niveles alcanza un mayor éxito al inculcar los hechos fundamentales relativos a las distintas religiones presentes en nuestra sociedad»<sup>29</sup>.

De nuevo vemos que la defensa de la separación entre Estado y confesiones religiosas no conlleva necesariamente la desaparición de toda referencia religiosa en los currícula pedagógicos. Los desafíos de sociedades crecientemente plurales han despertado la necesidad de introducir la enseñanza de «los hechos fundamentales» de las religiones de los ciudadanos. En esto, NUSSBAUM coincide con el documento publicado en 1988 por diversos grupos religiosos y educativos, «Religion and the Public School Curriculum», en el que se hallan las motivaciones por las que conviene un acercamiento escolar a las religiones. Los motivos son tres: el papel desempeñado por la religión en la cultura, el conocimiento y la valoración de la libertad religiosa y la promoción de la comprensión transcultural para garantizar un buen funcionamiento de la democracia y de la paz mundial. Algo que, por otra parte, ya había sido afirmado por el *National Council for the Social Studies* en 1984, destacando que el estudio de las religiones debía acentuar la influencia de éstas en la historia, la cultura, las artes y los asuntos contemporáneos, y que debía ser descriptivo, no confesional, y realizado en un entorno «free of advocacy»<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> M. NUSSBAUM, *Libertad de conciencia*, Barcelona, Tusquets, 2009, 237.

<sup>29</sup> NUSSBAUM, 2009: 363 y ss.

<sup>30</sup> Citado en J. K. UPHOFF, «Religious Diversity and Education», en J. A. BANKS y Ch. A. MCGEE BANKS (eds.), *Multicultural Education. Issues and Perspectives*, Allyn and Bacon, Needham Heights, 1989, 87-103, 100.

## 5. RELIGIÓN Y ESCUELA: CONTROVERSIAS TEÓRICO-FILOSÓFICAS

### 5.1. Laicidades

Como los diversos casos presentados hasta aquí han evidenciado, la laicidad no ofrece un manual de instrucciones que sea aplicable de manera mecánica, sino que requiere de medidas prudentiales para adaptarse a los contextos dados, así como a las exigencias de cada momento histórico. En general, la prudencia en la aplicación de los principios de la laicidad requiere tanto una abdicación de las aspiraciones maximalistas del laicismo, cuanto una renuncia a las ansias de trato privilegiado de las religiones mayoritarias. Esta dependencia del contexto implica que, como dice acertadamente MATABOSCH, más que de laicidad haya que hablar de laicidades<sup>31</sup>, es decir, de modelos muy diversos de relación Estado e iglesias, y de maneras diferentes de reconocer y garantizar la libertad religiosa de los ciudadanos.

La laicidad no se puede reducir a la separación Estado-confesiones religiosas. Se puede, tal vez, proponer la imparcialidad religiosa del Estado como criterio para decidir qué políticas son legítimas y cuáles no, como propone NUSSBAUM. Un ejemplo de esta imparcialidad se halla en el ya mencionado *Lemon Test*, el cual es relevante, pues pone de manifiesto, de una parte, que los fundamentos constitucionales de Estados Unidos partían de la necesidad de mantener la igualdad religiosa, y, de la otra, que la aplicación de esta igualdad plantea problemas en cada caso concreto, que no pueden ser resueltos de manera expeditiva aplicando a rajatabla unos principios dados<sup>32</sup>.

El criterio será, pues, el de la igualdad de respeto a las conciencias de todos los ciudadanos. Una igualdad que obliga a que las instituciones renuncien, no tanto a una excesiva imbricación con las iglesias o con una confesión concreta (como sucede en Italia o, también, en España), cuanto a un laicismo excluyente que pretende «acabar con toda influencia cristiana en la sociedad»<sup>33</sup>. Recordamos aquí la afirmación de MILL mencionada en la primera página sobre la indiscutible utilidad de la religión, a pesar de las reservas intelectuales que al respecto se puedan tener.

### 5.2. El modelo nacional: enseñanza confesional y símbolos religiosos

El apoyo estatal a la religión católica en Italia (y también en España) responde a un modelo esencialista nacional más preocupado por mantener los rasgos distintivos del Estado-nación original que de proteger a las minorías del poder discriminador de las mayorías. Los modelos educativos que alientan la presencia de símbolos religiosos

<sup>31</sup> A. MATABOSCH, «Laïcitat, laïcisme y aconfessionalitat. Models de relacions entre Església i Estat», en *Idees. Revista de Temes Contemporanis*, núm. 26, 2005, 136-143.

<sup>32</sup> «Como declaró el juez Burger en el caso *Lemon vs. Kurtzman* [...], la línea entre la Iglesia y el Estado, “lejos de ser un muro es una barrera borrosa, indistinta y variable que depende de todas las circunstancias propias de una relación particular”. Lo que sostenía Aristóteles acerca de la justicia es relevante aquí: es crucial no servirse de criterios que se apliquen mecánicamente a un contenido intrincado y cambiante», NUSSBAUM, 2009: 235.

<sup>33</sup> R. DÍAZ-SALAZAR, *España laica*, Madrid, Espasa, 2008, 23.

en las instalaciones escolares y que garantizan la continuidad de la tradición religiosa mayoritaria parten del presupuesto que la finalidad de la institución educativa consiste en ofrecer un suelo cultural común a los alumnos que les permita orientarse en la cultura en la que se encuentran. Así, el conocimiento de DANTE y su literatura puede ser considerado un elemento más de la «italianidad» junto con la tradición católica.

Es cierto que, como se ha visto, la tendencia homogeneizadora de los sistemas educativos con vocación nacional se ve atenuada por disposiciones que protegen a las minorías. Es el caso del «*stato di non-obbligo*» de los estudiantes que no desean hacer uso de la «hora de religión». Sin embargo, esto no basta si se adopta el punto de vista de la igualdad religiosa. Resulta en este contexto revelador lo sostenido por NUSSBAUM, a saber, que el nacionalismo esencialista europeo no presta suficiente atención a los desafíos de sociedades crecientemente plurales<sup>34</sup>.

Se diría que la pretensión uniformizadora implícita en la exhibición de símbolos religiosos estáticos, así como en el apoyo estatal a la educación confesional, es un intento de poner puertas al campo que no sólo debe ser considerada una influencia ilegítima del Estado (como sostiene la CEDH a propósito de Lautsi), que pretende travestir lo religioso con la cultura, sino que también es difícilmente justificable desde el punto de vista de las minorías sociales.

### 5.3. La sociedad tolerante: el «hecho religioso»

La breve presentación del estado de la cuestión en los contextos francés y estadounidense nos ha familiarizado con el concepto de libertad religiosa negativa, a saber, la libertad entendida como no interferencia. En ambos países se excluye la docencia de la religión en términos confesionales para garantizar que el principio de separación entre Estado e iglesias sea efectivo en el ámbito escolar. El Estado no subvenciona, ni apoya, ni distingue ninguna confesión, ni tampoco la ausencia de toda confesión. La menor intervención del Estado equivale, siguiendo estrictamente la definición de BERLIN, a mayor libertad negativa. Sin embargo, y retomando aquí las reflexiones procedentes del republicanismo, hay que tomar en consideración también la libertad entendida como no dominación, en el sentido en que hay que garantizar que las religiones mayoritarias no sometan a los grupos minoritarios, ante la pasividad o negligencia benigna de las instituciones del Estado. Algo de ello hay también en la, así llamada, «política del reconocimiento», según la cual hemos de reconocer y fomentar la particularidad, pues sólo así no constreñiremos a las personas a adaptarse a «un molde homogéneo que no les pertenece de suyo»<sup>35</sup>.

Las propuestas, cada vez más extendidas, a favor de la enseñanza del hecho religioso o de la historia de las religiones, es decir, de una educación religiosa no confesional, se enmarcan en esta tendencia a tomar en consideración las necesidades de las minorías para garantizar que no se dé una desigualdad injustificable y promovida por

<sup>34</sup> «Acostumbrados a la idea de que todos los ciudadanos son iguales, muchos europeos han reflexionado poco sobre cómo convivir con personas que son diferentes», NUSSBAUM, 2009: 25.

<sup>35</sup> Ch. TAYLOR, *El multiculturalismo y «la política del reconocimiento»*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, 67.

las instituciones del Estado. Sin embargo, y a diferencia de lo propuesto desde las filas comunitaristas, el deseo de subsanar el analfabetismo religioso de la sociedad no tiene como objetivo explícito el afianzamiento de las identidades particulares, sino el conocimiento recíproco entre los diversos. Ésta es la justificación mayoritariamente aceptada a favor del estudio de la diversidad religiosa, pero no carece de problemas.

En primer lugar, veamos cuáles son las objeciones elevadas por parte de los padres creyentes que consideran que el estudio objetivo e histórico de las religiones, la educación en la diversidad, los priva de poder ejercer su derecho a que sus hijos reciban la educación moral y religiosa de su agrado. Este rechazo es ilustrado por los cada vez más numerosos casos de objeción de conciencia presentados por progenitores que no desean que sus hijos sigan cursos en los que, según ellos, se contradice la fe que desean transmitir a sus hijos. En España es conocida la masiva objeción a la asignatura «Educación para la ciudadanía» que, hasta la fecha, no ha encontrado apoyo en las altas instancias judiciales (Tribunal Supremo, 11 de febrero de 2009, r. 905/2008). En Quebec, la Corte Superior de Justicia desestimó la demanda de exención de asistencia al curso de reciente creación, «Ética y cultura religiosa», de unos padres que consideraban que el contenido promovía una visión politeísta y relativista del fenómeno religioso (31 de agosto de 2009, QCCS 3875). En el ámbito europeo, destaca la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Appell-Irrgang vs. Alemania*, en la que también se rechazó la petición de exención de unos padres que consideraban que la asignatura obligatoria de ética les impedía ejercer libremente su derecho a introducir a sus hijos en la fe de su elección. Es interesante constatar que la sentencia sostiene que no existe un derecho a no escuchar opiniones que contradicen las propias (6 de octubre de 2009, r. 45216/07)<sup>36</sup>.

Los progenitores que se han opuesto a que sus hijos asistan a lecciones en las que se pueden ver confrontados con contenidos que contradicen aquellos que les han sido aportados en el hogar no han encontrado apoyo en las instancias judiciales. Estas sentencias ponen de manifiesto que la disonancia cognitiva que experimentan los hijos no es motivo suficiente para eximirlos del conocimiento de la alteridad. Es pertinente mencionar aquí lo expuesto por Ch. TAYLOR en su último libro, *A Secular Age*, en el que define la secularización como una época en la que la opción por defecto (*default option*) de los ciudadanos por lo que se refiere a su adscripción religiosa no es la adhesión al credo de sus progenitores, sino la apropiación libre de las creencias religiosas que consideren más adecuadas a sus intereses, necesidades o intuiciones cognitivas: «Mi propia visión de la “secularización” que, confieso libremente, ha sido conformada por mi propia perspectiva como creyente (pero que, con todo, quisiera esperar ser capaz de defender con argumentos), es que ha habido ciertamente un “declive” de la religión. *La creencia religiosa existe ahora en un campo de elección* que incluye varias formas de objeción y rechazo; la fe cristiana existe en un campo en el que también hay un amplio abanico de otras opciones espirituales»<sup>37</sup>. Este nuevo campo de elección, esta nueva forma de bricolaje espiritual que caracteriza al vínculo religioso en las sociedades contemporáneas, es alentado por los currícula escolares en la medida en que

<sup>36</sup> Cfr. también las ya clásicas sentencias *Zengin vs. Turquía* (46928/99) y *Folgero vs. Noruega* (15472/02).

<sup>37</sup> Ch. TAYLOR, *A Secular Age*, Cambridge (Mass.) y London, Harvard University Press, 2007, 437 (mi cursiva).

en éstos se familiariza a los alumnos con las tendencias espirituales presentes en la sociedad. De modo que el conocimiento recíproco que se persigue con estas asignaturas puede tener consecuencias para la libertad positiva de los futuros ciudadanos, ya que este conocimiento no sólo sirve para facilitar la tolerancia recíproca en sociedad, sino también para aportar contenidos de modo que su eventual elección espiritual sea más informada.

La disonancia cognitiva, en una sociedad en la que la religión no es la argamasa que religa a la sociedad, sino un vínculo personal, es la norma. La dimensión religiosa del desarrollo personal es, así, tomada en consideración por la escuela, aunque sólo sea como efecto secundario de la introducción de asignaturas como la de historia de las religiones, o las relativas al «hecho religioso».

En segundo lugar y ya para acabar, es preciso destacar los presupuestos «culturalistas» de la enseñanza del hecho religioso. Si atendemos a la justificación de estas asignaturas en términos del conocimiento recíproco que fomenta y del ideal de ciudadanía que de este modo se persigue, observaremos que uno de los problemas que se suscitan es el reduccionismo religioso. A. SEN lo presenta en su libro *Identidad y violencia*, en el que rechaza la compartimentación social desde una perspectiva religiosa, así como la uniformización externa de los colectivos bajo parámetros religiosos o culturales. La cultura como cautiverio, señala SEN, impide ver otros elementos que conforman las identidades individuales al homogeneizar lo heterogéneo<sup>38</sup>. De ahí que, si bien la educación religiosa puede contribuir a conocer al vecino, puede también conllevar que éste no sea visto más que como portador de los estereotipos con los que se decodifica al otro por parte de los miembros de la cultura hegemónica. Estas críticas se pueden aplicar a la creencia que la educación religiosa puede ayudar a mejorar la coexistencia, pues de este modo se presupone que la manera de contribuir al conocimiento de las personas y de los grupos sociales consiste en familiarizarse con su religión; algo que tal vez sólo sea cierto para los ojos que miran y no para los que son vistos.

Este modelo corre el riesgo de caer en los mismos problemas que puede provocar una aplicación estricta del «derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (Constitución Española, 27.3). Derecho que se garantiza en España, si bien su implementación no ha sido aún realizada plenamente, y que ha sido también motivo de discusión en Italia, si bien ahí ha prevalecido, hasta la fecha, el miedo a que «los estudiantes perciban la religión como algo que los divide, incluso físicamente, con los católicos en un aula y los musulmanes en otra. Cada cual se sentiría no tanto confirmado en la propia identidad, sino más bien encerrado en un recinto al cual los otros no pueden entrar»<sup>39</sup>. Y se pasaría así «de la hora de religión a la hora de las religiones»<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> A. SEN, *Identidad y violencia*, Buenos Aires, Katz, 2007, 156 y ss. Esta tendencia se manifiesta en las palabras de SARKOZY: «La religión no es un mero fenómeno cultural. Es también un elemento de identidad cultural. [...] La renuncia o la indiferencia respecto de una adscripción religiosa equivale casi a desolidarizarse de una comunidad a la que se pertenece por nacimiento, como quien abandona una herencia o una faceta de su propia vida» (SARKOZY, 2006: 30). Es remarcable que mientras, de una parte, SARKOZY nos precave de la «tentación de un repliegue», de la «tentación comunitaria», de la otra, no duda en hipostatizar las comunidades religiosas.

<sup>39</sup> S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma, Laterza, 2009, 153.

<sup>40</sup> RODOTÀ, 2009: 155.

Mientras que la «hora de religión», confesional y voluntaria, puede conllevar una división dentro de las escuelas basada en la lectura de las culturas (¡y de los individuos!) en clave religiosa, no contribuyendo, por tanto, al reconocimiento recíproco; la «hora de las religiones», entendida como aprendizaje del «hecho religioso», es decir, con obligatoriedad curricular para todos, sin divisiones ni posibilidad de exenciones, contribuiría a relativizar la pretensión de validez universal de las religiones que aspiran aún a la hegemonía, y aunque no es seguro que ayudara al conocimiento recíproco, en todo caso aportaría algo del sano escepticismo cívico recomendado por MILL anteriormente, y contribuiría a la reforma de las mismas instituciones religiosas, a la transformación de lo dado. Algo que, por otra parte, viene propuesto desde hace tiempo por los pedagogos que ven en la perspectiva intercultural una solución para las sociedades diversas<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> El conocimiento transformativo es el que cuestiona y desafía los lugares comunes de la cultura establecida. Para enfrentarse a los nuevos desafíos del mundo contemporáneo es necesaria, así pues, una «educación multicultural transformativa», *cf.* J. A. BANKS, «The Canon Debate, Knowledge Construction, and Multicultural Education», en J. A. BANKS (ed.), *Multicultural Education, Transformative Knowledge and Action*, New York, Teachers College Press, 1996; 9-29, 22.

**NOTAS**

*NOTES*



# PRINCIPIOS ÉTICOS Y CÓDIGO DE CONDUCTA PARA PERSONAS Y ENTIDADES MEDIADORAS\*

Ramón Alzate Sáez de Heredia

*Universidad del País Vasco*

Cristina Merino Ortiz

*Servicio de Mediación Familiar del Gobierno Vasco*

**RESUMEN.** En este artículo se propone un código ético a modo de principios inspiradores de la intervención en procesos de gestión de conflictos y, en especial, en mediación. Esta propuesta combina la trayectoria del movimiento internacional en el desarrollo de procesos de calidad en la resolución de conflictos, con cuestionamientos prácticos que genera la intervención directa en la realidad española. Se ofrecen pautas de actuación para desarrollar el buen hacer de la persona mediadora, identificando una serie de situaciones excepcionales en las que, según el contexto y el rol profesional, se cuestionan tales principios y se anima a la adaptación a las necesidades de cada conflicto y a la evolución social.

**Palabras clave:** código ético, mediación, principios, conducta, límites.

**ABSTRACT.** This paper proposes an ethical code which aims to provide a series of inspirational principles for those involved in conflict management processes, particularly in the field of mediation. The proposal combines the precepts of the international movement for the development of high-quality conflict resolution processes with more practical questions arising from direct intervention in the Spanish context. Guidelines are provided to help mediators develop their skills, identifying a series of exceptional situations in which, depending on the context and professional role, the principles in play are questioned and mediators are encouraged to adapt to the individual needs of each specific conflict, as well as to social evolution in general.

**Keywords:** ethical code, mediation, principles, behavior, limits.

---

\* Fecha de recepción: 20 de diciembre de 2009. Fecha de aceptación: 28 de marzo de 2010.

Este trabajo ha sido subvencionado parcialmente por un convenio de colaboración entre el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco y la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, dirigido a la elaboración de herramientas de valoración, formación e investigación en el ámbito de la mediación familiar.

La proliferación de profesionales y entidades que ofrecen una intervención mediadora en nuestro entorno estatal, así como la promulgación de once leyes autonómicas en materia de mediación familiar<sup>1</sup>, nos ha animado a realizar este trabajo desde dos fuentes de interés: la primera y fundamental, nuestra preocupación y compromiso por el desarrollo de los procesos pacíficos de gestión de conflictos tanto desde el plano de la Teoría del Conflicto como desde la intervención directa en procesos de mediación de calidad. La segunda, de gran peso en la condición de docentes, se centra en un interés pragmático en cuanto a ofrecer un documento de referencia ética a todas las personas que en los últimos años se han venido formando en mediación, para que dispongan de una base común que pueda convertirse en generadora de debate y crecimiento profesional, tanto en la actividad individual como colectiva, de este movimiento de Cultura de Paz que engloba la actividad de la mediación.

El presente documento<sup>2</sup> está basado en el modelo de conducta que defienden tres organizaciones de gran trayectoria internacional en la gestión y resolución de conflictos como son la *American Arbitration Association*, la *American Bar Association* y la *Association for Conflict Resolution*<sup>3</sup>.

En lo que a nuestro entorno geográfico y cultural corresponde, partimos de la premisa de que los procesos de gestión de conflictos son, por definición, flexibles y adaptables a la realidad social y cultural. Por tanto, esta propuesta de código de conducta se plantea desde unos principios generales del buen hacer de la persona mediadora, permitiendo un margen de situaciones excepcionales en las que, atendiendo al contexto situacional y profesional, se puedan cuestionar tales principios y considerando un concepto amplio de la mediación, en su cualidad de proceso de gestión y transformación pacífica de conflictos.

## PREÁMBULO

La mediación se define como un proceso de comunicación que favorece la negociación asistida para tratar, gestionar e incluso resolver una amplia variedad de conflictos,

<sup>1</sup> Leyes autonómicas reguladoras de la Mediación Familiar: Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Galicia; Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de la Comunidad Autónoma Valenciana; Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley 1/2006, de 6 de abril, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Illes Balears; Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid; Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias; Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, y Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado de Cataluña.

<sup>2</sup> El texto que ha inspirado este trabajo fue, en su versión original, elaborado en 1994 por la *American Arbitration Association*, la sección de Resolución de conflictos de la *American Bar Association* y la *Association for Conflict Resolution*. Posteriormente, un comité formado por representantes de las tres organizaciones procedió a la revisión, modificación y aprobación del documento denominado *The Model Standards of conduct for mediators* en 2005.

<sup>3</sup> De manera especial, deseamos agradecer la contribución de la *Association for Conflict Resolution* (ACR), en concreto a su presidente Michael John Aloï, director ejecutivo Doug Kleine y a los responsables de su sección internacional David Plumb y Luis E. Ore, por su facilitación para la utilización y adaptación del *Model Standards of Conflict for Mediators*.

bien sean de relación, de intereses, de información o, incluso, de carácter estructural o de valores. La característica fundamental se centra en promover la autonomía de las partes, en el sentido de que cada persona que participa como protagonista de un proceso de mediación se responsabiliza y decide sobre su situación particular, siendo asistida desde la profesionalidad de una persona o equipo mediador. Precisamente, por este aspecto, la calidad personal y profesional de las personas que ejercen la mediación es de tal trascendencia que requiere la unificación de unos principios y pautas de actuación.

Los principios que a continuación presentamos son de carácter general y serían, por tanto, aplicables a cualquier ámbito de la práctica de la actividad mediadora. Asimismo, tienen tres objetivos:

- Servir de guía a la intervención de la persona mediadora.
- Informar del carácter de este proceso a las personas que eligen la mediación para tratar sus desavenencias.
- Divulgar y promover la mediación como un proceso de gestión de conflictos en el que la sociedad pueda confiar.

La mediación, como proceso de carácter complementario, en ocasiones, o alternativo en otras, a la Administración de Justicia, tiene una finalidad diversa y amplia, en función del modelo o escuela en la que se base. Entre los objetivos genéricos citamos la posibilidad que ofrece a las personas en conflicto de clarificar y describir el propio conflicto, entender las diferentes percepciones y puntos de vista, así como identificar intereses diversos, explorar y generar opciones, acercándose a optar por soluciones, que incluso se conviertan en acuerdos mutuamente satisfactorios para las partes inicialmente enfrentadas en el proceso. Esta visión amplia del concepto de mediación es la que inspira este código. Planteamos una actitud no finalista, en la medida que el proceso sirve para la gestión y transformación, sin que necesariamente se plasme en un acuerdo por escrito que tenga que proceder a una posterior tramitación judicial.

Expuesto el concepto de la mediación en sentido amplio e identificada la diversidad de su ámbito de aplicación, procedemos a desarrollar algunos aspectos previos que faciliten la lectura y comprensión de los principios éticos:

- La secuencia de principios debe ser considerada en su totalidad, sin tener en cuenta el orden de su aparición, es decir, el sentido global de los mismos constituye el código ético o código de conducta.
- Otro aspecto a aclarar es el lenguaje utilizado, especialmente en cuanto a dos conceptos: «deber» y «ser conveniente», en la medida que los matices de tales expresiones puedan modificar su interpretación. Por ello, puntualizamos que cuando se utilice la expresión «deber» hace referencia a una obligación, en el sentido de respetar el buen hacer que este código pretende. Sin embargo, cuando la referencia se trata de «ser conveniente», indica que es altamente deseable, sin llegar a ser obligatorio, dejando al criterio de la persona mediadora y a su experiencia la decisión de su aplicación. En este sentido, recordamos la flexibilidad y necesaria contextualización de este tipo de procesos que requieren una necesaria profesionalización y formación continua.

— La referencia a la intervención en mediación incluye tanto la actividad profesional individual de la persona mediadora, como el modo de trabajar en comediación, así como la intervención desarrollada por un equipo interdisciplinar de mediación o entidad mediadora.

— Estos principios no hacen mención expresa a la temporalidad de la mediación, es decir, no concreta el número de sesiones límite de un proceso de mediación, ya fueran mínimas o máximas, ni el periodo temporal en el que se deba desarrollar un proceso. Esta omisión es deliberada. El motivo de evitar cualquier regulación temporal, tan cuestionada en foros profesionales, se basa en la diversidad de la regulación legislativa autonómica sobre esta cuestión, existiendo leyes o reglamentos en algunas comunidades autónomas que especifican ambos aspectos, tanto el número de sesiones como el cómputo total de meses en los que se debe finalizar un proceso y su posibilidad de solicitar prórroga. Por ello, en consonancia con el planteamiento ético que recoge este documento, hemos optado por dejar esta cuestión a criterio del buen hacer de la persona mediadora y de la regulación bajo la que actúe, sin perder de vista que el aspecto temporal debe nutrirse de la misma filosofía que la mediación, debiendo ser este aspecto flexible y adaptable tanto al conflicto concreto, como a las personas que lo protagonizan, como al propio espacio o centro en el que tenga lugar el proceso mediador.

— Algunas cuestiones que aparecen en los principios que a continuación se desarrollan han sido también tratadas y reguladas en la legislación europea, estatal, autonómica o en su desarrollo reglamentario, así como en documentos específicos de mediación, tal como es el contrato o compromiso que firman las partes con las personas mediadoras como protocolo de aceptación de los principios y normas del proceso que van a iniciar de forma voluntaria<sup>4</sup>. Esta simultaneidad de fuentes reguladoras de características o principios del proceso prevemos que va a ser frecuente. Sin ánimo de generar ningún conflicto competencial entre leyes, reglamentos, contratos o códigos de conducta, sino manteniendo la pretensión de que este documento facilite y ayude a dilucidar cualquier dilema ético, confiamos en la capacidad de cada persona mediadora de realizar un esfuerzo adaptativo del espíritu de este código a la letra de la ley, preponderando en todo momento la buena fe en su actuación y respetando la voluntad de las partes y su capacidad de autonomía y autocomposición en la gestión del conflicto.

— Por último, este código de conducta y cada uno de sus principios, en la medida que aún no han sido adoptados por un órgano competente (bien de carácter legislativo, Administración Autonómica o Estatal o Colegios Profesionales), no tienen carácter de ley. Sin embargo, el hecho de que estos principios hayan sido propuestos, debatidos y consensuados por organizaciones veteranas en procesos de gestión de conflictos dan luz y orientan la práctica de la mediación, desde una serie de criterios básicos y planteamientos éticos, a tener en cuenta por toda persona que desarrolle su actividad profesional en el campo de la gestión de conflictos y mediación y que desee ofrecerla con calidad.

---

<sup>4</sup> Citamos la regulación de la Unión Europea que ha sido referencia para el desarrollo de la intervención en mediación en España: Recomendación núm. 12/1986, relativa a medidas tendentes a prevenir y reducir la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia; Recomendación (98)1, del Comité de Ministros, a los Estados miembros sobre la Mediación Familiar; Libro verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil; Directiva Europea 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

## PRINCIPIOS

### **Principio I. Autonomía y autodeterminación de las partes**

I.1. La persona mediadora debe conducir el proceso de mediación basándose en la autonomía de la voluntad de las partes y en su capacidad de autoorganización. Precisamente, la autonomía y capacidad autoorganizativa favorecen la elección de un proceso de gestión de conflictos que requiere de una participación activa, tal como la mediación, en el que las partes llegan de forma voluntaria y libre a una decisión consensuada. En este sentido, las partes pueden ejercer su autodeterminación en cualquier fase del proceso, desde el inicio en la selección de la persona mediadora, durante el diseño del proceso, la participación de otras personas en la mediación, las sesiones individuales o conjuntas, la interrupción del mismo proceso y su finalización con acuerdo escrito o sin él.

I.1.1. Siendo la autonomía de las partes un principio fundamental del proceso de mediación, la persona mediadora debe adaptar tal principio a su deber de conducir y dirigir el proceso con calidad y respetando cada uno de los principios aquí propuestos.

I.1.2. La persona mediadora no puede asegurar que cada parte en el proceso tome sus decisiones basándose en opciones libremente y técnicamente contrastadas. Sin embargo, en la medida que sea posible, es conveniente que la persona mediadora anime a las partes a consultar a entidades o profesionales que tengan un conocimiento técnico sobre cuestiones que se debatan en el proceso.

I.2. La persona mediadora no deberá, bajo ninguna circunstancia, subestimar o dejar de tener en cuenta la opinión de una de las partes, ya sea por razones personales de interés en lograr acuerdos, cuestiones de autoestima profesional en cuanto a logro de acuerdos en mediaciones, aspectos económicos relacionados con tarifas más altas si el proceso se prolonga o se llega a acuerdo, cuestiones de exigencia procedentes de la Administración o entidad que financia o supervisa dichos procesos, la presión de los medios de comunicación o cualquier otra razón que suponga una presión para la persona mediadora o su equipo o servicio.

### **Principio II. Imparcialidad de la persona mediadora**

II.1. La persona mediadora deberá interrumpir o suspender el proceso en aquellas situaciones en las que no le sea posible conducir la mediación de un modo imparcial. En este sentido, entendemos la imparcialidad como la posibilidad de ejercer la actividad mediadora desde la libertad y ausencia de vínculo con las personas o el tema que se trate. Es decir, la persona mediadora es capaz de manejar las emociones propias y ajenas sin perder su rol por motivos de favoritismos o prejuicios.

II.2. La persona mediadora deberá dirigir el proceso de mediación de un modo imparcial, evitando conductas que trasladen a las partes una apariencia de parcialidad.

II.2.1. La persona mediadora deberá interrumpir el proceso en caso de riesgo de quebrar su imparcialidad por motivos relacionados con las características personales

de las partes, su pasado, expresión de valores o creencias, modo de interacción en el proceso o cualquier otra razón que le supongan un prejuicio.

II.2.2. La persona mediadora no deberá aceptar regalos, favores, dinero o cualquier otro objeto de valor de una de las partes en el proceso, en la medida que su aceptación ponga en riesgo la percepción de imparcialidad por la otra parte en el conflicto.

II.2.3. La persona mediadora podrá aceptar objetos de regalo, servicios o detalles de una de las partes, que se consideren pertinentes por las normas culturales del contexto social en el que interviene, en la medida que tales prácticas no cuestionen la imparcialidad de la persona mediadora y su percepción por todas las partes que intervienen en el proceso.

II.3. En el caso de que la persona mediadora tenga dificultad de continuar con el proceso de forma imparcial, deberá transmitírselo a las partes e interrumpir el proceso.

### **Principio III. Conflictos de interés de la persona mediadora con las partes o el asunto a gestionar**

III.1. La persona mediadora deberá evitar un conflicto de interés o la apariencia del mismo, tanto durante el proceso de mediación como posteriormente a finalizarlo. Un conflicto de interés puede presentarse bien por el vínculo con el tema objeto de disputa, o bien por la relación con una parte protagonista del conflicto, ya sea en un momento pasado o actual, en el ámbito personal o profesional, en la medida que sea una cuestión que altere la imparcialidad de la intervención en mediación.

III.2. La persona mediadora deberá formular preguntas razonables y adecuadas dirigidas a obtener información que le permita comprobar si en algún aspecto su intervención pudiera generar un conflicto de interés con las partes o el objeto de mediación. Estas preguntas o cuestionamientos se formularán en función del contexto concreto, en el sentido que se ajusten a la situación específica y a su percepción de riesgo de generar tal conflicto si continúa con la intervención.

III.3. La persona mediadora deberá interrumpir su intervención tan pronto como le sea posible, en la medida que cualquier conflicto real o potencial de interés con las partes o los temas tratados puedan afectar a la imparcialidad del proceso y de su gestión. Tras esta interrupción y aclaración, si las partes están de acuerdo, la persona mediadora puede continuar con el proceso.

III.4. En el mismo sentido que el apartado anterior, si la persona mediadora descubre, una vez iniciada y aceptada la mediación, cualquier situación que pudiera generar un conflicto de intereses deberá finalizar el proceso tan pronto le sea posible. Asimismo, tras esta finalización repentina, acompañada de una aclaración, si las partes están de acuerdo, la persona mediadora puede continuar con el proceso.

III.5. En el supuesto de que un conflicto de intereses pueda ser considerado una amenaza para la imagen de la mediación, entendida ésta como proceso constructivo, imparcial y pacífico de gestión de conflictos, la persona mediadora deberá finalizar el proceso, aun siendo esta finalización contraria al deseo de las partes.

III.6. En este mismo sentido, con el fin de salvaguardar la integridad de la mediación, la persona mediadora no deberá establecer una relación con los participantes

o los temas a tratar, en la medida que pudieran cuestionar su imparcialidad o ausencia de interés en el asunto. En el caso de que la persona mediadora desarrolle una relación personal o profesional con las partes, así como con otras personas o organizaciones, conectadas con la mediación en la que ha intervenido, será conveniente tener en cuenta factores tales como el tiempo transcurrido una vez finalizado el proceso, el carácter de las relaciones generadas, así como el tipo de servicios ofrecidos.

#### **Principio IV. Competencia, cualificación profesional, habilidades y calidad personal**

IV.1. La persona mediadora deberá intervenir únicamente cuando reúna la cualificación profesional adecuada para atender las necesidades de las partes en conflicto, en la medida que pueda gestionar el conflicto tanto en su aspecto sustantivo como emocional.

IV.1.1. Se podrá seleccionar libremente, a criterio de las partes en conflicto, una persona mediadora del registro o entidad profesional correspondiente, siempre que reúna la competencia y cualificación profesional que permita intervenir con la diligencia y destreza debida. La formación de origen, su especialización y entrenamiento en mediación, las habilidades de comunicación y de gestión de conflictos, su capacidad empática y de adaptación cultural, junto a cualesquiera otra competencia requerida por la tipología de conflictos en los que interviene, así como la formación continua, serán requisitos para ser considerada persona mediadora.

IV.1.2. La persona que anuncie y ofrezca su actividad profesional como mediadora deberá asistir a cursos de formación continua, al menos con una frecuencia bienal, así como participar en grupos profesionales, jornadas, seminarios o talleres que favorezcan la actualización de sus conocimientos con una frecuencia anual.

IV.1.3. Se considera conveniente que la persona que ejerza la actividad profesional de mediación disponga de información sobre cursos de información y formación en procesos de gestión de conflictos, tales como la mediación, así como entrenamiento en habilidades de comunicación y de intervención en situaciones que puedan ser de utilidad para las partes que acuden a mediación.

IV.2. En el caso de que la persona mediadora considerara que no puede seguir interviniendo en el proceso de modo diligente, deberá transmitir a las partes esta cuestión tan pronto como considere adecuado, así como dar los pasos necesarios para continuar el proceso en una sesión posterior o interrumpirlo, temporal o definitivamente.

IV.3. La persona mediadora no podrá intervenir en procesos de este carácter en el supuesto de que se encontrara bajo los efectos de sustancias estupefacientes, alcohol o tratamiento farmacológico que pudiera alterar su capacidad y percepción.

#### **Principio V. Confidencialidad**

V.1. La persona mediadora deberá mantener la confidencialidad de toda la información obtenida en el proceso salvo acuerdo expreso de las partes, en el sentido de que le autoricen conjuntamente a desvelar la información con una finalidad concreta

e identificada por las partes como deseada. En el caso de que se tratara de procesos multipartes, esta autorización debe ser expresa de cada una de ellas. Otra fuente de excepción a la confidencialidad es por requerimiento legal y en casos expresos.

V.1.1. En el caso de que las partes pacten en el proceso que la persona mediadora puede desvelar alguna información obtenida durante el mismo, se considerará una excepción al principio de confidencialidad.

V.1.2. La persona mediadora no está autorizada a desvelar información sobre el proceso o el modo de evolucionar de las partes, a personas que no participan en la mediación. En este sentido, se informará en caso de ser requerido judicialmente, de si las partes han iniciado el proceso y expresan interés en continuar, así como, en caso de haber finalizado, podrá informar de que se ha alcanzado o no algún acuerdo.

V.1.3. En el supuesto de que la persona mediadora realice actividades relacionadas con la docencia, investigación o evaluación en mediación, deberá proteger el anonimato de las partes y salvaguardar la confidencialidad de aspectos propios de las partes que hayan compartido durante el proceso.

V.2. En aquellos procesos en los que la persona mediadora mantenga sesiones individuales (denominadas *caucus* en algunos manuales de mediación) con alguna de las partes del conflicto, deberá tratar directamente este asunto de confidencialidad con esta persona con la que mantiene la sesión individual, quedando acordado el pacto de confidencialidad hacia el resto de personas que participan en el proceso o, en caso contrario, la expresa aceptación de que se comparta tal información.

V.3. La persona mediadora deberá facilitar la comprensión entre las partes, así como la importancia de mantener la confidencialidad de lo que se trate en el proceso, con mención expresa, en su caso, de no desvelar los aspectos que se desvelen en el proceso a personas de su entorno próximo, ya sean del ámbito familiar, laboral o social.

V.4. Atendiendo a las circunstancias del proceso, las partes pueden expresar la necesidad de diferentes niveles de confidencialidad ante el proceso. Es decir, las partes pueden pactar sus propias reglas con respecto a la confidencialidad, o por la trayectoria profesional de una persona o entidad mediadora se pueden establecer particularidades en función de personas con las que se pactan (por ejemplo, menores de edad o personas de edad avanzada o en situación de dependencia), así como por circunstancias de protección de menores que estén siendo tratadas en otros centros o instituciones.

## **Principio VI. Calidad del proceso de gestión de conflictos y mediación**

VI.1. La persona mediadora deberá dirigir el proceso de mediación basándose en estos principios, de modo diligente en la gestión del tiempo, garantizando la seguridad de las partes en su participación, el equilibrio de sus intervenciones, la legitimidad de las partes en aquellos asuntos que vayan a tratar y el respeto mutuo entre todas las personas que intervengan.

VI.2. Es recomendable que la persona mediadora únicamente acepte intervenir en un proceso cuando tenga la formación específica para dirigir y gestionar de modo eficaz los conflictos sobre los que verse su intervención.

VI.3. En este sentido, es conveniente que la persona en su actividad mediadora sólo acepte aquellos procesos que en los que pueda gestionar el conflicto en el contexto

de la mediación o procesos de gestión de conflictos colaborativos, dejando para otros procesos y a profesionales específicos la intervención centrada en la adjudicación (ya sea arbitraje o defensa en un procedimiento judicial, o en la terapia).

VI.4. La incorporación o cese de la participación de personas en el proceso de mediación será una decisión de las partes protagonistas directas del conflicto, así como de la propia persona o equipo de mediación. Del mismo modo, tanto las partes como la persona mediadora pueden decidir la celebración de una sesión individual con alguna o todas las partes siempre con una función necesaria respecto al proceso general.

VI.5. La persona mediadora promoverá la comunicación clara, eficaz y respetuosa entre las partes y hacia ellas, con especial atención en caso de cualquier circunstancia personal o compartida que pueda alterar el desarrollo del proceso. En este sentido, aspectos relacionados con el conocimiento del idioma o dialecto, cuestiones de capacidad auditiva o de habilidad de comunicación, así como cualquier otra limitación que pueda condicionar la libre decisión o de movimientos de una de las partes en el proceso, debe ser considerada y adaptado, en su caso, el proceso, el lugar o el tiempo de las sesiones con el fin de facilitarles a esas personas el acceso al mismo.

VI.6. El rol profesional que implica la intervención en mediación, así como en otros procesos colaborativos de gestión de conflictos, difiere sustancialmente de otros roles profesionales del ámbito social, psicológico y jurídico. Por ello, la combinación de la actividad mediadora con otras profesiones puede dar lugar a dilemas éticos que deben ser resueltos desde la propia autolimitación de la persona mediadora a intervenir como terapeuta, asesor jurídico o cualquier otra actividad que rompa el principio de imparcialidad hacia las personas que han intervenido en el proceso o que ponga en peligro la confidencialidad del mismo, así como cualquier otro principio intrínseco a estos procesos.

VI.7. Por tanto, la persona mediadora no podrá dirigir o facilitar con esas mismas partes protagonistas otro proceso de gestión de conflictos que no tengan este planteamiento colaborativo y autocompositivo. Es decir, no podrá actuar como representante legal de una de las partes en un procedimiento judicial.

VI.8. Ante un cuestionamiento ético desde la viabilidad de la mediación como proceso adecuado para el conflicto que las partes plantean, la persona mediadora debe informar de la existencia de otros procesos, aun siendo de carácter heterocompositivo o adjudicatario (arbitraje, procedimiento judicial), para que las partes opten libremente con la información necesaria.

VI.9. La persona mediadora no podrá incorporar otra persona del equipo de mediación o colaboradora en el proceso, sin previa consulta y consiguiente aceptación de las partes. Con carácter previo a dicha incorporación, se deberá informar a las partes de dicha decisión o cualquier otro cambio de lugar o tiempo de celebración del proceso, para obtener el consentimiento o negación del mismo.

VI.10. En el caso de que a lo largo del desarrollo de un proceso de mediación se obtuviera la información de alguna de las partes de la intención manifiesta de llevar a cabo un comportamiento constitutivo de ilícito penal o haberlo realizado y esté pendiente de resolución judicial, la persona mediadora valorará la conveniencia de interrumpir el proceso, posponerlo o suspenderlo de forma definitiva.

VI.11. Si se diera la situación de que a lo largo de un proceso de mediación se percibiera la dificultad en la comprensión por una de las partes, incluso limitaciones

en su participación, la persona mediadora deberá explorar las circunstancias y el potencial de recursos personales que tiene esa persona para considerar la viabilidad de continuar con el proceso, en la medida que esa parte tenga capacidad para comprender la dimensión del proceso y sus efectos, así como su capacidad de participar y tomar de forma autónoma decisiones y alcanzar acuerdos consensuados.

VI.12. Si la persona mediadora tiene conocimiento de que las partes han tenido comportamientos agresivos o episodios de violencia, pudiendo ser éstos de diversa intensidad, deberá valorar y decidir, atendiendo a la situación concreta, la viabilidad de continuar con el proceso, posponerlo o interrumpirlo definitivamente.

VI.13. Si la persona mediadora considera que la conducta o modo de participación de alguna de las partes en el proceso, incluso la propia conducta de la persona mediadora o equipo de mediación, pusieran en peligro el respeto y cumplimiento de estos principios éticos, valorará la viabilidad de continuar con el proceso, pudiéndolo posponerlo o interrumpirlo definitivamente.

## **Principio VII. Publicidad e imagen de la mediación**

VII.1. La persona mediadora deberá aportar información veraz y clara en todo anuncio que realice sobre su oferta de intervención en procesos de gestión de conflictos, informando de su formación profesional de origen y específica, experiencia en esta área, así como los servicios que ofrece y las tarifas.

VII.1.1. La persona mediadora no podrá incluir ninguna referencia al resultado del proceso o a la expresión de éxito en sus tarjetas de visita, papelería o comunicaciones por internet, en la medida que dichos conceptos pudieran distorsionar la filosofía de base de estos procesos, más centrados en el propio efecto transformativo, que en la percepción de que el resultado signifique necesariamente éxito en la intervención.

VII.1.2. La persona mediadora deberá aportar su formación y cualificación en procesos de gestión de conflictos y mediación a aquellos registros o entidades públicas que regulen la oferta de personas mediadoras en su municipio, provincia o comunidad autónoma, incluso a nivel estatal, en la medida que esta inscripción garantice la calidad de su actividad por estar acreditada y homologada su formación.

VII.2. La persona mediadora no podrá anunciarse como profesional en mediación de modo que pueda confundir su intervención imparcial, en la medida que esté vinculada su actividad a movimientos de reivindicación de determinados derechos a favor de una sola de las partes participantes en el proceso.

VII.3. La persona mediadora no podrá facilitar datos personales de otras personas en la medida que esta información se haya obtenido en el proceso de mediación, excepto en aquellos casos que se haya solicitado autorización expresa para ello.

## **Principio VIII. Tarifas y cuestiones económicas**

VIII.1. La persona mediadora deberá aportar a cada parte en el proceso la información completa y precisa sobre las tarifas, honorarios y cualquier cuestión económica relacionada con el desarrollo y finalización, en su caso, del proceso.

VIII.1.1. En el supuesto de que la persona mediadora ofrezca tarifas diferentes en función del tipo de intervención, complejidad o número de personas participantes, tiempo de dedicación o resultado, o cualquier otro factor que determine el diseño del proceso, deberá de anunciarse tal diversidad de honorarios desde el inicio del proceso para que todas las partes tengan conocimiento de ello y puedan establecer el modo en el que se responderá al pago de los mismos.

VIII.1.2. Las tarifas u honorarios de las personas que realizan una actividad privada en mediación deberán constar de forma escrita para el conocimiento de las partes.

VIII.2. La persona mediadora no podrá establecer tarifas o honorarios de un modo que pueda poner en peligro su imparcialidad en el proceso.

VIII.2.1. La persona mediadora no podrá incluir como condición al establecimiento de sus honorarios el resultado al que lleguen las partes en el proceso o la cantidad económica que pacten como acuerdo. Es decir, en ningún momento el carácter del acuerdo de las partes condicionará el precio del proceso, ya que en ese caso se rompería la imparcialidad ante las partes y la neutralidad ante el resultado.

VIII.2.2. Así como se reconoce la posibilidad de que se establezcan diferentes tarifas u honorarios en función de aspectos económicos de carácter individual de las partes (asimilándose al concepto de derecho a justicia gratuita), esta diferencia de honorarios en ningún momento podrá condicionar la diligencia profesional y buen hacer de la persona mediadora en su intervención.

## **Principio IX. Promoción, divulgación y desarrollo de la mediación**

IX.1. La persona mediadora dirigirá su actuación a promover el desarrollo de la mediación. Con esta finalidad, a continuación se enumeran algunos principios inspiradores de tal desarrollo:

IX.1.1. Favorecer la diversidad profesional, cultural, desde la amplitud de modelos y capacidad de compartir estilos diversos de intervención.

IX.1.2. Promocionar la oferta de mediación para que sea conocida y accesible a todos los agentes sociales que, a su vez, puedan informar y difundir estos procesos a los núcleos de población hacia los que dirigen su intervención.

IX.1.3. Participación en estudios e investigaciones que promuevan el desarrollo de sistemas y modelos que redunden en la mejora de la calidad de estos procesos.

IX.1.4. Participación en foros de debate, jornadas profesionales y docencia, en la medida que permita la reflexión, autocrítica y formación continua.

IX.1.5. Asistir y orientar a nuevas generaciones de profesionales que estén formándose en mediación y requieran de un entrenamiento o tutoría de su aprendizaje.

IX.2. La persona mediadora deberá expresar respeto y colaboración con otros equipos o colectivos mediadores que, aun con diverso enfoque, escuela o modelo teórico de referencia, ofrezcan una intervención profesional ética en procesos de gestión de conflictos. Asimismo, participará en aquellos foros que permitan el intercambio profesional de reflexiones que favorezcan el desarrollo de la mediación y la mejora de calidad en la atención a la población que demanda procesos colaborativos de gestión de conflictos.

## REFLEXIÓN FINAL

Mediar éticamente significa tomar decisiones basadas en principios y códigos de conducta compartidos por la comunidad de profesionales de la resolución y transformación de conflictos, similares a los propuestos en el presente artículo. Esto requiere valorar cursos de acción alternativos durante el proceso de mediación y decidir cuáles favorecen más los objetivos y valores subyacentes a la mediación. Sin embargo, el criterio para tomar estas decisiones y la elección de lo que es razonable y justo, cuándo y cómo intervenir, la extensión de su intervención, cómo ejercitar las diferentes dimensiones de su poder, quedan en manos de la persona mediadora. Por supuesto que se supone que los modelos de códigos éticos y de conducta como los presentes, sirven para guiar estas decisiones, aunque inevitablemente los modelos están redactados en términos generales y no ofrecen ejemplos específicos ni explicaciones concretas de cómo la persona mediadora debe aplicar las reglas y principios generales en contextos específicos; en último término, es su responsabilidad ética la adecuación de tales principios a su buen hacer.

# NORMAS, ACCIONES Y POSIBILIDAD

## (Una reflexión sobre la naturaleza de las normas y de las acciones) \*

Cristián A. Fatauros

*Universidad Nacional de Córdoba - CONICET (Argentina)*

**RESUMEN.** En «Un dilema en torno a la naturaleza de las normas», el profesor R. CARACCILO sostiene que ciertas proposiciones ampliamente aceptadas sobre la naturaleza de las normas y sobre la naturaleza de las acciones no pueden sostenerse simultáneamente, y por lo tanto, quien pretenda evitar la inconsistencia enfrenta un genuino dilema y debe abandonar alguna de ellas. Luego de analizar diferentes estrategias su conclusión es que carecemos de solución. El propósito de este trabajo es mostrar que no existe un genuino dilema ya que es posible disolverlo sin abandonar ninguna proposición. Mi estrategia se apoya en distinguir entre la *posibilidad* de que la acción suceda y el acaecimiento efectivo de esa acción.

**Palabras clave:** naturaleza de las normas, acción, dilema, posibilidad.

**ABSTRACT.** In his paper «Un dilema en torno a la naturaleza de las normas», professor R. CARACCILO argues that certain widely accepted propositions about the nature of norms and the nature of actions cannot be simultaneously held. According to this author, anybody willing to achieve consistency faces a genuine dilemma and must reject either proposition. After analyzing several strategies to avoid inconsistency, his conclusion is that they are all deficient and that there is no solution. The aim of this work is to show that there is a solution without rejecting either proposition. The argument will be based on a distinction between the *possibility* of an action happening and its effective occurrence.

**Keywords:** nature of norms, actions, dilemma, possibility.

---

\* Fecha de recepción: 17 de noviembre de 2009. Fecha de aceptación: 13 de enero de 2010.

Una parte de este trabajo fue realizado para el Coloquio Internacional de Análisis Filosófico: «Metafísica, argumentación y acción», organizado por SÁDAF y CIFFYH-UNC en Córdoba, Argentina, 2009. Agradezco a Pablo E. Navarro, José Milton Peralta, Rodrigo Sánchez Brígido, Hernán Bouvier, Giorgio Maniaci y a Darío Sandrone por la discusión de las ideas aquí expuestas. No está de más agregar que no les cabe responsabilidad alguna por los errores que pudieren existir.

En su trabajo «Un dilema en torno a la naturaleza de las normas»<sup>1</sup>, el profesor R. CARACCIOLO sostiene que ciertas proposiciones ampliamente aceptadas acerca de la naturaleza de las normas y la naturaleza de las acciones, aunque plausibles todas ellas, no pueden sostenerse simultáneamente. Quien pretenda defender una concepción consistente sobre las normas y las acciones, enfrenta un dilema y debe abandonar alguna de estas proposiciones (Sección I, Ap. 2).

Luego de analizar diferentes estrategias para evitar esta inconsistencia, concluye que todas ellas son deficientes. Su conclusión es que estamos frente a un genuino dilema que no tiene solución (Sección III). En este trabajo intentaré mostrar que CARACCIOLO no propone un genuino dilema ya que es posible una salida que no abandona ninguna de las proposiciones aceptadas comúnmente. Mi estrategia se apoya sobre la distinción entre la *posibilidad* de que ocurra una acción y la efectiva ocurrencia de una acción.

1. Las proposiciones aceptadas en «Un dilema...» son las siguientes:

P1: Si existe una norma *N* que impone la obligación de *hacer p*, el destinatario debe *hacer p* con prescindencia de sus deseos (debe en sentido fuerte).

P2: Un individuo *a* debe *hacer p* en el tiempo *t* y en el espacio *e*, sólo si puede *hacer p*, [y también puede *omitir p*] en *t* y *e* (debe-implica-puede).

P3: Las «normas» se analizan en términos de «razones para la acción». Si existe un deber de *hacer p*, existe una razón para *hacer p*.

P4: El deber de *a* de *hacer p* es compatible con la ausencia, y con la presencia, de su deseo de *hacer p* (carácter objetivo del deber).

P5: Una acción particular puede ser realizada sólo si existe la motivación correspondiente, debido a que ésta es una condición necesaria de la *posibilidad* empírica de acciones particulares.

2. Ahora bien, que *hacer p* sea una acción que debe cumplir un sujeto *a*, significa que ahora *p* no debe ser omitida, pero que su omisión es una posibilidad para *a*. El deber de realizar la acción *p* nada nos dice acerca de lo que efectivamente sucederá. CARACCIOLO está de acuerdo con esto y afirma:

«En rigor, cuál es o cuál va ser la acción que de hecho lleve a cabo un agente *A* es una cuestión empírica que no depende —o al menos no directamente— de la eventual existencia de una norma de la cual *A* es destinatario» (Sección II, Ap. 1).

Decir que se puede omitir *p*, es decir, que se puede *no hacer p*. Este no *hacer p* implica hacer otra acción distinta de *p*. Esto es así porque omitir una acción es realizar una acción distinta de la exigida. Coincido en que: «[I]as únicas acciones que existen en el mundo empírico son acciones *token*» (Sección II). Si se omite la acción *p* se realiza una acción distinta de *p*.

CARACCIOLO afirma que esta posibilidad es consecuencia de aceptar el principio que establece: «debe implica puede». Y que «... si se lo entiende como una exigencia conceptual, ello significa que no existe el deber de realizar una cierta conducta *p*, a me-

<sup>1</sup> R. CARACCIOLO, «Un dilema en torno a la naturaleza de las normas», *Doxa*, núm. 31 (2008): 91-104. En adelante, «Un dilema...».

nos que  $p$  pueda, de hecho, ser realizada» (Sección II, Ap. 2). Pero es necesario agregar que no existe el deber de hacer  $p$  (si se acepta  $P2$ ), a menos que  $p$ , pueda, de hecho, ser omitida. Es decir, que sea posible hacer  $\neg p$ , esto es, realizar otra acción diferente de  $p$ . Entonces, no existe el deber de hacer  $p$ , a menos que sea posible para  $a$  hacer  $p$ , y también que sea posible para  $a$  hacer  $\neg p$ , esto es, que sea posible para  $a$  omitir  $p$ .

El hecho de que cierta acción  $p$  deba ser realizada implica que esa acción no sólo es posible, sino que también es contingente, y por tanto, el hecho de que las normas exigen la realización de ciertas acciones, presupone la posibilidad de que la acción no sea realizada. Tal vez nunca se incumpla una norma  $N1$  que exija una acción  $z$ , pero es necesario que dicha acción pueda no ser realizada aunque de hecho siempre haya sido realizada. Si existe una norma que obliga a pagar tributos por ser titular de un automotor, y yo soy un sujeto comprendido en la norma debido al hecho de que soy titular de un automotor, aunque yo nunca haya dejado de cumplir con mi obligación de pagar los impuestos por mi coche, puedo dejar de hacerlo. «Debe hacer  $p$ » implica « $p$  puede ser realizada por  $a$ » y « $\neg p$  puede ser realizada por  $a$ » y también implica que estas acciones no pueden ser realizadas al mismo tiempo. El punto que me interesa destacar es que si una acción no fuera contingente, sino necesaria, no tendría sentido una norma que exigiera dicha acción. No tendría sentido porque no existiría la posibilidad de incumplirla. Así como no tendría sentido si la acción fuese imposible. En el primer caso estaríamos ante una norma imposible de desobedecer y en el segundo, ante una norma imposible de obedecer, lo que en ningún caso tiene mucho sentido.

3. El profesor CARACCILO afirma que el término «acción» es ambiguo, ya que puede entenderse como acción genérica (*type*) o como acción particular (*token*). Para que la acción se realice, es requisito que sus condiciones necesarias ocurran. Al respecto CARACCILO distingue:

«Que una cierta acción *token* —cierto caso de la acción genérica  $p$ — pueda ocurrir, esto es, sea “posible” en un tiempo  $t$  y en un espacio  $e$ , depende no solamente de las leyes empíricas (es decir, de su pertenencia a una clase definida), sino también del estado del mundo en el tiempo  $t-1$ : en ausencia en  $t-1$  de las *condiciones necesarias* para su ocurrencia, la acción particular no podrá ser realizada, esto es, no será posible en un segundo sentido, que voy a denominar posibilidad 2» (Sección II, Ap. 2).

Creo que se confunde las condiciones de posibilidad de una acción  $p$  en un tiempo  $t$  (en adelante  $CP$ ), con las condiciones para que ocurra una acción  $p$  en un tiempo  $t$  (en adelante  $CO$ ). Por ejemplo, tiene sentido decir que una acción particular  $p$  es posible para mí en un tiempo y espacio determinado, no porque sea una acción incluida en una clase de acciones posibles para mí, sino porque puede ser que de hecho esta acción sea llevada a cabo en este tiempo y espacio determinado. Y también tiene sentido afirmar que no tengo el deseo de realizar esa acción particular en el tiempo y espacio determinado, pero es una acción posible.

Para verificar si se da  $CP$ , basta con afirmar la *posibilidad* en  $t$ , del deseo de un sujeto  $a$  de realizar  $p$  en  $t$ . En cambio, para que se den las  $CO$ , es necesario que haya ocurrido  $p$ . Esto es así, dado que solamente en el caso de que se dé  $CO$ , ocurre  $p$ . Si  $p$  se realizó, afirmamos que  $CO$  se dio. Si  $p$  no se realizó, afirmamos que  $CO$  no se dio. Esto significa que sólo podemos verificar las condiciones necesarias para la ocurrencia de una acción *token* en un tiempo  $t$ , si dicha acción fue realizada. De esto sigue que

son diferentes las condiciones necesarias para que una cierta acción  $p$  se realice, y las condiciones necesarias para que una acción  $p$  sea *posible*.

Debemos distinguir entre el hecho de que sea *posible* que una cierta acción se realice (caso  $\alpha$ ), y el hecho de que la acción se *realice* (caso  $\beta$ ). En el caso  $\alpha$  para que sea *posible* la acción basta que sea *posible* que un sujeto desee realizarla (además de la posibilidad en el sentido 1, obviamente); lo único que se exige para que la acción  $p$  sea *posible* es que el hecho de desear hacer  $p$  sea *posible*. Si este *hecho desiderativo* es imposible, la acción de hacer  $p$  es imposible ya que no se daría *CP*. De esto no se sigue que en el caso de que el *hecho desiderativo* sea posible podamos afirmar que la acción  $p$  será llevada a cabo. Esto es así porque la acción  $p$ , aunque posible, es contingente.

Para mostrar el contraste, veamos el caso  $\beta$ . Para que *ocurra*  $p$  en  $t$ , se exige en  $t$  que  $a$  desee realizar  $p$  en  $t$ . Se exige algo más en este caso que en el anterior. No se exige que sea *posible* en  $t$  que  $a$  desee realizar  $p$  en  $t$ . Se exige que en  $t$ ,  $a$  desee (efectivamente) realizar  $p$  en  $t$ .

Vemos que para CARACCIOLO,

«[p]reguntarse, entonces, si un cierto agente A puede cumplir con una norma N, esto es, satisfacer el deber impuesto por una norma N, es lo mismo que plantear la cuestión de saber si A puede o no realizar una cierta acción en el sentido de posibilidad 2» (Sección II, Ap. 2).

¿Qué significa «A puede cumplir» en esta pregunta? ¿Que cumple con la norma o que es posible cumplir con la norma? En la primera alternativa, si el agente A cumple con la norma, es necesario que tenga el deseo de cumplir. Y en la segunda alternativa, si es posible cumplir con la norma, lo exigido es que sea posible que desee cumplir con la norma. Al ser la pregunta ambigua, cuando CARACCIOLO afirma «en el supuesto de una respuesta negativa, *no existe* el deber» (Sección II), puede ser que la respuesta negativa sea, o que no cumple con la norma, o que no es posible que cumpla con la norma.

Si la respuesta es que no cumple con la norma, entonces realiza otra acción diferente de la exigida por el deber. Podemos afirmar entonces que no se da *CO*, *i. e.*, no existe en  $t$  el deseo de cumplir. Pero podemos afirmar que, dado que se da *CP*, el deber permanece y podemos también afirmar que se incumplió la norma. Esta idea que sólo exige que sea posible el deseo permite mantener la idea «debe-implica-puede».

En cambio, si la respuesta es que no es posible que cumpla con la norma, entonces no es posible ni siquiera realizar la acción objeto del deber. Podemos afirmar que no se da *CP*, *i. e.*, no existe la posibilidad de desear cumplir. Por lo tanto, dado que no es posible el deseo de cumplir con la norma, no existe el deber y no se incumplió la norma, ya que no era *posible* cumplir con la norma. En este caso, la norma tiene como contenido del deber una conducta que no es posible de cumplir. Es importante destacar que la acción no es posible de cumplir, no porque el agente no *desea* cumplir, sino porque no es *posible* para el agente desear su cumplimiento. Vemos que la idea «debe-implica-puede» queda a salvo.

En síntesis:

Un individuo  $a$  debe realizar la acción  $p$  en el tiempo  $t$  y en el espacio  $e$ , sólo si realizar  $p$  y omitir  $p$ , *i. e.*, realizar otra acción diferente de  $p$ , son acciones posibles y excluyentes en el tiempo  $t$  y en el espacio  $e$ , para  $a$ .

Son posibles en el tiempo  $t$  y en el espacio  $e$  el realizar  $p$  y el realizar otra acción diferente de  $p$ , si es posible en el tiempo  $t$  que  $a$  tenga el deseo de hacer  $p$  en el tiempo  $t$  y en el espacio  $e$ , o si es posible en el tiempo  $t$  que  $a$  tenga el deseo de hacer otra acción diferente de  $p$  en el tiempo  $t$  y en el espacio  $e$ .

Entonces,  $a$  debe realizar  $p$ , si el hecho de desear realizar la acción  $p$  en el tiempo  $t$  y en el espacio  $e$  es posible.

4. Si una norma  $N$  establece que «Cualquier individuo  $a$  comprendido en la clase  $A$ , debe realizar alguna acción *token*  $p$  comprendida en la clase de acciones *type*  $P$ , en cualquier tiempo  $t$  incluido en el intervalo  $T$ ».

Entonces, de acuerdo a lo expuesto más arriba es posible reconstruir el siguiente argumento:

- (1') Si « $a$ » debe hacer  $p$  en  $t$ , entonces « $a$ » tiene una razón para hacer  $p$  en  $t$ .
- (2') Si « $a$ » tiene una razón para hacer  $p$  en  $t$ , entonces es posible para « $a$ » realizar  $p$  o  $\neg p$  en  $t$ .
- (3') Si es posible para « $a$ » realizar  $p$  o  $\neg p$  en  $t$ , entonces es posible que « $a$ » tenga una motivación para hacer  $p$  o  $\neg p$  en  $t$ .
- (4') Si es posible que « $a$ » tenga en  $t$  una motivación para hacer  $p$  o  $\neg p$  en  $t$ , entonces es posible en  $t$  que « $a$ » tenga el deseo de hacer  $p$  o  $\neg p$  en  $t$ .

De lo que se sigue que:

- (5') Si « $a$ » debe hacer  $p$  en  $t$ , es posible en  $t$  que « $a$ » tenga el deseo de hacer  $p$  o  $\neg p$  en  $t$ .

5. Las proposiciones (2') a (5') no implican la conclusión contraituitiva a la que arriba CARACCIOLO «que si " $a$ " no tiene el deseo de hacer  $p$  en  $t$ , entonces no tiene el deber de hacer  $p$  en  $t$ » (Sección III) (la cursiva pertenece al autor). Perfectamente « $a$ » puede no tener en  $t$  el deseo de hacer  $p$  en  $t$ , pero aun así sostenerse que « $a$ » tiene el deber en  $t$  de hacer  $p$  en  $t$ . Esto es así porque el deber de « $a$ » de hacer  $p$  en  $t$  no depende de que « $a$ » tenga el deseo de hacer  $p$  en  $t$ , sino que depende de que era posible en  $t$  para « $a$ » tener el deseo de hacer  $p$  en  $t$ , así como era posible en  $t$  tener el deseo de hacer  $\neg p$  en  $t$ . En la reconstrucción presentada la conclusión no es incompatible con la objetividad de las normas y, consecuentemente, con la concepción objetivista del deber.

Tampoco se elimina la distinción entre deber en sentido débil y sentido fuerte. Un sujeto debe hacer  $p$  con prescindencia de sus deseos; no obstante, estos deseos deben ser posibles. Además podemos afirmar que se mantiene el principio «debe-implica-puede» aunque su justificación es diferente de la que defendía CARACCIOLO. Debemos decir que «debe-implica-puede» se justifica en el hecho de que un sujeto tiene el deber de hacer una acción *token* porque es posible para él, en el momento en que se le exige la acción, el deseo de cumplir lo exigido. Sencillamente, «deber implica la posibilidad de desear cumplir». Creo que la reconstrucción del principio podría ser pacíficamente aceptada ya que mantiene la idea de objetividad de las normas y los deberes y de la idea de que sólo existe acción, si existe el consiguiente deseo.

La conclusión es que el dilema construido por CARACCIOLO ya no es un genuino dilema. Las normas (y los deberes constituidos por las normas) *son* objetivos, en el

sentido que son independientes de los deseos y propósitos de los sujetos a los que se les apliquen las normas (y los deberes constituidos por ellas), y la idea de «norma» *implica* la posibilidad de cumplimiento, ya que la exigencia conceptual es solamente sobre la posibilidad de que esta acción sea realizada. Esta posibilidad es verificada simplemente exigiendo que el deseo sea posible. En la versión de CARACCILO, la exigencia conceptual es que exista el deseo, lo que sólo se verifica si la acción *fue* realizada.

Para mostrarlo de otra forma, la posibilidad de que una acción sea realizada exige que se verifique la posibilidad de sus condiciones necesarias, entre ellas la *posibilidad* de que *exista* el deseo de realizar esa acción. Pero, de ninguna manera, que *efectivamente exista* el deseo de realizarlas. Porque si existe este deseo, la acción se vuelve necesaria a la luz de los deseos y la intención que tiene el sujeto.

6. En esta parte me propongo analizar una posible réplica que se ofrece ante una objeción semejante a la por mí propuesta pero que mostraré no es semejante, y que por lo tanto esa réplica no es oponible a mi objeción.

CARACCILO afirma que:

«...podría decirse que la acción es posible —esto es, “puede ser” realizada— si el agente puede tener la motivación necesaria, *i. e.*, si puede **desear** realizar la acción. Es decir, aún en ausencia del deseo **actual** al tiempo *t*, siempre que el deseo sea posible también será posible la realización de la acción» (Sección IV, Ap. 3) (la negrita me pertenece).

Esta objeción puede ser entendida de dos maneras:

«En la primera, se quiere decir que si el agente destinatario de una norma **hubiese** tenido en *t* el deseo de realizar la acción requerida *p*, *p* podría haber sido realizada en *t*. [...] En la otra manera de entender la objeción [...] para poder tener el deseo de realizar una acción es necesario tener **otro** deseo —uno de segundo orden— de adquirir el deseo de llevar a cabo la acción en cuestión» (Sección IV, Ap. 3) (la negrita me pertenece).

En la primera interpretación la salida es, una vez que la acción *p* en *t* no se realizó, preguntar por la posibilidad de hacer *p* en *t*, y preguntar si el sujeto «*a*» *hubiera* tenido el deseo de hacer *p* en *t* si *hubiera* tenido el correspondiente deseo. La respuesta obviamente se apoya en la verdad del contrafáctico. Y ante esto la respuesta de CARACCILO es que:

«...el contrafáctico puede ser verdadero si es que la ocurrencia de *p* —y del deseo correspondiente— no es incompatible con las leyes empíricas. Pero esto sólo podría mostrar que *p* es un caso de una acción *type* o acción genérica posible en el sentido de posibilidad 1, de lo cual nada se puede inferir acerca de la realización **actual** de una acción *token*, en el tiempo *t*» (Sección IV, Ap. 3) (la negrita me pertenece).

Sin embargo, ésta no es una respuesta que se pueda aplicar a la reconstrucción que presento, ya que no apelo a contrafáctico alguno. Simplemente se establece que para saber si la acción *p* es posible que sea realizada, y por lo tanto también si la acción  $\neg p$  es posible de ser realizada, es suficiente saber si son posibles las condiciones para que *p* o  $\neg p$  sean posibles. La acción que será realizada es una cuestión empírica y contingente. Y sobre esto la concepción de la acción afirma que si se realizó la acción *p*, es verdad que existía el deseo de hacer *p*, y si se llevó a cabo la acción  $\neg p$ , existía el deseo de hacer  $\neg p$ .

Respecto a la segunda interpretación de la objeción, CARACCIOLO responde que es necesario tener el deseo de desear hacer  $p$  en  $t$ . Por supuesto que esto traslada el problema como él afirma pero no es necesario afirmar ni negar nada respecto a cómo se generan los deseos, ni exigir deseos de segundo orden en la solución propuesta en este trabajo al dilema en torno a la naturaleza de las normas que presenta el profesor CARACCIOLO.



# IUSNATURALISMO, POSITIVISMO Y NECESIDADES BÁSICAS: UNA LECTURA DE LA OBRA DEL PROFESOR ERNESTO GARZÓN VALDÉS \*

Luis Manuel Sánchez

*Universidad Nacional de San Agustín (Arequipa, Perú)*

**RESUMEN.** La crítica del iusnaturalismo es usualmente dirigida contra el carácter anterior, absoluto, inmutable y superior, que esta corriente predica del Derecho natural. Es posible que esta crítica no valore suficientemente la necesidad de distinguir entre las variedades de iusnaturalismo, algunas de las cuales podrían resistir tales cargas. Ése podría ser el caso de un iusnaturalismo que se remita simplemente a las circunstancias de las necesidades básicas, o naturales, de las personas, para pensar el Derecho. La obra reciente del profesor E. GARZÓN VALDÉS, sugiere una aproximación de este tipo, aunque proviene de una matriz principalmente positivista y de seguro el profesor resistiría el intento de ser ubicado como re-constructor de algún tipo de Derecho natural. Este artículo explora ciertas implicaciones del punto de vista de GARZÓN, partiendo de saldar algunas cuentas del debate entre positivismo jurídico y Derecho natural.

**Palabras clave:** E. GARZÓN VALDÉS, necesidades básicas, iusnaturalismo.

**ABSTRACT.** Criticism against natural law is usually directed against the previous, absolute, immutable and superior character attributed to natural law. Such criticism possibly does not distinguish among the varieties of natural law theories, some of which may resist such attacks. This might be the case of a natural law theory simply based upon people's basic-natural needs from which the law may be derived. Professor E. GARZÓN VALDÉS's recent works suggest a viewpoint like this, although surprisingly developed within the tradition of positivism, and for sure the professor would refuse being sorted as a natural law re-constructor. This article explores some implications of GARZÓN's argument, starting from a balance of the traditional debate between positivism and natural law.

**Keywords:** E. GARZÓN VALDÉS, basic needs, natural law theory.

---

\* Fecha de recepción: 28 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2010.

En el artículo «La naturaleza de la cosa del año 1970», E. GARZÓN VALDÉS recuerda que en la segunda mitad del siglo XX a las corrientes iusnaturalistas se les ha hecho varios reproches. Entre ellos, la equívocidad manifiesta del concepto «Derecho natural», el carácter abstracto de las asunciones de las que parten, el peligro de inductación que portan y la imposibilidad empírica de la existencia de un sistema normativo suprallegal<sup>1</sup>. GARZÓN añade a esas críticas otras que dirige contra las doctrinas, particularmente alemanas, de la «naturaleza de la cosa», debidas a autores como COING, SCHAMBEK, MAIHOFER, entre otros, y contra la teoría de las «estructuras lógico-objetivas» de H. WELZEL. En su conjunto, las objeciones que el profesor argentino reúne contra el iusnaturalismo en el artículo citado podrían resumirse en las siguientes:

- a) La ambigüedad de los conceptos que los autores iusnaturalistas emplean.
- b) La dificultad para precisar cuál es el contenido de la «naturaleza de la cosa».
- c) La postulación de un Derecho que se asume absoluto e inmutable.
- d) Tales doctrinas constituirían un retorno teórico al punto de vista anterior a HUME y KANT y a tener que admitir ontologías de carácter metafísico.
- e) Tales doctrinas presumen que detrás de las realidades jurídicas habría otras realidades por descubrir.
- f) Equivalen a atribuir Derecho a las condiciones fácticas.
- g) Afirman la creencia de que la biología cuenta para el Derecho.
- h) Incurren en un salto deductivo al pretender derivar del *ser* las condiciones del *deber ser*.
- i) Reducen la tarea del legislador a un mero conocimiento en el que no interveniría la voluntad.
- j) En cuanto la «naturaleza de la cosa» es referida la justicia, linda con una versión ideológica, ya que la justicia se parece más a una ideología.
- k) El iusnaturalismo habría servido también para justificar el hitlerismo.
- l) La doctrina de la «naturaleza de las cosa» es, últimamente, de contenido emotivo.

Es necesario advertir desde el inicio que varias de las críticas reseñadas no serían totalmente suscritas en la teoría más reciente del destacado pensador argentino. Desde hace varias décadas GARZÓN VALDÉS reflexiona sobre los significados sustantivos de los ordenamientos democráticos, y su aporte puede apreciarse, en lo medular, como una propuesta para reelaborar las conexiones entre la democracia y algunos aspectos de la moral vinculados con el reconocimiento de los derechos y las necesidades. Este punto de vista podría vislumbrarse todavía débil en las críticas que acabamos de enumerar. La razón para partir de ellas no se debe entonces a que expresen el pensamiento actual de GARZÓN, sino a que de algún modo ellas resumen las objeciones más serias que se le han hecho a las tradicionales doctrinas del *Derecho natural*.

La revisión de esas críticas nos servirá en este ensayo para reflexionar sobre la actualidad de los argumentos dirigidos contra el iusnaturalismo, en contraste con algunos argumentos importantes que pueden dirigirse contra el positivismo jurídico.

<sup>1</sup> E. GARZÓN VALDÉS, «La naturaleza de la cosa (1970)», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 61.

Veremos en el trayecto, caminando de la mano de la exposición y los desarrollos ulteriores de GARZÓN, cómo algunos de los cuestionamientos contra el iusnaturalismo se desploman, otros se reafirman, y otros pueden volverse singularmente contra el positivismo legal, su enemigo teórico favorito. En medio de ello el concepto de necesidades básicas emerge como un puente entre el Derecho y ciertas condiciones naturales, lo que parecería aproximar la teoría a ciertas instancias del Derecho natural, aunque el profesor GARZÓN no se ocupa de esclarecer este aspecto.

Adelantamos que la discusión no se propone inducir al lector a tomar partido por alguna de las posiciones en disputa. Lo que primariamente intenta es extender una invitación para repensar el Derecho sin vernos obligados a sacrificar su sustancia, evitando las disyuntivas forzadas en las que puede habernos colocado el pensamiento jurídico heredado.

## 1. AMBIGÜEDADES Y HETEROGENEIDADES

**1.1.** La objeción más frecuente que se hace al conjunto de teorías llamadas *iusnaturalistas*, mencionada por GARZÓN, tiene que ver con la ambigüedad del término.

Es evidente la dificultad de hablar del *iusnaturalismo* como una teoría homogénea. Con razón A. PASSERIN D'ENTREVES decía que aunque hay una historia del Derecho natural que puede rastrearse desde los filósofos estoicos, no puede negarse las grandes diferencias que hay entre el pensamiento estoico y el Derecho natural cristiano, por ejemplo<sup>2</sup>. «Cuán cerca las nociones de Derecho natural Estoica y Cristiana puedan parecer la una de la otra —escribe D'ENTREVES— hay indudablemente diferencias sutiles y de largo alcance entre ellas, derivadas de diferentes ideales y visiones de la vida»<sup>3</sup>. Además, «Las concepciones medieval y moderna de Derecho natural son dos diferentes doctrinas; la continuidad entre ellas es principalmente una cuestión de palabras»<sup>4</sup>.

D'ENTREVES hace entonces una distinción entre la «historia» y la «filosofía» del Derecho y sugiere que sólo la filosofía, y no la historia, podría proporcionar una base para trabajar la unidad entre las varias corrientes iusnaturalistas<sup>5</sup>. No es extraño, entonces, que E. BODENHEIMER agrupe a estas tendencias en tres variantes con grandes diferencias entre ellas, aunque a veces los autores las tratan indistintamente: el *Derecho natural estoico*, el *Derecho natural cristiano* y el *Derecho natural clásico*<sup>6</sup>. Ahora, si la existencia de estas tres variantes expresa algún grado de ambigüedad, lo propio tendría que decirse de la expresión «positivismo jurídico» que podría connotar algo distinto si se refiere a alguna de las variedades del realismo legal, al normativismo kelseniano, al formalismo de autores como SCARPELLI, o a las variedades más recientes de positivismo axiológico, *soft* positivismo, etcétera<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> A. P. D'ENTREVES, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, London, Hutchinson University Library, 1967 (1951), 35.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Id.*, 11.

<sup>5</sup> *Id.*, 7, 8 y 12.

<sup>6</sup> E. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1990 (1940), 125-190.

<sup>7</sup> Sobre las variedades de positivismo, *vid.* M. ATIENZA, «El Derecho como argumentación», en M. ATIENZA y L. FERRAJOLI, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, México, Instituto de

Por otro lado, no deja de ser válido preguntarse si éstos son casos de ambigüedad en el concepto de iusnaturalismo, o de diversidad de objetos comprendidos en el término. Tengamos en cuenta que aunque los conceptos buscan referirse a un ente unidimensional, esta unidimensionalidad no siempre coincide con la existencia de objetos completamente homogéneos. Los conceptos pueden referirse a una propiedad común a múltiples objetos, como por ejemplo los conceptos de la física (masa o velocidad); o a un grupo de cosas que comparten al menos una característica común relevante, por ejemplo las fuentes del Derecho positivo<sup>8</sup>. Pueden también aludir a una familia de objetos, por ejemplo las familias botánicas —las que por supuesto incluyen plantas que no son totalmente idénticas—, o hacer referencia a un grupo de cosas heterogéneas pero que tienen algún tipo de compatibilidad entre ellas, por ejemplo el concepto de comunidad o el de nación que incluyen cosas tan diversas como la población, el territorio, el Estado, etc. Es seguro que pueden proponerse otras modalidades conceptuales, además<sup>9</sup>.

De acuerdo con eso, pensamos que podría predicarse de la ambigüedad del concepto de iusnaturalismo si esta palabra no pudiese ser ubicada en alguno de los casos que acabamos de referir. Si por ejemplo no pudiera probarse que las teorías a las que el término alude no comparten al menos una característica común relevante, o si existe algún tipo de incompatibilidad insalvable entre las teorías agrupadas. De otro modo lo que tendríamos es una familia de teorías diversas, incluso heterogéneas, sin embargo identificables en sus caracteres comunes y en sus diferencias, y por ello discutiblemente ambiguas.

Lo que es cierto también es que algunas elaboraciones conceptuales pueden tener un elemento de afinidad débil en la medida en que se construyen sobre una cualidad poco relevante de los objetos comparados. Éste podría ser el caso de las varias teorías reunidas bajo el término iusnaturalismo, cuyo vínculo de identidad más importante parece definirse por oposición al positivismo. En lo que todas estas corrientes coinciden es en sostener que hay otro Derecho, diferenciable del Derecho positivo, que además sería previo y superior a éste<sup>10</sup>. Luego de esa afirmación, la unidad iusnaturalista se fracciona y cada variante pasa a hacer referencia a su propia fuente de Derecho previo, sea ésta imaginada divina, racional o *naturalista* (en un sentido que podría atribuirse a los pensadores antiguos). La dificultad con la expresión iusnaturalismo estaría entonces en su diversidad; pero quizás no tanto en su ambigüedad.

Podemos suponer, además —como creía CRISIPO en la antigüedad—, que las palabras con uno y sólo un significado son extraordinariamente raras en un lenguaje natural, al margen de las convenciones lingüísticas estipuladas por necesidades técnicas

---

Investigaciones Jurídicas, 2005, 16, 26. También, R. A. SHINER, *Norm and Nature, The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992.

<sup>8</sup> Las fuentes del Derecho son instancias heterogéneas, pero son reconocidas como tales porque comparten la característica de originar algún tipo de Derecho.

<sup>9</sup> Hay que aceptar también que los conceptos son sólo herramientas del pensamiento para organizar la comprensión del mundo, y no hay una sola forma de construirlos. Todo está en que nos pongamos de acuerdo en criterios de conceptualización que correspondan con alguna propiedad relevante de los objetos del mundo, y que esos criterios sean suficientemente explícitos para todos.

<sup>10</sup> F. M. TAYLOR, «The Law of Nature», *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 1891, 1, 559-560.

de algún tipo. El argumento de la ambigüedad podría ser dirigido, entonces, contra la mayoría de las palabras en uso; sin embargo lo que este razonamiento realmente advierte es que la ambigüedad que a menudo se predica de las palabras puede no residir tanto en las palabras mismas, sino en el uso descontextualizado que ocasionalmente se hace de ellas.

Si se piensa la palabra «naturaleza» en abstracto, uno quedaría perplejo por la gran cantidad de significados que se asocian a ella; pero si pienso en esta palabra frente a un aviso que dice «disfrute la naturaleza de la Amazonia», la ambigüedad rápidamente desaparece. En cambio la ambigüedad retorna si en una discusión acerca de la naturaleza humana alguien afirma que «la naturaleza del hombre es ser racional en virtud de la naturaleza divina». Pero entonces la ambigüedad no se debe tanto a la palabra, cuanto al uso descontextualizado que el hablante hace de la misma. Se podría avanzar entonces a descartar ambigüedades si se logra mantener el sentido y la consistencia en el contexto en el que las palabras se usan, o en el contexto en que éstas son leídas.

El caso es el mismo si se prefiere hablar de iusnaturalismo en términos de la «naturaleza de las cosas». Ciertamente no hay una sola «naturaleza de la cosa». La palabra naturaleza hace referencia a muchas cosas, como escribe GARZÓN<sup>11</sup>. Sin embargo, eso no descarta que las varias naturalezas no puedan tener algo en común, ni que puedan ser identificables y eventualmente describibles, aun cuando las varias naturalezas pudiesen constatarse en el ámbito de un mismo objeto. Además, el que haya varias naturalezas no elimina que la naturaleza pueda ser asumida como fuente de Derecho, tan luego como su existencia heterogénea sea real y pueda ser evidenciada. ¿Es que acaso necesitamos que la naturaleza sea una sola para que sea tomada en cuenta?

Pensamos que el mérito suficiente para que la naturaleza cuente es su existencia; su variedad sólo plantea la necesidad de considerar las diferencias. Esto no excluye de por sí que la naturaleza pueda ser vista como cierto tipo de referente para las elaboraciones normativas, de manera análoga a las tecnologías que son derivadas de las observaciones físicas. En un mundo de naturalezas diversas la tarea de derivar implicancias normativas para cada contexto posiblemente se haga más compleja, pero nada indica que en tal caso la naturaleza no cuenta, ni que esta sea una actividad ilegítima, innecesaria o imposible.

## 2. LA NATURALEZA EN EL IUSNATURALISMO

**2.1.** El siguiente cuestionamiento al iusnaturalismo se relaciona con su postulación de un Derecho preexistente que es pensado absoluto, eterno e inmutable<sup>12</sup>. Este argumento afecta especialmente al iusnaturalismo de base teológica y quizás al de base racionalista, este último en el punto que otorga a ciertos postulados de la razón una condición de validez universal y de absoluta permanencia por encima de las sociedades, como podría ser el iusnaturalismo de LOCKE o de KANT<sup>13</sup>. No obstante es posible

<sup>11</sup> E. GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, 65, 69.

<sup>12</sup> *Id.*, 47-48.

<sup>13</sup> *Cfr.* F. M. TAYLOR, *loc. cit.*, 565.

que la objeción afecte menos al Derecho natural antiguo cuyo punto de referencia, en general, no es un mundo ideal e inmutable más allá de la *physis*, o por encima del mundo de las cosas existentes que se asumen naturales, aun cuando ese mundo pueda ser atribuido en sus orígenes a una deidad. Ahora, si a continuación se acepta que el mundo de las cosas existentes es dinámico y cambiante, no resultaría entonces inevitable, para un cierto iusnaturalismo de tinte naturalista, la tendencia a petrificar la naturaleza en un cuerpo de leyes inmutables.

La crítica al iusnaturalismo como doctrina de lo absoluto surte pleno efecto, entonces, cuando éste es defendido como un cuerpo de leyes cósmicas eternas, ubicadas por encima de los hechos y de las que depende el Derecho. Ésta puede haber sido una visión generalizada en los primeros periodos de la Ilustración, influenciada por el concepto newtoniano de ley natural, pero no es un punto de vista defendible en nuestros días.

Si las leyes sociales fuesen «leyes» en el sentido de la física, y gobernasen por sí mismas, no habría entonces forma de impedir que operen y sólo quedaría dejarlas actuar. Ése por supuesto no es el caso en un mundo en el que la libertad de acción es siempre una posibilidad. El mundo físico se debe a las regularidades inherentes a los procesos materiales, y las sociedades, a las normas aprobadas por las personas para su propio gobierno. Sin embargo esto tampoco significa que las sociedades no tengan vínculo con la naturaleza, ni que las leyes hechas por los hombres no deban tomar en cuenta las regularidades del mundo físico del que las comunidades humanas también forman parte.

**2.2.** El profesor GARZÓN sostiene, por otro lado, que las doctrinas recientes de la «naturaleza de la cosa» constituirían una vuelta de la teoría al estado anterior a HUME y KANT.

«Después de KANT —indica el profesor— es difícil hablar de un Derecho natural que formaría parte de una “naturaleza cósmica”, de un orden inscripto por Dios o por la naturaleza en la *natura rerum*, en la *natura objecti* del universo. Precisamente el concepto de naturaleza, como esencia situada en la trascendencia de la cosa en sí queda fuera del conocimiento racional»<sup>14</sup>.

La crítica de GARZÓN es evidentemente certera contra las tradiciones del iusnaturalismo escolástico que sitúan el Derecho natural en la naturaleza divina. En cambio deja en pie al iusnaturalismo que BODENHEIMER denomina *clásico*, o racionalista, el cual debe mucho en su orientación principal, precisamente a las enseñanzas de KANT. Quizás tampoco toca a las variantes que por ahora estamos llamando *naturalistas*, que se guían por las circunstancias de hecho, particularmente de la naturaleza física de las personas para imaginar el Derecho. A menos que aceptemos que la naturaleza física deba ser tratada como la «cosa en sí» que KANT consideraba inescrutable.

Lo mismo podría decirse de la condena al iusnaturalismo por suponer que detrás de las realidades jurídicas, o de las instituciones que expresan el Derecho, tendría que haber realidades «esenciales» que al jurista le correspondería descubrir. La objeción es efectiva en este caso contra el iusnaturalismo teológico y racionalista, pero igualmente débil frente al iusnaturalismo de sesgo naturalista. Podría dirigirse, por

<sup>14</sup> E. GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, 45.

ejemplo, contra la corriente alemana de la *jurisprudencia de conceptos*, por suponer que el Derecho puede reducirse a la plenitud de los conceptos, los cuales tendrían una suerte de existencia eterna en un mundo como el de las ideas de PLATÓN. En cambio deja intactas a las variantes naturalistas inclinadas a encontrar razones para el Derecho en el mundo de los hechos naturales observables, o por lo menos en el mundo de los hechos que estas corrientes consideran «naturales». Eso nos lleva a la siguiente crítica.

**2.3.** Algunas versiones de iusnaturalismo pueden desembocar en atribuir cualidades de Derecho a condiciones fácticas como las costumbres, los hábitos sociales<sup>15</sup>, o los regímenes establecidos, tan luego como se suponga que cada cosa factual tiene su propia naturaleza, y por tanto, que el estado de cosas actual sería resultado de un cierto progreso natural que sólo quedaría ser normativamente refrendado. Una perspectiva como ésta comporta naturalizarlo todo; las cosas, los procesos y las instituciones; las costumbres, las formas de vida, los sistemas normativos, la distribución de ventajas, los regímenes político-sociales, con la consecuencia de que se instale un prejuicio conservador a favor de las condiciones existentes.

Sin embargo, no se puede dudar de que en las circunstancias fácticas hay también mucho de artificial; muchas cosas que no emergen naturalmente, sino que han sido creadas por diseño humano, pueden por ello ser compatibles con las condiciones de la naturaleza o pueden no serlo. Esto es algo que lo sabemos mejor ahora, evidentemente, por la envergadura de la crisis ecológica global debida sobre todo a la magnitud del tipo de artificios construidos por el hombre. Por tanto, un punto de vista que quisiera decirnos que todas las condiciones factuales son de por sí naturales, y que de ellas emerge espontáneamente el Derecho natural por excelencia, necesita ser de cualquier modo puesto en duda.

Por lo demás, no resulta innecesario anotar que si tuviéramos que atribuir de por sí calidades de Derecho al estado de cosas factual, el procedimiento iusnaturalista no se distinguiría mucho del positivismo que atribuye la calidad de Derecho a cualquier sistema de normas existentes por el sólo hecho de existir, o ser vigentes. En tal medida ambas posturas serían igualmente reprobables.

### 3. BIOLOGÍA Y DERECHO

Algunos iusnaturalistas han mostrado su inclinación por otorgar a los hechos biológicos alguna significancia en la constitución del Derecho. Una propuesta reciente es, por ejemplo, la de L. ARNHART, desde una perspectiva proclamada darwiniana<sup>16</sup>. Sin embargo se encuentran antecedentes de ello incluso en la *Suma Teológica*, cuando Tomás se refiere a la correlación de la ley natural y el «orden de las inclinaciones naturales» del hombre, entre las que distingue la «conservación de su propio ser», «la conjunción de los sexos, la educación de los hijos y otras cosas semejantes»<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> *Id.*, 56.

<sup>16</sup> L. ARNHART, *Darwinian Natural Right: The Biological Ethics of Human Nature*, Albany, State University of New York Press, 1998.

<sup>17</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* —Parte I-IIae—, Cuestión 94.

A propósito de este tipo de vínculos entre naturaleza biológica y Derecho, GARZÓN cita la expresión de E. FECHNER: «Cuando el hombre intenta rebelarse contra las leyes de la naturaleza, entra en lucha con los principios a los cuales debe su existencia como hombre. Todo actuar contra la naturaleza tiene que conducir a la propia destrucción». GARZÓN encuentra que esta expresión es similar a algunas de Adolf Hitler, «un hombre que —dice el profesor argentino— también quería encontrar fundamentos biológicos al Derecho»<sup>18</sup>.

GARZÓN parecería sugerirnos así un distanciamiento casi extremo entre Derecho y biología, sosteniendo un punto de vista que contrasta con teorías como la referida de ARNHART, o con puntos de vista que se han propuesto en los últimos años acerca de las relaciones entre biología, Estado y Derecho, por corrientes como las de la *socio-biología* de E. O. WILSON<sup>19</sup>, o por la denominada *bio-política* de autores como SOMIT-PETERSON<sup>20</sup> y MASTERS<sup>21</sup>.

Por supuesto, tampoco se puede suponer que el Derecho sea sólo una sutil extensión de la biología, pero no se puede descartar que algún tipo de rol performativo puedan jugar las necesidades biológicas, aun cuando fuese sólo como límites naturales a las pretensiones coactivas del Derecho y del Estado. Se plantea entonces la conveniencia de diferenciar entre las afirmaciones que mantendrían que «todo el Derecho es reducible a biología», o «que el Derecho no tiene que hacer nada con la biología», de la que sugiere que determinados aspectos de la biología pueden ser relevantes para el Derecho.

Con esto no estamos diciendo que el camino más plausible para tratar con este problema tenga que ser exactamente el del cómodo punto medio. Lo que aquí se implica es la necesidad de trabajar la adecuación específica entre biología y Derecho en cada uno de los contextos de las civilizaciones culturales, y frente a cada uno de los problemas jurídicos que se suscitan. A este respecto, una gran teoría del Derecho que quiera ser lo menos dogmática posible sólo podría ofrecer promedios teóricos y razones generales, después de lo cual habrá siempre la necesidad de ajustar esta relación en el contexto de las propias prácticas regulativas de cada cultura.

Esto advierte que la tarea de encontrar fundamentos —por lo menos parte de los fundamentos— del Derecho en la biología no puede verse como una idea descabellada. A nuestro modo de ver, el problema sólo emerge cuando se atribuyen a la biología propiedades deterministas, o cuando se aducen como relevantes para el Derecho fundamentos biológicos impertinentes, erróneos o simplemente falsos, como le ocurría al *Führer* al proclamar que hay alguna razón biológica para suponer que los pueblos arios son una raza o que éstos serían biológicamente superiores a otros pueblos.

Veremos más adelante que en este tema la posición de GARZÓN VALDÉS sufre un cambio de orientación que no puede subestimarse, cuando el profesor conviene en advertirnos que el sistema de necesidades básicas puede ser decisivo para el reconocimiento de los derechos.

<sup>18</sup> E. GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, 51.

<sup>19</sup> E. O. WILSON, *Sociobiology: The New Synthesis*, Twenty-fifth Anniversary Edition, 2000 (1975).

<sup>20</sup> A. SOMIT, «Biopolitics», *British Journal of Political Science*, vol. 2, núm. 2, Apr.: 209, 1972.

<sup>21</sup> R. MASTERS, *The Nature of Politics*, Yale University Press, 1989.

#### 4. EL ABISMO SER-DEBER SER

En medio de todo, la acusación estándar que se le hace al iusnaturalismo, dirigida en particular contra la variante que provisionalmente estamos llamando *naturalista*, es decir, la que pone el acento en tomar en cuenta la realidad existente como fuente de valor, es que incurre en un error lógico al creer que se puede inferir valoraciones y juicios de *deber ser*, por tanto regulaciones jurídicas y decisiones, partiendo de la «naturaleza» y de la «esencia» de las cosas existentes.

Dice sobre esto GARZÓN VALDÉS: «Aquí interesa el problema de la inferencia de una conclusión de deber ser a partir de premisas de ser. Lógicamente esto es imposible, ya que nada que no esté contenido en las premisas puede aparecer en la conclusión»<sup>22</sup>. No significa que la realidad sea irrelevante para el Derecho —precisa GARZÓN— porque eso sería negar la importancia que disciplinas como la sociología, la antropología, o la psicología tienen para el Derecho; sino que «la tarea del jurista no reside en determinar lo que *es*, sino lo que *debe ser*. Este *deber ser* presupone un juicio de valor. Y este juicio de valor es una proposición que no puede ser extraída de la realidad de las cosas»<sup>23</sup>. GARZÓN reitera que la ciencia del Derecho sería una ciencia normativa, a diferencia de las ciencias empíricas, y por tanto no tendría que estar basada en hechos. Sin embargo mantiene que una posible conexión de las normas con la realidad se daría a través de las reglas que VON WRIGHT denomina *anankásticas*<sup>24</sup>.

La separación entre *ser* y *deber ser* es argumentada regularmente en el nombre de HUME y sobre la base del dualismo de KANT, cuando se sostiene la imposibilidad lógica de pasar de afirmaciones del ser («es») a afirmaciones de «deber ser», una formulación que HUME trasluce en las páginas de su *Tratado sobre la Naturaleza humana*<sup>25</sup>. Decimos «en el nombre» de HUME porque numerosas evidencias indican no sólo que HUME no era enemigo del naturalismo, sino que su filosofía entera es esencialmente naturalista, incluso en el plano de la ética<sup>26</sup>. Es posible que la alusión al famoso párrafo del *Tratado* se origine en una incomprensión del naturalismo de HUME, o en una extrapolación indebida de las dudas que HUME se plantea en ese lugar. HUME se refiere en el texto a la imposibilidad de hacer derivaciones lógicas entre enunciados que portan información semántica diferente, lo cual, por lo demás, es un típico axioma de la lógica deductiva; pero en modo alguno estuvo interesado en construir una «guillotina» para impedir que la experiencia sea tomada en cuenta al momento de proponer principios morales<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> E. GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, 55.

<sup>23</sup> *Id.*, 65.

<sup>24</sup> *Id.*, 66.

<sup>25</sup> D. HUME, *A Treatise of Human Nature*, Penguin Books, 1985 (1739-1740), 521.

<sup>26</sup> Vid. H. MILLER, «The Naturalism of Hume», *The Philosophical Review*, vol. 38, núm. 5 (septiembre 1929): 469-482; N. SMITH, «The Naturalism of Hume», *Mind, A Quarterly Review*, New Series, núm. 54, abril 1905; J. KEMP, *Ethical Naturalism: Hobbes and Hume*, MacMillan Press, 1970.

<sup>27</sup> Esto se constata desde el propio subtítulo que HUME adiciona al *Tratado*: «Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning Into Moral Subjects»; es decir, un intento de aplicar el método experimental a asuntos morales.

El argumento de HUME, confundido de corriente con el argumento de la «falacia naturalista» de G. E. MOORE<sup>28</sup>, en combinación con el dualismo kantiano y neokantiano, se halla en la base de la doctrina de la «dualidad fundamental entre ser y deber ser», la cual inspira ostensiblemente a la *Teoría pura del Derecho* kelseniana. La teoría de KELSEN en tanto positivista está referida al hecho del Derecho existente producido por los hombres, pero en sus orígenes no parece haberse motivado en una reflexión sobre las circunstancias del Derecho tal como éste puede observarse en la realidad, sino en la utilización de la metodología neokantiana que proponía construir las verdades de la ciencia a partir de conceptos  *sintéticos a priori*, originados en la razón pura, valga decir, en las rigurosas elucubraciones del pensador. Desde allí KELSEN pudo avanzar a imaginar el mundo del puro *deber ser* en el que presuntamente los juicios del científico no tendrían contacto alguno con el *ser*.

De este modo la metodología neokantiana instala una ruptura no sólo conceptual, sino ontológica entre *ser* y *deber ser*, de acuerdo con la cual sólo sería posible razonar normativamente introduciendo presupuestos racionales de *deber ser* de manera *a priori*. Con ello se consigue llevar a la práctica el programa de KANT cuando, en la *Crítica de la Razón Pura*, el gran filósofo racionalista propuso añadir a los juicios sintéticos y analíticos tradicionales de la lógica los *juicios sintéticos a priori*, que serían los que añaden conocimiento cualitativo aunque no provengan de la experiencia<sup>29</sup>.

Los juicios  *sintéticos a priori* pasan a equipararse a los *juicios analíticos* en su condición de ser considerados dados en la razón pura, con lo cual el conocimiento de las formas o de los conceptos universales se vuelve *a priori*. Además, como el *deber ser* no se puede deducir del *ser*, entonces hay que presuponerlo; es decir, hay obtenerlo de la cabeza del filósofo, no como una hipótesis a contrastarse por algún medio objetivo, sino como una verdad que se asume demostrada de antemano. Desde allí recién se hace posible derivar un *deber ser*; desde el *deber ser* que antes ha sido presupuesto. A continuación la naturaleza se vuelve irrelevante para la moral y el Derecho. Supongamos KANT, por tanto la *Teoría pura del Derecho*, y a continuación el misterio de la *Gründnorm*<sup>30</sup>.

La combinación de lecturas, que podríamos suponer poco fieles a la orientación naturalista de la filosofía de HUME, con el apriorismo kantiano, y con las variedades de positivismo lógico subsiguientes, parece haber producido una cierta actitud de subestimación, sino de desdén generalizado, por la realidad empírica, la que ha acompañado a las ciencias sociales, y especialmente a las disciplinas normativas, durante la mayor parte del siglo XX. Esto puede explicar que los saberes del Derecho hayan avanzado de manera poco resuelta en la tarea de reconstruir el vínculo *entre ser y deber ser* sino hasta épocas muy recientes, acerca de lo cual GARZÓN VALDÉS nos alerta, según se verá

<sup>28</sup> Vid. L. SÁNCHEZ, «¿Se origina la falacia en Hume?», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007, 635-651.

<sup>29</sup> I. KANT, *Crítica de la razón pura*, trad. de M. G. Morente, edición digital basada en la edición de Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928, <http://www.cervantesvirtual.com> (19 de septiembre de 2009), 32-37.

<sup>30</sup> En otro lugar hemos sugerido, sin embargo, que a partir de los años cuarenta el kantianismo es menos evidente en el positivismo de KELSEN, aunque el autor mantiene su teoría como *Teoría pura*. Vid. el artículo, «Sobre el positivismo y la tesis de la separación», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, Universidad de Alicante, 2002.

más adelante. A partir de esos desarrollos estaremos mejor posicionados para sostener que los intentos de trazar una valla inseparable entre *ser* y *deber ser* pueden considerarse liminarmente desorientados.

## 5. DESCRIPTIVISMO

Se critica también al iusnaturalismo porque reduce la función del legislador a una tarea de conocimiento sin intervención de la voluntad. Esta afirmación es aproximadamente cierta dado que un rasgo común del iusnaturalismo es que presupone la preexistencia del Derecho en cualquiera de las naturalezas previas a que hace referencia, restando sólo describirlo. Sin embargo, en el contexto de la oposición de los teólogos medievales entre intelectualismo y voluntarismo aparece un atisbo de reconocimiento de las posibilidades de la voluntad humana, aunque paradójicamente por el lado de teóricos intelectualistas como Santo Tomas, quien admite la posibilidad de la ley positiva o humana que vendría a ser la expresión de la voluntad del gobernante.

Por el contrario, la acusación de descriptivismo podría afectar al positivismo clásico incluso en mayor medida, desde que el punto de partida de la ciencia positivista es el Derecho puesto por los hombres que al teórico positivista, en principio, sólo le correspondería describir y al operador aplicar. Si el modelo iusnaturalista en cualquiera de sus versiones condenaría al legislador y al intérprete, al menos en teoría, a una pura tarea cognoscitiva, podemos pensar que el positivismo extiende el voluntarismo al legislador pero se lo niega al juez. A menos que a un juez positivista se le permita comportarse en forma no positivista y por tanto se le autorice a introducir sus propios juicios de valor al momento de decidir. O que se sostenga que el enfoque positivista sólo funciona para el teórico de la ciencia del Derecho, pero no para el operador del Derecho. Este último argumento puede ser admisible, pero si ello es así lo que tenemos es que, en la perspectiva del positivismo, aquí no sólo habría una separación de funciones, sino que el punto de vista del científico del Derecho y el del operador entran en colisión. Mientras el científico positivista puede argüir que el Derecho no está inseparablemente unido a una idea moral, el operador judicial podría estar dispuesto a sostener que en la adjudicación del Derecho no se puede partir de aceptar esa separación.

Esto indica que la actitud descriptiva, tanto para el científico como para el operador positivista, debería entenderse como una derivación inevitable del modelo teórico positivista que se reclama inspirado por una vocación de neutralidad científica, semejante a la que se presume en las demás ciencias. Esto podría explicar, al menos parcialmente, que algunos autores positivistas se sientan motivados a sostener que en la interpretación los jueces deberían limitarse a reproducir fielmente los contenidos del Derecho, idealmente sin ningún margen de discreción. En alguna medida esto se implica en exposiciones como las de SCARPELLI, o en el positivismo ético de CAMPBELL, aunque en ambos casos en concurrencia con la idea de una función política del Derecho, en el marco de un Estado liberal que es requerido a mantener una separación nítida entre las funciones legislativa y judicial.

En la práctica, las relaciones entre describir y prescribir, entre aplicar o crear el Derecho, constituyen una tensión permanente en las teorías tanto de KELSEN como

de HART. Aunque en tanto teóricos del Derecho se muestran partidarios de reconocer como Derecho al Derecho que «es» en las condiciones fácticas, en tanto teóricos del razonamiento jurídico circunstancialmente ambos autores llegan a aceptar que la tarea del juez no puede consistir en un puro descriptivismo, y que en la interpretación hay siempre espacio para la creación judicial. KELSEN llega incluso a sugerir que en los casos de lagunas habría una creación normativa de libre decisión del juez<sup>31</sup>, en tanto que para HART la creación judicial sólo podría darse en los márgenes de la penumbra de las leyes<sup>32</sup>.

En definitiva, si dejamos de lado las tensiones internas en las teorías de los fundadores del positivismo legal y de los varios positivismos que se han intentado a partir de ellos, no resulta exagerado sostener que tanto el iusnaturalismo como el positivismo se identifican metodológicamente en la pretensión final de estar basados en razones puramente descriptivas, o «avaloradas» como a veces se dice. Lo que pensamos varía entre ambas corrientes, es únicamente el Derecho que cada escuela se propone describir. En el caso del iusnaturalismo se tienen por lo menos tres objetos de descripción: el Derecho natural divino, el Derecho natural derivado de la razón humana, y el Derecho natural derivado de las circunstancias naturales del mundo físico. En el caso del positivismo se tiene la variante hartiana que propone describir lo que los operadores dicen que es Derecho de acuerdo con la regla de reconocimiento de cada ordenamiento; y la variante kelseniano-kantiana que propone describir el *deber ser*, tal cual éste puede ser derivado de la norma fundamental presupuesta.

La posibilidad de creación de valor por la vía del razonamiento judicial, o a través de las prácticas de las comunidades, o por el consenso democrático de los participantes, queda esencialmente fuera de cualquiera de estas posiciones<sup>33</sup>.

## 6. JUSTICIA, IDEOLOGÍA Y EMOCIÓN

**6.1.** Otra de las críticas que GARZÓN esgrime contra la doctrina de la «naturaleza de la cosa» es que en cierto sentido la naturaleza a la que aluden está vinculada a la idea de justicia, y la justicia la sugiere GARZÓN equiparable a ideología<sup>34</sup>. Una crítica de este estilo se encuentra como sabemos en KELSEN, quien pensaba que la justicia está llamada a operar en los casos de conflictos de valores, los cuales «no pueden resolverse mediante el conocimiento racional». «La respuesta (a esos conflictos)... —dice KELSEN— es siempre un juicio que, en última instancia, está determinado por factores emocionales, ostentando, por consiguiente, un carácter altamente subjetivo»<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Vid. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, México, UNAM, 1983 (1960), 357.

<sup>32</sup> H. HART, «Positivism and The Separation of Law and Morals», en *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, febrero 1958, 614.

<sup>33</sup> Esto no elimina, por supuesto, los esfuerzos de los positivismos más recientes para dar a la interpretación una característica más hermenéutica o argumentativa, y por tanto reconocer al operador un rol más creativo. Sin embargo, ese esfuerzo no deja de enfrentar dificultades posiblemente insalvables dentro de la matriz de pensamiento positivista en tanto teoría del Derecho, según lo hemos sostenido en otro lado. Vid., del autor, «¿Tiene el positivismo aptitud para operar con valores?», en *Argumentación jurídica y teoría del Derecho*, Arequipa, Ediciones El Alva, 1999.

<sup>34</sup> E. GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, 35.

<sup>35</sup> H. KELSEN, *Qué es la justicia*, Ediciones El Aleph, 2000 (1957), 15.

Subyace, pensamos, en la crítica de GARZÓN como en la de KELSEN al menos un prejuicio del razonamiento y un presupuesto teórico inexacto. El prejuicio se percibe en la creencia virtual de que la justicia para que sea objetiva debería poder ser reducible a un solo criterio, o a una sola regla, que probablemente las personas deberían ser capaces de reconocer más o menos al unísono para que goce de crédito racional. Es posible que esto pudiese ser realidad en un mundo basado en un solo criterio de estructuración y donde además las personas fuesen idénticas. Pero si el mundo que habitamos es diverso, y las personas, las culturas en las que aquéllas se desenvuelven y las situaciones justiciables son variadas, es razonable suponer que pueda haber también varios criterios de justicia, tan luego como éstos sean apropiados para atender las diferentes situaciones de conflicto. El conflicto de valores no supone, de por sí, una condición de irracionalidad<sup>36</sup>.

El presupuesto teórico inexacto reside, a nuestro modo de ver, en la aceptación, tanto por KELSEN como por GARZÓN, del emotivismo ético propuesto por STEVENSON, como una derivación de los dogmas del positivismo lógico acerca de la naturaleza de la verdad. En la teoría de STEVENSON los valores no tienen existencia objetiva y por tanto no pueden probarse ni verdaderos ni falsos, ni por medios empíricos ni por medios lógicos. Las afirmaciones morales podrían equipararse a simples enunciados de preferencias sentimentales o emotivas sin posibilidad de que sean comparables.

No puede discutirse que los juicios morales sean tratados como enunciados subjetivos en la medida en que son pronunciados por las personas; pero también pueden tratarse como juicios objetivos en la medida en que pueden ser sentidos, y compartidos, por grupos, sino por todas las personas<sup>37</sup>. Evidentemente, los juicios de valor corresponden a las experiencias de vida de la gente y pueden ser equiparables cuando menos sobre la base de la condición biológica equivalente de los individuos y de las vivencias subjetivas que comparten en la satisfacción de sus necesidades y deseos. Esto hace posible, por ejemplo, que dos personas, o digamos varios miles, puedan decir cada una por su lado «tengo hambre», y coincidir en el juicio «es bueno alimentarse»; de la misma manera en que podrían experimentar por separado cada una un asalto, y coincidir luego en el juicio de valor «los asaltos son malos y deben prohibirse». Otro tanto podría decirse de valores como la sinceridad, el amor, la amistad, la honestidad; o avanzando hacia los niveles de valoración política, de la solidaridad, la equidad, la cooperación, la paz, etcétera.

Esto sugiere que el concepto de justicia no ha de ser tan subjetivo, ni tan relativo, ni tan irracional como creía KELSEN. No es éste el lugar para profundizar en tan importante debate, pero vale la pena advertir la eventual responsabilidad de las creencias difundidas por el positivismo lógico, por haber empujado a la teoría jurídica, y en general a los saberes normativos, en una dirección deconstructiva de la racionalidad de los valores que se muestra radicalmente equivocada.

---

<sup>36</sup> Por alguna razón la búsqueda de la respuesta única, o de la verdad única válida para todos los casos —en lugar de pensar en verdades para cada caso—, sigue siendo una de las tendencias típicas, a menudo inconscientes, del pensamiento moderno. Cuáles sean las razones de esta propensión es algo por explicarse. En respuesta han proliferado los enfoques llamados *post* modernos que transitan con frecuencia hacia el otro extremo, hacia la creencia de que los criterios de verdad son inexistentes o que sería imposible hacer comparaciones entre juicios de valor.

<sup>37</sup> En definitiva, esto no los diferencia radicalmente de la manera en que se constituyen los juicios de las llamadas ciencias, los cuales también requieren un cierto grado de acuerdo subjetivo.

Sin duda, GARZÓN VALDÉS es consciente de tales excesos, y por eso en sus posiciones más recientes se mantiene claro en afirmar que una teoría que quiera dar cuenta de la manera en que opera el Derecho necesita referirse a alguna clase de moderado objetivismo ético<sup>38</sup>.

6.2. En conexión con lo anterior GARZÓN ha señalado también la carga emotiva que se implica en la doctrina de la «naturaleza de las cosas». Detrás de esta doctrina subyacen expresiones emotivas vinculadas con aspiraciones morales o con creencias en la justicia. «La palabra “naturaleza” —escribe el profesor— tiene un valor emotivo muy grande y no pocas veces alcanza un efecto persuasivo más o menos permanente»<sup>39</sup>. De ese modo GARZÓN se muestra partidario de la pretensión positivista de excluir las emociones de los conceptos, dirigida en este caso contra los intentos de pensar el Derecho en dirección hacia alguna idea de justicia.

Es cierto que hay en la palabra «justicia» una gran carga de emotividad, pero quizás no tan diferente de la que hay cuando pronunciamos otras palabras, por ejemplo la palabra «verdad». Después de todo, la palabra que con mayor emotividad, y fuerza persuasiva, nos ofrecen los autores para justificar sus afirmaciones es la palabra «verdad». La segunda es la palabra «ciencia», a la cual apelan la mayoría de discursos que tratan de ganar prestigio en nuestro tiempo. Por supuesto, ello no ha evitado los innumerables desaciertos, las no pocas mentiras y otro tanto de ilusiones en las que incurre el conocimiento llamado científico que el mundo instrumental ha elevado a la categoría de autoridad suprema.

Tampoco se puede decir que expresiones típicas del positivismo como «seguridad jurídica», «orden público», «validez legal»... estén exentas de alguna connotación emotiva. Todo esto lo sabemos con mayor claridad desde que las teorías del lenguaje nos han mostrado que en todas las expresiones del habla hay siempre una dimensión pragmática inherente dirigida a impactar en el interlocutor, sea ésta de mayor o menor intensidad. Y lo entendemos mejor en la discusión jurídica a partir de teorías como las de R. ALEXY que sugiere la imposibilidad analítica de excluir de la definición del Derecho la fuerza de la intención performativa que esta palabra tiene, vale decir, lo que ALEXY llama *pretensión de corrección*, implícita en el acto de enunciar una Constitución<sup>40</sup>. Puede suponerse luego que en la intención performativa algún grado de emoción ha de concurrir, inevitablemente.

Pensamos que algo parecido se implica en la teoría del profesor GARZÓN cuando nos habla de la pretensión de legitimidad<sup>41</sup>, y de la importancia del *coto vedado* de la democracia representativa<sup>42</sup>. Aunque el *coto vedado* no lo plantea GARZÓN en términos de la idea de justicia, sino de la protección de los derechos básicos de las personas, es

<sup>38</sup> E. GARZÓN VALDÉS, «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», en *Derecho, ética y política*, edición citada, 1992, 333. *Vid.* también la introducción a *Derecho, ética y política*, 10.

<sup>39</sup> E. GARZÓN VALDÉS, *op. cit.*, 70.

<sup>40</sup> R. ALEXY, «Sobre las necesarias relaciones entre Derecho y moral», en *Derecho y razón práctica*, México D. F., Distribuciones Fontamara, S. A., 1993.

<sup>41</sup> E. GARZÓN VALDÉS, «Algo más acerca de las relaciones entre Derecho y moral», en *Derecho, ética y política*, edición citada, 327 y ss.

<sup>42</sup> E. GARZÓN VALDÉS, «Representación y democracia», en *Derecho, ética y política*, edición citada, 645. Algo más acerca del «Coto vedado», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, Universidad de Alicante, 1989, 209-213.

innegable que se acompaña también de un mensaje emotivo, en la medida de la carga emocional indudable que despierta el afán de protección de los derechos humanos. Esto no significa, por supuesto, que tal carga sea ilegítima, inservible, ni censurable, ni que pueda ser tachada como «anticientífica».

A nuestro modo de ver, el problema no reside tanto en que los conceptos del Derecho —o los de la moral— connoten una cierta intención emotiva, sino en que esas emociones puedan ser compartibles dentro de una comunidad democrática. Es decir, que desde el concepto de Derecho, hasta la constitución práctica del orden jurídico mismo, existe la posibilidad de que las normas jurídicas puedan pensarse ligadas tanto a ideas claras como a bienes valiosos y a sentimientos buenos, tan luego como los participantes se muestren dispuestos a suscribirlos dentro de un contexto de abierta manifestación democrática y de condiciones de aceptabilidad universal.

**6.3.** GARZÓN se propone también hacer justicia al iusnaturalismo porque habría servido para legitimar el régimen hitleriano, en contra de los autores que aducen que los horrores de ese régimen fueron avalados por el positivismo jurídico. Recuerda el profesor que un autor de la época, H.-H. DIETZE, fundamenta en la naturaleza de la cosa la «necesidad de un Ministerio de Propaganda» y el «principio de la infalibilidad del Führer». Derecho es, según DIETZE, «aquello que los hombres arios consideran que es Derecho, no Derecho (*Unrecht*) lo que ellos rechazan»; y «la misma sangre exige un mismo Reich»<sup>43</sup>.

No se puede dudar de la crudeza antidemocrática de las expresiones de DIETZE, pero cabría preguntarse si estamos estrictamente ante un argumento iusnaturalista o se trata más bien de una afirmación característica del positivismo legal. Si de acuerdo con el positivismo típico, Derecho es lo que los hombres dicen que es en cada ordenamiento jurídico vigente, con independencia de la orientación moral que las reglas tengan, las declaraciones de DIETZE vendrían a ser típicamente positivistas, sólo que hechas desde su ubicación en un orden jurídico concreto, a saber, el nazi. No elimina esto el que tales afirmaciones se hayan hecho en nombre del Derecho natural. En todo caso se trataría de la proclamación legalista de un «Derecho natural» evidentemente injusto, o de la utilización ideológica de la palabra «natural» legitimada con el soporte del discurso científico positivista.

Esto hace ver que desde el punto de vista teórico, tanto el iusnaturalismo dogmático como el positivismo legalista son propensos a favorecer la legitimación de las dictaduras; sea por la absolutización de una idea sustantiva particular en el primer caso, o por la absolutización de cualquier idea encaramada en el poder, en el segundo.

El problema mayor se presenta por supuesto cuando ambas posiciones se coluden bajo la circunstancia de un régimen injusto, porque mientras uno (el iusnaturalismo) suministraría los contenidos de injusticia, el otro (el positivismo) los convertiría en ley obligatoria por el solo hecho de haberse promulgado o adquirir carácter de obligatoriedad. Es posible que ésta haya sido la combinación letal realmente operando bajo las condiciones del nazismo y de los fascismos europeos, con independencia de la posición personal que pudieron adoptar los diversos autores positivistas o iusnaturalistas en esa deplorable coyuntura.

<sup>43</sup> En E. GARZÓN VALDÉS, «La naturaleza de la cosa», en *Derecho, ética y política*, edición citada, 43.

Se advierte entonces, según este razonamiento, que el positivismo puro no opone de por sí ninguna valla a la posibilidad de que ciertas reglas de una alta intensidad dogmática —por ejemplo, las emitidas por una dictadura— puedan ser reconocidas como Derecho. Según el positivismo ortodoxo, la condición para que una norma sea reconocida como Derecho es que sea emitida y que se acepte de obligatorio cumplimiento, tan luego corresponda con una norma fundamental que prescribe cumplir con la Constitución, o con una regla de reconocimiento que puede asumirse identificada por los operadores del régimen vigente. Es decir, que el positivismo no elimina la posibilidad de una dictadura iusnaturalista, como ilustra el ejemplo de la Alemania nazi, aunque esta consecuencia pueda sonar paradójica. En verdad, en el seno del positivismo legal hay la posibilidad de todas las dictaduras. Esto lo sabemos, entre otros, por declaración del propio KELSEN, quien en 1925 había dicho:

«No tiene sentido afirmar que en el despotismo no existe ningún orden jurídico sino que tan sólo domina la arbitrariedad del déspota [...] El Estado regido despóticamente también representa un orden de la conducta humana. Este orden es precisamente un orden jurídico. Negarle el carácter de Derecho es sólo una ingenuidad iusnaturalista [...] Lo que es interpretado como arbitrariedad es sólo la posibilidad del autócrata de poder tomar cualquier decisión [...] y suprimir normas establecidas [...]»<sup>44</sup>.

Y en 1963 volvió a reiterarlo:

«Desde el punto de vista de la ciencia del Derecho, el Derecho durante el dominio nazi es Derecho. Podemos lamentarlo, pero no negar que fue Derecho».

En otros términos, si se piensa el Derecho sólo como un orden coactivo u obligatorio de la conducta, con independencia de su origen y de su orientación valorativa, no se evidencia entonces una correlación necesaria entre positivismo y democracia. No resulta fácil sumar teóricamente la idea democrática dentro de la definición positivista de Derecho —aun cuando así suceda en la práctica y aun cuando la democracia sea el régimen favorito de los autores positivistas— porque entonces estos autores se verían impelidos a tener que admitir que hay al menos un valor que precede al Derecho positivista y que el legislador no puede violentar: la libertad de discusión y formación democrática del consenso normativo<sup>45</sup>. Se tendría entonces que definir el Derecho, en términos del positivismo, como «cualquier orden de la conducta compuesto de normas obligatorias que los operadores aplican, siempre que sus orígenes sean democráticos». Con esto se avanzaría bastante desde luego, pero esto ya no suena estrictamente al positivismo que estamos acostumbrados, cuando menos en la versión de sus dos principales representantes, KELSEN y HART. En ninguno de estos dos autores se advierte la intención de avanzar hacia una teoría que vincule orgánicamente el Derecho con la teoría de la democracia<sup>46</sup>, por lo menos en tanto teóricos del Derecho.

<sup>44</sup> *Id.*, 62.

<sup>45</sup> Esta paradoja de hecho se halla presente en KELSEN, quien, a juicio de GARZÓN, necesita presuponer las ideas de libertad e igualdad como condición para su defensa de la democracia. KELSEN, que se afirma avalorado en el campo del Derecho, en el campo de la democracia no puede sino apelar a los presupuestos sustantivos de libertad e igualdad, debido a lo cual GARZÓN sugiere que la idea del coto vedado de la democracia tendría ya algún antecedente en el ensayo *Esencia y valor de la democracia*, del demócrata de Viena. E. GARZÓN VALDÉS, «Representación y democracia», en *Derecho, ética y política*, edición citada, 640 y ss.

<sup>46</sup> La idea de la que la teoría del Derecho se vincula en KELSEN con una teoría constitucional de la democracia es también puesta en duda por A. PINTORE, «Democracia sin derechos, en torno al Kelsen democrático», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2000, 135.

Claro está que ni a KELSEN ni a HART, en tanto pensadores políticos, se les puede negar sus credenciales democráticas. KELSEN parece haber sido un firme partidario de la democracia desde los años inmediatos a la República de Weimar, democracia que justifica, más adelante, entre otras razones por considerar que es un contexto político compatible con el relativismo axiológico del cual parte<sup>47</sup>. En el caso de HART, su identificación democrática proviene no sólo de la tradición cultural en la cual trabaja, sino de la postura socialdemocrática que fue característica de su vida. En sus últimos trabajos mostró además una preocupación genuina por los problemas de la razón práctica, así como por las ideas de la democracia como deliberación. Lo sorprendente es que en ninguno de los dos autores las reglas de la democracia juegan rol alguno como fundamento de las reglas del Derecho.

## 7. NATURALISMO, CIENCIA Y POSITIVISMO

**7.1.** Un balance de lo hasta aquí dicho advierte que la mayoría de las críticas reseñadas en diálogo con las ideas del profesor GARZÓN afectan sobre todo al iusnaturalismo escolástico y al racionalista, pero quizás no todas —en particular las críticas de absolutismo, esencialismo, apriorismo, inmutabilidad y pensamiento metafísico— al iusnaturalismo que por ahora hemos llamado *naturalista*, aunque algunos podrían cuestionar que éste sea un verdadero iusnaturalismo en el sentido de la tradición descrita como clásica<sup>48</sup>.

Se podría pensar, entonces, que tan luego como el Derecho natural se despoja de sus ataduras teológicas y racionalistas, y se admite que la naturaleza real cuenta para el Derecho, hablar de un cierto «Derecho natural» se vuelve más comprensible, y si se prefiere, se vuelve más «científico», por la posibilidad de que las razones de un tal Derecho puedan ser discutidas sobre la base de algún tipo de hechos de cierta objetividad.

Esta posible aproximación del discurso iusnaturalista al modelo de legitimación de las ciencias no sería del todo infructuosa y puede ser singularmente persuasiva en términos del discurso al que el positivismo apela regularmente para legitimarse. Después de todo, los ataques que el positivismo dirige contra el iusnaturalismo se hacen regularmente en nombre de «la ciencia», o por exigencias «científicas»; vale decir, desde el prestigio de la palabra «ciencia», y desde la perspectiva de una ciencia que se reclama descriptiva y neutral a los valores. Sin embargo, pensamos que el positivismo proyecta una mirada oblicua sobre la realidad y alcanza una imagen incompleta acerca de la constitución del mundo jurídico.

Por un lado el modelo de ciencia jurídica positivista no describe todo lo que realmente existe en los hechos que conforman lo jurídico. No percibe, por ejemplo, que

<sup>47</sup> *Id.*, 120 y ss.

<sup>48</sup> EÉste viene a ser, por ejemplo, el punto de vista de P. D'ENTREVES, para quien «La noción de Derecho natural... se refiere a la conducta humana, no a fenómenos físicos». A. P. D'ENTREVES, *op. cit.*, Introducción. Circunstancialmente, en su réplica a KELSEN, BODENHEIMER arguye lo contrario. Según este autor, el punto de partida general del Derecho natural sería la «... consideración de ciertos rasgos y necesidades básicas de los seres humanos, que las leyes no pueden ignorar ni disponer». E. BODENHEIMER, «The Natural-Law Doctrine Before the Tribunal of Science: A Reply To Hans Kelsen», *Political Research Quarterly*, 1950, 3, 336.

cualquier norma es impronunciable sin algún tipo de elección valorativa. Esto hace que las normas estén siempre unidas a algún tipo de valoración, o si se quiere, que los valores permeen todo el entramado normativo. Por esa razón, han de apreciarse como acertadas opiniones como las de ATIENZA y RUIZ MANERO cuando sostienen que en toda norma hay siempre un elemento valorativo, además de un elemento directivo<sup>49</sup>; o un elemento deóntico y otro ideológico, como escribe Ó. CORREAS<sup>50</sup>.

Además, los valores se encuentran no sólo en los enunciados normativos que pronuncian el legislador o el dogmático del Derecho, sino también en las prácticas de todos los operadores del orden jurídico, y por supuesto en las vivencias y expectativas de la gente; aun cuando éstos no sean fotografiables, ni se puedan reproducir en el laboratorio, o no se puedan describir a la manera en que un biólogo describe los peces de una laguna, o un geólogo las rocas. Si ésa es la manera en que el positivismo científico esperaba que se pueda probar la existencia de los valores, entonces la falla podría estar en el científico.

Por otro lado, el positivismo típico parece admitir como única lógica de la ciencia, y por tanto como criterio infalible de verdad, la lógica deductiva. Esto puede explicar la facilidad con que los teóricos positivistas acceden al argumento de la «falacia naturalista» erigido para oponer una valla entre la experiencia y el conocimiento. Por tanto, como la lógica deductiva no autoriza a pasar lógicamente del *ser* al *deber ser*, ni de la realidad al concepto, el *ser* no cuenta y la naturaleza es declarada irrelevante para las circunstancias del Derecho.

El infundado temor que el positivismo, en este caso principalmente de la línea kelseniana, según creemos, ha desarrollado frente al argumento de la *falacia* de G. E. MOORE, introduce además el sesgo de considerar al Derecho tanto más científico en tanto pueda presumirse que es más lógico. Esto quizás da algunas pistas para explicar el esforzado camino que han seguido notables pensadores por los caminos del formalismo y de la lógica jurídica, en la búsqueda de una lógica deóntica estricta. Una suerte de piedra *iusfilosofal* que serviría para probar la eminente científicidad del Derecho, y por tanto la rigurosa calculabilidad que podría alcanzar el razonamiento jurídico<sup>51</sup>.

Adicionalmente, el modelo positivista de ciencia jurídica no admite que el acto de describir el Derecho envuelve también una pretensión normativa *fuerte*, a diferencia de las pretensiones *débiles* unidas, por lo general, a los enunciados de las ciencias naturales.

Cuando un naturalista describe una variedad de planta, por ejemplo esa que en el Perú llamamos «yerbabuena», podemos creer que su intención es simplemente «describir», con la mayor objetividad, los atributos de la planta tal cual son; aunque no dejarán de haber al menos dos mensajes performativos en los enunciados «descriptivos» que el investigador emita: primero que aceptemos el nombre de la planta que describe

<sup>49</sup> M. ATIENZA y J. R. MANERO, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, 123-124.

<sup>50</sup> Vid. Ó. CORREAS, *Crítica de la ideología jurídica*, México D. F., UNAM, 1993.

<sup>51</sup> Vid. C. ALCHOURRÓN y E. BULIGYN, «Limits of Logic and Legal Reasoning», en A. MARTINO (ed.), *Experts Systems in Law*, Elsevier Science Publishers B. V., 1992; G. H. VON WRIGHT, «Is There a Logic of Norms?», en A. ARNIO y N. MACCORMICK, *Legal Reasoning*, vol. I, England, Dartmouth, 1992, 396.

—por ejemplo si la presenta como una variedad de *menta*—; segundo, que creamos que lo que él afirma acerca de la planta debe ser asumido como verdad demostrable, dado que muy pocos de los oyentes tendrían la posibilidad, y el interés, de verificar esos datos por sí mismos.

Un jurista hace algo parecido cuando, motivado por un «puro» interés «científico» se propone describir el Derecho a partir de las propiedades normativas comunes que puede encontrar entre los órdenes jurídicos que compara, sólo que aquí concurre una intención performativa más fuerte. Desde que el Derecho está imbricado de valores —como lo está la persona que describe—, expresa o tácitamente el jurista nos está dando un juicio de valor junto con las descripciones del orden que contempla. Nos propone, por tanto, que aceptemos el Derecho, tal cual él lo describe, o lo caracteriza, y que asumamos también que ése es el Derecho que *debería ser* en adelante, aunque lo presenta como un resultado natural predeterminado, a la manera de una planta, como si éste no fuese producto humano. Es decir, que el acto descriptivo de la «ciencia jurídica» es también un acto performativo de la orientación sustantiva del Derecho, a diferencia del acto descriptivo del naturalista que sólo performa el nombre y quizás la clasificación que decidirá darle a la variedad que investiga. El jurista «científico» contribuye de este modo a performar el Derecho que será entendido, asumido y puesto en práctica por la comunidad política. Afirma por tanto una dirección normativa espontánea que contribuye a la formación del Derecho vigente.

Sin olvidar, además, que el Derecho que el jurista «científico» describe es, en última instancia, el resultado de innumerables voluntades performativas pasadas.

**7.2.** Aparte de estos argumentos que pueden dirigirse contra las corrientes centrales del positivismo jurídico, hay otros que podrían añadirse en conexión con la definición avalorada que ofrece del Derecho, reduciéndolo en última instancia a un orden coactivo vigente de la conducta del cual se derivan las reglas válidas. Si se acepta que éstas vienen a ser las notas distintivas del Derecho, sin importar si las reglas son acordadas por la gente o proceden de órdenes impuestas por poderes fácticos autoritarios, entonces surge aquí una dificultad importante para las distinciones que tanto KELSEN como HART hacen entre un *orden jurídico* y un *orden de bandidos*.

En las páginas iniciales de la *Teoría pura*, KELSEN parte de hacer esta distinción<sup>52</sup>. El orden de bandidos se basa en la imposición de una amenaza; el orden jurídico en que la amenaza es el resultado de la aplicación de una norma. Es decir que en el orden jurídico se presupone una norma fundamental que es la que da validez a las normas y a las amenazas basadas en ella. Esto no ocurre en el régimen de los bandidos:

«¿Por qué no se presupone una norma fundante semejante?» en este caso, se pregunta KELSEN, «No se la presupone... cuando ese orden (el de los bandidos) *no tiene una efectividad duradera* sin la cual no se presupondría una norma fundante a él referida, que sea fundamento de su validez objetiva...». «Claramente —añade KELSEN— carece de esa efectividad (el orden de los bandidos)... cuando el orden coactivo, considerado como orden jurídico, es más efectivo que el orden coactivo constituido de la banda de ladrones»<sup>53</sup> (cursiva añadida).

<sup>52</sup> H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, edición citada, 57-63.

<sup>53</sup> *Id.*, 60-61.

Esto querría decir, de acuerdo con las expresiones de KELSEN —si seguimos la traducción ofrecida por VERNENGO— que la diferencia entre el Derecho y el orden de un grupo de bandidos sería sólo una cuestión de *efectividad*, o de duración en el espacio y el tiempo. En teoría, un orden de bandidos podría ser admitido como orden jurídico tan luego como su «efectividad» en el tiempo, y en el espacio, sea mayor al de un orden jurídico. ¿Sería éste el caso de una dictadura corrupta que mediante la violencia o el ardid se mantiene varios años en el poder? Pero, entonces, ¿existe realmente una diferencia cualitativa —valdría decir *conceptual*— entre el orden jurídico y un orden de bandidos en la teoría de KELSEN, o la diferencia es sólo un asunto de extensión del poder fáctico y por tanto de la capacidad que tengan uno u otro régimen para mantenerse efectivos en el tiempo? ¿Es esto lo que KELSEN —partidario indiscutible de la democracia— quiere realmente decir?

La dificultad es semejante para la teoría de HART, aunque HART no necesita presuponer la existencia lógica de una tal norma fundamental, sino que la da por hecho, es decir, la presupone en la práctica. A diferencia de un asaltante que da órdenes a un oficinista para que le entregue el dinero, las normas jurídicas tienen en grado preeminente esta característica de «permanencia» o persistencia, dice HART<sup>54</sup>. De ahí que «...si hemos de usar la noción de órdenes respaldadas por amenazas como explicatoria de lo que son las normas jurídicas, tenemos que tratar de reproducir este carácter de *perdurabilidad* que ellas exhiben»<sup>55</sup>. Evidentemente se trata de un punto de vista equivalente al de KELSEN, que hace descansar la validez ultimadamente en la efectividad del ordenamiento; aunque KELSEN añade a ello un argumento de presunción neokantiana a favor de la norma fundamental, mientras HART asume que la validez se da en correspondencia con la regla de reconocimiento que la da por aceptada como condición de hecho.

Pero la teoría de HART se complica algo más porque el ilustre ex profesor de Oxford considera que «la característica general más destacada del Derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en *algún* sentido»<sup>56</sup>. HART no podría sostener que esa obligatoriedad se debe a la fuerza del mandato o de la voluntad de quien emite la norma, porque eso lo devolvería al punto de vista de AUSTIN que él está interesado en corregir. Es entonces cuando la noción de *punto de vista interno*, ligado al comportamiento de los participantes, gana énfasis en su teoría.

«Quienes aceptan la autoridad de un sistema jurídico —dice el pensador inglés— lo ven desde el punto de vista interno, y expresan su apreciación de las exigencias de aquél en enunciados internos, acuñados en el lenguaje normativo que es común al Derecho y a la moral: “Yo (tú) debo (debes)”; “yo (él) tengo que (tiene que)”; “yo (ellos) tengo (tienen) una obligación”»<sup>57</sup>.

Con independencia de que el juicio interno de aceptación del Derecho sea moral o no —cosa que HART niega de plano—, lo importante del punto de vista hartiano, a nuestro modo de ver, es que hace depender la obligación de seguir el Derecho no del

<sup>54</sup> H. HART, *El concepto de Derecho*, edición citada, 29.

<sup>55</sup> *Id.*, 29, 30. Cursiva añadida.

<sup>56</sup> *Id.*, 7.

<sup>57</sup> *Id.*, 249.

hecho de que haya un mandato cuyo incumplimiento está amenazado con una sanción —como fue más propenso a pensar KELSEN—, sino de la posibilidad de que los participantes puedan aceptar la norma como obligatoria, sea por razones morales, utilitarias, o de cualquier otro tipo. Esto lo dice HART de manera más clara:

«La existencia de un sistema jurídico implica las actitudes y la conducta que van involucradas en la aceptación voluntaria de reglas, y también las actitudes y la conducta, más simples, involucradas en la mera obediencia o aquiescencia. De aquí que *una sociedad en la que hay Derecho está compuesta por aquellos que ven sus reglas desde el punto de vista interno* como pautas o criterios de conducta aceptados, y no meramente como predicciones dignas de confianza de lo que los funcionarios les harán si desobedecen»<sup>58</sup> (cursiva añadida).

Habría que decir entonces que la obligación jurídica depende de ese reconocimiento interno, condición que no concurre bajo el mandato de una banda de ladrones, ¿Cómo entonces aceptar que la diferencia última entre un orden de bandidos y el orden jurídico es sólo un asunto de «perdurabilidad»?

Las aproximaciones de KELSEN y HART a la definición del Derecho no están, por consiguiente, exentas de consecuencias extrañas:

«Si la definición del Derecho se la quiere referir a que éste constituiría un conjunto de normas que regulan conductas, de seguro no habría una distinción clara con las normas consideradas éticas.

Si la diferencia se la quiere encontrar sólo en el carácter obligatorio de las normas vigentes, se plantea el problema de si hay alguna diferencia neta entre el Derecho de un lado y el ejercicio del poder y la violencia del otro. Téngase en cuenta que el grupo enquistado con frecuencia puede hacer uso de alguna fraseología normativa para imponer su voluntad como ocurrió durante los años del nazismo, y ocurre a menudo durante las dictaduras.

Si tenemos que aceptar —como resulta más persuasivo— que el orden jurídico se reconoce por la obligatoriedad debida al reconocimiento voluntario que los participantes hacen de la autoridad del Derecho, nos acercamos al punto de vista interno de HART, y por este camino se abre la posibilidad de transitar hacia a una comprensión democrática del Derecho. Creemos, sin embargo, que HART no termina de transitar este camino, entre otras cosas porque ese reconocimiento sólo queda al alcance de los operadores y no de todos los miembros de la comunidad política. La Regla de Reconocimiento no surge necesariamente del consenso democrático. En adición, lo primero que resulta sorprendente —como lo advierten varios autores, entre ellos MACCORMICK— es que del punto de vista interno tengan que ser excluidos los significados morales que los participantes podrían eventualmente reconocer en el Derecho<sup>59</sup>, como se sugiere en *The Concept of Law*».

## 8. RESUSTANTIVANDO EL DERECHO: EL PAPEL DE LAS NECESIDADES BÁSICAS

La discusión precedente ha tratado de mostrar las objeciones invencibles que pueden hacerse tanto a las versiones clásicas del iusnaturalismo como a las del positivismo jurídico. Sin embargo, se sugiere que al menos una variante tradicionalmente implica-

<sup>58</sup> *Ibid.* En el mismo lugar HART añade que la sociedad también «... está compuesta por aquellos a quienes, ya sea porque son malhechores, ya porque son simples víctimas. inermes del sistema, estas pautas jurídicas tienen que serles impuestas por la fuerza o mediante amenazas de fuerza». Sin embargo, éste parece más bien un criterio contingente de adhesión a las normas, dado que no es creíble que los delincuentes se adhieran a la sociedad porque saben que serán castigados, ni las víctimas porque saben que serán víctimas.

<sup>59</sup> *Vid.* E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho, ética y política*, Introducción, edición citada, 11.

da en el Derecho natural, llamada por el momento *naturalista*, parecería tener aptitud para resistir varios de los argumentos que se dirigen contra ambas corrientes. Este punto de vista se implica, pensamos en la propuesta más reciente del profesor GARZÓN VALDÉS en torno al papel que jugarían las necesidades básicas en el establecimiento, y justificación, de los derechos; aunque vale anotar que el profesor no usa la expresión «naturalismo» ni podría estar dispuesto a asumir su punto de vista como una aproximación a variedad alguna de Derecho natural.

Una de las cosas que GARZÓN se siente más inclinado a pensar en los últimos años es que si bien no hay identidad entre *ser* y *deber ser*, hay cuando menos la posibilidad de construir un puente entre ambos mundos<sup>60</sup>. Es por eso que nos propone ahora pensar en consonancia con la teoría ética de M. BUNGE, y admitir que las necesidades básicas, relacionadas con las posibilidades de realización de un plan de vida, «son la fuente de derechos y deberes morales»<sup>61</sup>. Las necesidades tienen, en consecuencia, algún rol en la constitución de los derechos morales, y a continuación en la legitimidad de los sistemas políticos. «Un sistema político —dice— posee legitimidad cuando ofrece la posibilidad de satisfacer las necesidades básicas y los deseos legítimos de sus miembros»<sup>62</sup>. Por esta vía, se abre la posibilidad de que las necesidades biológicas puedan pasar a ser tomadas en cuenta también en la configuración sustantiva de las normas del ordenamiento jurídico.

Antes ya hemos mencionado que éste no es un punto de vista extraño a las discusiones en la filosofía y teoría del Derecho, posiblemente desde la época antigua. Reparece incluso en el contexto de un positivismo tan bien logrado como el de HART, cuando el autor concede la posibilidad de un «contenido mínimo de Derecho natural» que estaría presente en cualquier ordenamiento jurídico y que vincula esencialmente con las necesidades de la supervivencia humana. Como sabemos, esta idea la toma HART de autores como HOBBS y HUME, quienes a decir del autor inglés «han visto en el modesto propósito de supervivencia el elemento central indiscutible que da buen sentido empírico a la terminología del Derecho natural»<sup>63</sup>.

De la idea de derechos morales relacionados con las necesidades básicas, GARZÓN camina luego a proponernos que la justificación de la democracia representativa es posible si se acepta la existencia de lo que ha llamado el *coto vedado de la democracia*. Y precisamente el *coto vedado* vendría a ser el conjunto de derechos que se derivan del sistema de necesidades básicas o primarias<sup>64</sup>. La particularidad del *coto vedado* —como se desprende del propio término que GARZÓN emplea— es que resultaría invulnerable al juego de acuerdos y negociaciones de los parlamentos democráticos, así como a las pretensiones del mercado.

El resultado general de este razonamiento será que, en la teoría de GARZÓN, se aprueba el reingreso de criterios sustantivos que sirven de orientación para el sistema

<sup>60</sup> E. GARZÓN VALDÉS, «Necesidades básicas, deseos legítimos y legitimidad política en la concepción de Mario Bunge», en *Derecho, ética y política*, edición citada, 422.

<sup>61</sup> *Id.*, 422, 423.

<sup>62</sup> *Id.*, 433, 434.

<sup>63</sup> H. HART, *op. cit.*, 237, 238.

<sup>64</sup> E. GARZÓN VALDÉS, *Necesidades básicas...*, loc. cit., 432; «Representación y democracia», en *Derecho, democracia y política*, edición citada, 645-650.

político, y por esa vía inevitablemente para los otros componentes de la razón práctica. Recién a partir del reconocimiento del *coto vedado*, se puede justificar éticamente la representación parlamentaria, cuando ésta respeta «los derechos de cada cual a los bienes primarios... y procura satisfacer... los deseos secundarios de los miembros de una comunidad política»<sup>65</sup>. GARZÓN justifica esta resustanciación de la política por necesidades éticas<sup>66</sup>, pero podría entenderse que en su argumentación se implican también razones conceptuales, posiblemente vinculadas al principio de la mayoría que GARZÓN, siguiendo a KELSEN, entiende como un principio definitorio de los regímenes democráticos<sup>67</sup>. El profesor avanza incluso más, y propone la existencia de una conexión conceptual entre Derecho y moral, añadiendo que hay cada vez una «estrecha relación entre el Derecho, la ética y la filosofía política»<sup>68</sup>, un punto de vista que confluye en la tarea de resustantivar el Derecho con teorías recientes como las de la argumentación racional y las del neoconstitucionalismo.

Aunque GARZÓN parece optar por una típica instancia kantiana, al defender la reaparición de valores morales en el ordenamiento jurídico-democrático ante todo por necesidades éticas, hay que remarcar que se trata de valores ultimadamente reconocidos en su conexión con el sistema de necesidades básicas de las personas. Esto viene a afirmar la importante consecuencia de que la naturaleza, y concretamente la biología de los individuos, no es indiferente para las elaboraciones normativas. Las teorías del Derecho y de la democracia no pueden pensarse tan separadas de ciertos hechos de la naturaleza. Independientemente de que esto quiera verse, o no, como retorno a un cierto iusnaturalismo —discusión que no tiene auténtica prioridad—, un punto de vista como éste tiene, a nuestro juicio, gran potencial renovador en el Derecho en procura de lograr un diálogo más coherente entre el Derecho y la vida. Bien valdrá la pena retornar sobre ello en otro momento.

---

<sup>65</sup> *Id.*, 649.

<sup>66</sup> E. GARZÓN VALDÉS, *Representación y democracia*, loc. cit., 644.

<sup>67</sup> *Id.*, 637.

<sup>68</sup> E. GARZÓN VALDÉS, «Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral», en *Derecho, ética y política*, edición citada, 324. También la Introducción a esta última obra, 11.



**SOBRE LA PROHIBICIÓN  
DE LOS ESPECTÁCULOS TAURINOS**

*ON THE BANNING  
OF BULLFIGHTING SHOWS*



# LOS TOROS Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA 854/2001, DE 11 DE JULIO \*

Francisco Lara  
*Universidad de Granada*

**RESUMEN.** A partir del análisis de una sentencia del Tribunal Superior de Cataluña y de las leyes españolas que prohíben el maltrato animal, el autor sostiene que no existen aceptables argumentos jurídicos, estéticos o éticos para defender, como se hace en dichas leyes, que los espectáculos taurinos sean considerados una excepción a tal prohibición.

**Palabras clave:** derechos de los animales, libertad creativa, ética aplicada.

**ABSTRACT.** From the analysis of a decision taken by the Superior Court of Catalonia and of the Spanish laws prohibiting animal mistreatment, the author maintains that there are not convincing legal, aesthetic or ethical arguments to defend that bullfighting could be considered an exception to that prohibition.

**Keywords:** animal rights, artistic liberty, applied ethics.

---

\* Fecha de recepción: 11 de julio de 2010. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2010.

### RESUMEN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA 854/2001, DE 11 DE JULIO

**1. Hechos:** El Ayuntamiento de Barcelona, concededor de que se va a proceder al rejoneo de un toro en el intermedio de la representación de la obra «Carmen, ópera andaluza de corneta y tambores» en la Plaza Monumental de Barcelona, programada el 15 de septiembre de 1999, insta a los organizadores del espectáculo a que no se proceda a dicho rejoneo por constituir éste un supuesto de vulneración de la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de protección de animales. Los promotores del espectáculo reclaman ante los tribunales que esa decisión administrativa vulnera su derecho fundamental a la creación y producción artística reconocido en el art. 20.1.b) de la Constitución Española.

**2. Fallo:** El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima el recurso de apelación interpuesto declarando la conculcación del derecho fundamental a la libertad de creación artística y reconociendo el derecho del recurrente a una indemnización.

**3. Las razones del Tribunal:** La no autorización del espectáculo en su totalidad es una vulneración de la libertad de creación y producción artística, puesto que el rejoneo se iba a practicar conforme a las reglas del toreo en una instalación que tiene ese fin. Las dos partes de las que consta el evento se ajustan a la norma vigente sobre espectáculos y, además, ha de tenerse en cuenta «... la amplia tolerancia de la sociedad en que iba a producirse la representación. Sirva de ejemplo la exposición de la artista británica Sarah Lucas en el Centre Cultura Tecla Sala de l'Hospitalet en la temporada 2000-2001 utilizando pollos empalados por tubos fluorescentes».

El análisis de esta sentencia nos dará resultados muy distintos según la forma en que lo llevemos a cabo. Por un lado, podemos analizar la argumentación del Tribunal sobre la adecuación de los actos juzgados a la normativa vigente, y desde aquí, la sentencia no deja de ser, como veremos en la primera parte de mi trabajo, un ejemplo de falta de profesionalidad en algunos miembros de la judicatura española. Pero es posible también una segunda lectura de la sentencia que, yendo más allá del proceder del Tribunal, permita mostrar de manera manifiesta ciertas incongruencias importantes de nuestro ordenamiento jurídico. Esta última lectura es la que más me interesa aquí y la que desarrollaré a partir de la segunda sección. Con ella pretendo demostrar que la legislación a la que se refiere la sentencia, sobre el uso de animales en espectáculos públicos, se apoya en una justificación débil, producto tanto de un desesperado interés de nuestros legisladores por proteger los eventos taurinos como de una ilógica consideración de nuestra relación moral con los animales.

## 1. UN EJEMPLO DE INCORRECTA APLICACIÓN DE LA LEY

Tras un considerable esfuerzo de comprensión, motivado en parte por la pésima redacción de la sentencia, se pueden aventurar los dos argumentos que el Tribunal parece aducir para acabar dando la razón a los promotores del espectáculo no autorizado, que se quejan de una vulneración de su derecho fundamental a la creación artística.

El principal de esos argumentos para sostener que estamos ante un caso de censura consiste en intentar demostrar que se ha denegado el permiso para una representación que se ajusta a la legislación vigente, en concreto a la Ley de Cataluña, de 4 de marzo

de 1988, sobre protección de animales. Pues aun cuando en el art. 4 de dicha ley se prohíba «el uso de animales en espectáculos, peleas y otras actividades, si ello puede ocasionarles sufrimiento o puedan ser objeto de burlas o tratamientos antinaturales, o bien si pueden herir la sensibilidad de las personas que los contemplan», se excluye de tal prohibición «la fiesta de los toros en aquellas localidades donde, en el momento de entrar en vigor la presente ley, existan plazas de toros construidas para celebrar dicha fiesta». Por tanto, concluye el Tribunal, no se puede prohibir la representación de la ópera aduciendo que ésta incluye un rejoneo, pues éste se celebraría, conforme a la citada ley, en una plaza de toros, la de Barcelona, construida para tal tipo de celebraciones, y con anterioridad a la promulgación de la ley.

La argumentación del Tribunal se completa finalmente con la observación de que, para los magistrados, en la sociedad barcelonesa se da una «amplia tolerancia» ante la utilización artística de animales. Y se señala, en su apoyo, la exposición que en 2000 realizó la británica Sarah Lucas en el centro cultural Tecla Sala de l'Hospitalet, en la que se utilizaban pollos empalados por tubos fluorescentes<sup>1</sup>.

Empezando por lo que considero más fácil, apuntaré dos razones para mostrar la debilidad de este segundo argumento del Tribunal. La primera es que los dos actos que se pretenden equiparar con la intención de demostrar que si uno no es grave el otro tampoco debería serlo, realmente no son equiparables. Pues un sufrimiento como el que se provoca con la lidia no forma parte de una exposición en la que sólo se muestran cadáveres de animales que, además, podrían haber perdido la vida de manera indolora.

Conviene señalar en segundo lugar que, aun cuando aceptáramos la pretendida equiparación de esos dos espectáculos, el argumento aún adolecería de la falacia de concluir una generalidad, la tolerancia de la sociedad barcelonesa hacia el uso cruel de los animales en el arte, a partir de un hecho particular, la inclusión en una exposición de una obra en la que ni siquiera se maltrata a animales, sólo se usan sus cadáveres, algo que, también con pretensiones artísticas o de divulgación científica, se viene haciendo en nuestro país con cadáveres humanos<sup>2</sup>. Y además, podría añadirse, si algo puede determinar con mayor rigor qué es lo que piensa la sociedad barcelonesa sobre este asunto, eso es la legislación que al respecto han elaborado sus representantes autonómicos; y en ésta, pionera en España en la protección de los animales, queda claro, como acabamos de ver, que a la sociedad catalana no quiere que se haga arte que conlleve menoscabo del bienestar animal.

A esta normativa autonómica sobre espectáculos es a lo que, vista la debilidad de su primer argumento, debe atenerse exclusivamente el Tribunal para establecer que

---

<sup>1</sup> El resto de la sentencia pretende, sobre todo, defender que la empresa encargada de explotar la representación de la obra, que es quien invoca en la denuncia la vulneración del derecho a la libre expresión artística, está legitimada para hacerlo, y que esto no es un privilegio exclusivo del autor. Hay otra parte de la sentencia que el Tribunal dedica a exponer una inconexa y superflua revisión de la jurisprudencia estatal y europea sobre libertad de expresión artística.

<sup>2</sup> Como la exposición que, con el título *Bodies*, se exhibió, bajo la dirección de Roy Glover, a finales de 2007 en Barcelona. A través de 17 cadáveres y más de 200 órganos humanos reales, preservados con un sofisticado sistema de plastificado, el visitante podía conocer todos los detalles del cuerpo humano. Iba así en la línea de otras muchas exposiciones de este tipo, entre las que destacan las tituladas *Mundos corporales*, del famoso químico y médico alemán Gunther von Hagens.

la Generalitat, con su denegación del permiso para representar la ópera «Carmen», atenta contra la libertad creativa de su autor y sus promotores. Es decir, ha de ceñirse a la demostración de que, en contra de lo mantenido por el gobierno catalán, la representación de la ópera cumple la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de protección de animales. Y en esta tarea es clave para el Tribunal, y así lo entiende éste, que se pueda entender el evento en cuestión como una suma de dos espectáculos distintos: por un lado, la ópera, y por otro, la lidia que se celebraría en el intermedio de aquélla. Partiendo el espectáculo en dos se podría mantener que ambos, por separado, se ajustan a la legalidad. La ópera, porque en ella no se maltrata a ningún animal, y la lidia del intermedio, porque el arte del rejoneo se llevaría a cabo conforme a las reglas del toreo y en un lugar autorizado para ello, tal y como exige la ley catalana. En cambio, si no se entendiera así el espectáculo, si lo concibiésemos como un todo en el que se integra el rejoneo, sí se estaría atentando claramente contra la citada ley. En tal caso, al presenciar el rejoneo nos encontraríamos no ante una manifestación de lidia convencional, sino ante una escena más de un espectáculo musical.

El problema radica, no obstante, en la dificultad de concebir el espectáculo como una suma de dos eventos independientes. Pues hay hechos que sólo se entienden si asumimos que la intención de los creadores y promotores era considerar la representación como un todo unitario, y nunca como un espectáculo, la ópera, que va acompañado de otro, consistente en el rejoneo de un toro y que sólo pretende entretener al público en el descanso. Por ejemplo, el mismo título completo de la obra: «Carmen, ópera andaluza de cornetas y tambores, según la leyenda primitiva contada por viejas cigarreras de Triana con incorporación de la lidia por rejoneo de un toro en medio de la ópera». Parece claro, por el título, que lo que el autor ha pretendido es representar la clásica obra del compositor francés Georges Bizet desde una perspectiva más andaluza, en la que se utilicen recursos escénicos tan autóctonos e impresionantes como las bandas de cornetas o la lidia de un toro. Ésta forma parte esencial entonces de la obra que se representa.

En esa misma dirección de ver el espectáculo como no fragmentable apunta también un segundo hecho: la manifestada negativa de los promotores a representar la ópera sin el rejoneo. Pues si realmente éste se presentara, tal y como se aduce, como una mera distracción para el intermedio, no debería preocupar tanto su supresión. Cuando, por el contrario, se rechaza absolutamente la posibilidad de representar la ópera sin el rejoneo es fácil pensar que, a pesar de lo que se diga en otro sentido, el autor y los promotores conciben el evento como un todo unitario del cual el rejoneo es una parte ineludible.

Precisamente es esta concepción de todo unitario la que defenderá dos años después en una sentencia sobre los mismos hechos (820/2003, de 16 de junio), contradiciéndose a sí misma, la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. En esta sentencia posterior el Tribunal desestima el recurso de apelación, interpuesto por la Delegación Territorial del Gobierno de Cataluña en Barcelona, en el que se aducía que mientras que el acto impugnado en sentencia firme<sup>3</sup> había sido la no autorización de la representación de la ópera, ahora

---

<sup>3</sup> Sentencia que se consideraba firme tras haber desestimado el Tribunal Supremo el recurso de casación en interés de Ley en su Sentencia 2003/2013, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>, de 28

debía enjuiciarse ese otro, basado en la resolución de aquella Delegación de 28 de junio de 2002, que autorizaba la celebración de aquel espectáculo «siempre y cuando no se llevase a término el rejoneo». De manera sorprendente, el Tribunal considera ahora que igualmente hay (de manera incluso «más gravemente lesiva») en esa autorización condicionada una vulneración del derecho a la libertad creativa porque «se obtendría así por la Administración el mismo resultado final: la no representación de la obra, al haberla desnaturalizado, al obligar a presentarla mutilada».

En definitiva, estamos ante una sentencia que por sus farragosas, falaces y contradictorias argumentaciones sólo podría ser merecedora de atención por constituir un ejemplo de pésima aplicación de la ley<sup>4</sup>. Pero, como decíamos más arriba, a mí la sentencia me resulta interesante por otros motivos. Sobre todo, porque refleja, más claramente si cabe, lo absurdo de una legislación, a la que remite, que se justifica como instrumento para impedir que públicamente se maltrate a animales y que, sin embargo, reconoce como excepción a la norma la celebración de muchos eventos públicos en los que, como parte de las fiestas, se somete a los toros a un extremo sufrimiento antes de acabar quitándoles la vida. La incongruencia de la ley se hace palpable en esta sentencia, cuando resulta que la legalidad del rejoneo depende sólo de si conseguimos o no considerarlo como parte accesorio de la ópera. Si lo conseguimos, el sufrimiento del toro es legal; si no, no lo es. Creo que una ley que permite esta desatinada línea de razonamiento de la sentencia, sin que se atente con ello contra el espíritu de la ley, debe ser una mala ley. Por tanto, el fallo de la sentencia reside no sólo en unos magistrados que aprovechan todos los resquicios de la ley para aplicarla en beneficio de las corridas sino también en unos legisladores que no se atreven a —o quizá no quieren— ser congruentes en sus decisiones. Esta incoherencia última de las leyes, que hace doblemente ridícula la sentencia que comento, es la que me interesa especialmente y a la que voy a dedicarme a continuación<sup>5</sup>.

---

de enero de 2003. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalitat de Cataluña porque básicamente «el debate (sobre si se conculca el derecho fundamental de libertad de creación) se concreta y circunscribe a un caso específico de un espectáculo, lo que ya de entrada supone la innecesariedad de una doctrina legal que impida en el futuro actuaciones similares, por no haber temor racional de que se reitere y aplique en casos de fácil repetición, con efecto multiplicador grave y con un extenso ámbito de generalidad, que es justamente lo que orienta tal clase de recurso de casación en interés de Ley».

<sup>4</sup> Mucho más dura en la valoración de la conclusión del Tribunal es la magistrada Nuria Clèries en su voto discrepante a esta sentencia —cuyas ideas principales repetirá en su también voto discrepante a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 820/2003, de 16 de junio—. Tras dar razones para creer que el acto que se juzga es unitario, añade que «no resulta factible que en el mismo concurren dos regulaciones diversas y contradictorias en cuanto a sus resultados, salvo que se admita una partición del espectáculo con el único objetivo de evitar la aplicación de la legislación vigente, y especialmente, la Ley 3/1988, de 4 de marzo, partición que, al tener como único motivo la evitación de la aplicación de la legislación vigente, debe considerarse como un fraude de ley».

<sup>5</sup> Este enfoque más profundo también parece interesar a todos los participantes en el proceso que lleva a la sentencia que comento. Todos quieren resolver si dentro del marco jurídico español o comunitario no supondría una violación clara del derecho a la libertad creativa la prohibición de espectáculos en los que se maltrata a animales. Realmente esto no debería ser una cuestión relevante en el debate entre recurrentes, tribunal y magistrados discrepantes, pero lo es. Los que entienden que se conculca la libertad creativa no tendrían que hablar de censura ni desarrollar extensos argumentos sobre la necesidad de limitar lo menos posible dicho derecho. Deberían limitarse a considerar si los hechos contradicen o no la normativa vigente. Y en ese sentido, si el Tribunal dudara de la constitucionalidad de la legislación catalana sobre espectáculos, lo que debería hacer es desestimar el recurso contencioso-administrativo y proceder al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Por otro lado, los que defienden el punto de vista de que no hay violación

## 2. ¿EL ARTE DE LOS TOROS?

La cuestión clave que subyace a la legislación catalana sobre animales en lo tocante a la sentencia comentada es la de cuáles son los límites del derecho a la libertad creativa. Y se deriva de tal legislación que uno es libre para crear siempre y cuando ello no se plasme en un espectáculo donde se maltrata a animales. Sin embargo, se admite que los espectáculos taurinos son una excepción a esa regla. Esta excepcionalidad podría justificarse, en un principio, argumentando que en los espectáculos taurinos se manifiesta un tipo de arte tan indiscutible, digamos, que permite diferenciarlo claramente de otras posibles formas de hacer arte infligiendo sufrimiento a los animales.

Antes de entrar a analizar el fundamento y las limitaciones de la premisa general de que el arte no puede hacerse a costa del sufrimiento animal, quiero plantear no ya si el arte de la lidia es tan relevante y especial como para considerarlo una excepción a la regla, sino más básicamente si hay algo de arte en dicha práctica (y no, por supuesto, en otro tipo de espectáculos taurinos, como los encierros o suelta de reses, que ni los propios aficionados calificarían como manifestaciones artísticas).

Para tal objetivo voy a exponer los tres tipos de argumentos que he encontrado en la escasa y confusa literatura existente sobre el valor estético de las corridas.

En primer lugar, se ha dicho a veces que la lidia es arte en virtud de su carácter esencialmente lúdico; de consistir en una actividad que, por no ser necesaria para la subsistencia, sólo pretende la mera distracción, un factor esencial para poder dedicarse al juego de la creación<sup>6</sup>. Pero obviamente no toda diversión puede ser arte. Para que la distracción se convierta en creación artística debe darse algún otro criterio añadido, como, por ejemplo, el dominante en alguno de los dos siguientes argumentos.

Como aquel que sitúa lo artístico de las corridas en su potencialidad para *expresar* determinadas emociones que sólo captan los entendidos. Para PÉREZ DE AYALA, por ejemplo, el toreo es una diversión que se hace artística por la complejidad de las emociones que suscita, no las simples que estriban en presenciar el riesgo real de jugar con la muerte, que todo espectador puede percibir fácilmente, sino aquellas más complejas y ricas en asociaciones y elementos estilísticos o estéticos. Y en un poco esclarecedor párrafo, AYALA define esos elementos estéticos como consistentes en «sabor, gracia, qué sé yo; un *quid divinum* que hace que las corridas de toros, además de ser repugnantes, bárbaras y estúpidas, sean bellas»<sup>7</sup>.

En un intento por ser algo más esclarecedor, por descifrar ese «qué sé yo» al que se refería AYALA, el filósofo y ensayista P. CABA mantuvo que lo que se expresa en la lidia,

---

del derecho de libre creación artística hablan, igualmente de manera indebida, del carácter limitado de todos los derechos y, concretamente, de la posibilidad constitucional de restringir dicho derecho.

<sup>6</sup> La ausencia de este aspecto lúdico en los toros es lo que parece llevar a GOYTISOLO (1969: 106) a concluir que los toros no son arte. Ya que tanto los toreros como los empresarios taurinos llegan a este mundo interesados sobre todo en progresar económicamente, no se puede decir que la distracción o el juego predomine en sus acciones. Pero esto es discutible porque, por un lado, cabe responder que los que llegan movidos por el dinero pueden acabar distrayéndose y, por tanto, creando arte; y por otro lado, podría argüirse que la distracción que supuestamente caracteriza al arte puede ser la que disfruta el espectador, no la del creador.

<sup>7</sup> PÉREZ DE AYALA, 1943: 800-802 (citado en CAMBRIA, 1974: 111-112).

y convierte a ésta en arte, es la propia personalidad creativa del torero. Tras sentenciar que sólo hay arte donde hay expresividad, define ésta, de una manera también algo confusa, como «originalidad, modo de poner una nueva criatura en el mundo, con sólo virtualidades espirituales en acción misteriosa de ímpetu creador»<sup>8</sup>.

No obstante, e independientemente de cómo se defina esa gran expresividad de las corridas, para algunos autores, como E. NOEL, el problema reside precisamente en lo fuerte de esa expresividad. Ésta transmite un sentimiento tan bárbaro que por ello, sostiene NOEL, la lidia queda invalidada como manifestación artística. Dice textualmente: «He aquí por qué las corridas no tienen descripción posible; porque son unas emociones fuera de todo arte..., que saltan desde el ruedo al corazón sin transición, ni preparación alguna... Las corridas de toros no son del dominio del arte; son una pesadilla convertida en realidad por una serie de sorpresas violentas e increíbles que pasman mientras se observan, que después de vistas parecen mentira»<sup>9</sup>. Para él, sencillamente no hay arte en la barbarie.

Pero la forma más común de defender el carácter artístico de las corridas, quizá huyendo del peligroso relativismo al que nos puede llevar una estética basada en la subjetiva expresividad, ha consistido en mostrar a éstas como una clara y crucial fuente de verdad. Son manifestaciones artísticas porque en ellas *se representa* una realidad de gran transcendencia. Para P. HETTER, por ejemplo, se trata de una tragedia al estilo griego, que muestra «la valiente lucha contra la inevitable sentencia del destino», pero que tiene la peculiaridad de glorificar en esa lucha actitudes propias de la cosmovisión hispánica sobre la relación entre el hombre y su sino. Se glorifica, por ejemplo, la creencia de los españoles «en el poder del espíritu humano para transformar los hechos materiales de la existencia, para convertirlos en una obra de arte por pura voluntad, coraje e imaginación»<sup>10</sup>.

Esta consideración de las corridas como espectáculos en los que se representa algo importante es compartida por el filósofo V. GÓMEZ PIN. Para él, la tauromaquia es arte, incluso en un sentido superior al convencional, porque reivindica los orígenes de éste, y es que en ese juego simbólico con el toro, dice, «se está recreando un acto fundamental para la condición humana. Tal acto, se halle o no dado empíricamente en los orígenes, es simplemente aquel por el cual un infante... pasa a ser cabalmente un ser humano». Se trata de un rito sacrificial en el que se representa un acontecimiento determinante que se hallaría en el origen mismo de la civilización y que consiste en negar la pura animalidad ingresando en el reino de la racionalidad. Un ingreso que se recrea perfectamente en la tauromaquia por ser ésta, dice GÓMEZ PIN, «tan rigurosa, elemental, tremenda y gratuita» como dicho ingreso<sup>11</sup>.

Todas estas afirmaciones sobre lo supuestamente recreado en las corridas son obviamente muy controvertidas. No obstante, creo que su discusión resultaría estéril mientras los defensores del valor estético de los toros no rebatan una muy convincente negación de la premisa mayor, la de que los toros son arte porque representan algo.

<sup>8</sup> CABA, 1969: 25 (citado en CAMBRIA, 1974: 318-319).

<sup>9</sup> NOEL, 1924: 42 (citado en CAMBRIA, 1974: 192).

<sup>10</sup> HETTER, 1954: 476, 478.

<sup>11</sup> GÓMEZ PIN, 2002: 116 y 222-223. Sobre el simbolismo o significado profundo y trágico de la corrida, *vid.* también PÉREZ DE AYALA, 1943: 1273, 1277; ORTEGA Y GASSET, 1960: 74-75, 181, y MADARIAGA, 1954: 122.

La crítica no sería nueva. Ya la apuntaba A. MACHADO cuando, poniendo sus opiniones en las enseñanzas de su personaje Juan de Mairena a sus alumnos, éste decía: «Vosotros sabéis mi poca afición a las corridas de toros. Y os confieso que nunca me han divertido. En realidad, no pueden divertirme, y yo sospecho que no divierten a nadie, porque constituyen un espectáculo demasiado serio para la diversión. No son un juego, un simulacro...; tampoco un ejercicio utilitario...; menos un arte, puesto que nada hay en ellas de ficticio o de imaginado»<sup>12</sup>. Una idea en la que insistió J. MOSTERÍN, quien criticando al Tribunal que promulgó la sentencia que ha dado pie a este trabajo, le acusó, entre otras cosas, de no comprender lo que es el arte cuando mantuvo que con la prohibición de la Generalitat se había atentado contra la libertad artística. Dijo MOSTERÍN: «Al final de la ópera *Carmen*, Escamillo torea y don José apuñala a Carmen. Naturalmente la muerte del toro y de Carmen son dos ficciones. El arte es ficción y la ópera es arte. Matar al toro en un escenario no es arte, como tampoco lo sería matar a la actriz que interpreta el papel de Carmen. Sólo un artista mediocre y sin imaginación puede confundir la representación ficticia o artística del dolor y la muerte con la cosa misma»<sup>13</sup>.

En definitiva, ninguno de los argumentos anteriores constituye por sí solo, o en conjunción con los otros, una prueba convincente de que las corridas sean manifestaciones artísticas. Es más, se les podría criticar también en el sentido de que, en el caso de que superasen las objeciones presentadas, la dificultad residiría entonces en que si esos criterios (carácter lúdico, expresivo y representativo) fueran los decisivos para catalogar algo como obra de arte, serían muchas las actividades que cabrían en dicha categoría. ¿No podrían encontrarse razones para mantener que en un partido de fútbol o en un combate de gladiadores, por ejemplo, se lleva a cabo una actividad de distracción en la que se expresan complejos sentimientos que sólo los entendidos apreciarían y en la que se recrean simbólicamente ciertas características esenciales a la naturaleza humana? Quizá, en el fondo, la dificultad de defender que las corridas son arte provenga de la dificultad de los estéticos para definir de manera unívoca este concepto. Una dificultad teórica que ha hecho extenderse entre ellos una teoría institucional del arte que gira en torno a la idea de que la única característica común a todas las obras de arte es justamente el hecho de que han sido reconocidas como tales por ciertas instituciones. Si eso es así, ciertamente todo puede ser arte, incluido los toros, pero sin olvidar que esto sólo se conseguiría a costa de vaciar de todo contenido el término «arte».

### 3. LA CRUELDAD CON LOS ANIMALES Y LOS LÍMITES DE LA CREACIÓN ARTÍSTICA

No hay por tanto argumentos contundentes para apoyar (ni para negar) que el toro sea un arte. Pero supongamos, por conveniencia discursiva, que las corridas son exhibiciones artísticas. Esto me permitiría retomar la cuestión que dejaba pendiente más arriba de si el maltrato a los animales puede constituir una válida restricción a la libertad creativa.

<sup>12</sup> MACHADO, 1962: 1126 (citado en CAMBRIA, 1974: 85).

<sup>13</sup> En el Prólogo a DE LORA, 2003: 13.

El derecho a la producción y creación artística, que en el caso de las obras teatrales y operísticas presupone también la libertad de exhibirlas públicamente, es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos<sup>14</sup>. Ambos derechos, tanto el particular de la libertad artística como el más genérico de la libre expresión, están reconocidos por el art. 20 de nuestra Constitución. Pero eso no quiere decir que dichos derechos sean ilimitados. El mismo art. 20 de la Constitución afirma, en su apartado cuarto, que estos derechos, en los que se integra la libertad de representar obras teatrales y operísticas, tiene su límite en el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en el título I de la Constitución, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia<sup>15</sup>. Eso significa que, en el caso más claro, la prohibición de un espectáculo artístico que conllevara la tortura o la muerte de sus protagonistas o de algunos de los integrantes del público no constituiría obviamente un ejemplo de censura, aun cuando tal tortura o muerte fueran un elemento esencial para la comprensión y disfrute de la obra. La prohibición de representación sería legítima en virtud de que los derechos fundamentales a vivir y a no ser torturado, recogidos en el art. 15 de la Constitución, restringen de manera rotunda la libertad creativa. Debemos ahora preguntarnos si esa misma limitación se aplicaría también cuando los torturados o matados en público fueran animales en vez de humanos. O dicho de otra forma, ¿se ajustaría a la Norma Fundamental la ley catalana que prohíbe el maltrato animal en espectáculos?

Evidentemente, eso es algo que no podemos determinar desde una lectura literal de la Constitución. En ella no hallaremos una inmediata restricción de los espectáculos con maltrato animal porque los derechos fundamentales que, como hemos visto, limitan la libertad creativa no admiten actualmente una titularidad no humana. Pero existen otras formas indirectas de determinar la constitucionalidad de la ley catalana. Por ejemplo, encontrando su encaje con otras partes importantes del ordenamiento jurídico que, en cuanto tales, deben ser conformes a la Constitución. En ese sentido puede defenderse la legitimidad de la ley catalana aduciendo que el maltrato que se prohíbe en ella está tipificado como falta en el art. 632.2 del Código Penal vigente<sup>16</sup>. Éste dice textualmente: «los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el art. 337<sup>17</sup> serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días».

<sup>14</sup> Tal y como lo ha dejado claro el Tribunal Constitucional en la Sentencia 153/1985, de 7 de noviembre (RTC 1985: 153).

<sup>15</sup> De modo similar, el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (RCL 1979, 2421) consagra el derecho de toda persona a la libertad de expresión cuyo ejercicio, se dice, entraña deberes y responsabilidades, y puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para, entre otros intereses, preservar la defensa del orden y la persecución del delito, la protección de la salud o de la moral.

<sup>16</sup> Esta falta estaba ya recogida en el Código Penal de 1995, pero no en los anteriores, con la excepción del de 1928, que incluía en su art. 810.3 una falta por la que se castigaba a «... los que públicamente maltrataren a los animales domésticos o los obliguen a una fatiga excesiva» con una pena de multa de 50 a 500 pesetas (citado en SALÀS DARROCHA, 2004).

<sup>17</sup> El art. 337 dice literalmente: «Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán

Es cierto que los detalles de la acción tipificada por dicho artículo no están claros y que la ambigua redacción de éste permite al respecto dos interpretaciones distintas:

1. Que se penaliza el maltrato cruel a los animales domésticos en todo caso y el maltrato cruel a cualesquiera otros animales en espectáculos no autorizados legalmente.
2. Que se penaliza el maltrato cruel a los animales domésticos y a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente.

No obstante, parece actualmente generalizado el acuerdo entre los penalistas de adoptar la primera interpretación. Aducen para ello que el mencionado artículo sólo adquiere sentido si se acepta que la conjunción disyuntiva fue introducida para denotar diferencia, separación o alternativa entre dos supuestos; que si el legislador no hubiera querido tipificar los malos tratos a los animales domésticos fuera de los espectáculos no autorizados, le habría bastado con no distinguir entre animales domésticos y los que no lo son, de modo que así en la ley se condenara el maltrato cruel en dichos espectáculos de todo tipo de animal<sup>18</sup>.

De todas formas, sea cual sea la interpretación válida de este art. 632.2, es innegable que según nuestro ordenamiento jurídico la libertad para la creación artística no es ilimitada y que es legítimo prohibir las manifestaciones de dicha libertad que, no habiendo sido autorizadas por la Administración competente —en este caso, las Comunidades Autónomas— conlleven crueldad con los animales, sean domésticos o no. Es por ello que casi todas las leyes autonómicas sobre protección de animales incluyen la prohibición de tales manifestaciones. Una prohibición que, como hemos visto, recibe su justificación última no en virtud del hecho de que en estas manifestaciones artísticas se vulneren aquellos derechos *humanos* fundamentales que según la Constitución podían legítimamente limitar la creación y producción artística, sino más bien

---

castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales». La introducción de este artículo (en el capítulo IV del título XVI del Libro II, llamado *De los delitos relativos a la flora, fauna y animales domésticos*) y la modificación del 632 son resultado de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (entrando en vigor el texto reformado el 1 de octubre de 2004). Con ello se refuerza la protección de los animales frente al maltrato, convirtiendo a éste, cuando se lleve a cabo con animales domésticos, en un delito si la conducta es grave, y manteniéndose la falta únicamente para los supuestos leves que no tuviesen las consecuencias previstas para el delito. Asimismo, se introduce como falta el abandono de animales.

<sup>18</sup> Esta interpretación no ha sido siempre la dominante. Antes de la reforma del Código Penal, en 2003, los tribunales se inclinaban por la segunda interpretación. Claros ejemplos de ello son las Sentencias ARP 1998/5198 y ARP 2000/615, de las audiencias provinciales de Cantabria y Tenerife, respectivamente. En el ámbito de los penalistas, el mejor representante de la adopción de esta segunda interpretación es VALLDE-CABRES ORTIZ (en VIVES ANTÓN, 1996: 2182). Sin embargo, tal y como apunta SALÁS DARROCHA, 2004, la primera interpretación cobra más fuerza que la segunda después de la citada reforma, pues a partir de entonces si siguiéramos la segunda nos encontraríamos con la contradicción de tipificar al mismo tiempo como delito y como acto no punible el maltrato de animales domésticos. Ya que adoptando esa segunda interpretación del art. 632.2, el maltrato de animales domésticos, por un lado, no sería punible al realizarlo en espectáculos autorizados, y por otro, llegaría incluso a ser delito, en virtud de la tipificación que como tal se establece en el art. 337, introducido en la reforma, del maltrato (con ensañamiento y resultado lesivo) de cualquier animal doméstico. Por la primera interpretación también optan, antes de la introducción del art. 337, y sólo por las razones gramaticales señaladas, ROBLES PLANAS, 1996: 705, e HIGUERA GUIMERA, 1994: 64. En la jurisprudencia, tal forma de entender el art. 632 aparece, por ejemplo, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 9 de diciembre de 2000 (ARP 656/2000) y de la Audiencia Provincial de Segovia de 15 de septiembre de 1998 (ARP 1998/3755).

porque dichos espectáculos aparecen tipificados como falta en un Código Penal que es conforme a la Constitución.

Ahora bien, ¿cómo se puede asegurar que tal tipificación es constitucional? ¿Cómo puede justificar el legislador dentro del marco constitucional que el espectáculo cruel con animales es una falta punible? Lamentablemente, en este caso, como en muchos otros, el legislador no ha sido explícito, y han sido los penalistas quienes, por medio de técnicas hermenéuticas, se han dedicado a buscar las posibles razones últimas de la tipificación.

Y en esa búsqueda lo primero que han dejado claro es que si se protege a los animales no se hace porque se considere que éstos tienen derecho a no sufrir, pues éste es un derecho que, según la Constitución, gozan exclusivamente los humanos. Por tanto, si el legislador penaliza el maltrato de los animales, sólo puede hacerlo porque tal conducta perjudique de cierta forma a los seres humanos. Y resulta que esta consideración antropocéntrica de nuestra relación con los animales se hace especialmente evidente en el caso que nos ocupa, el de la tipificación como falta del maltrato de animales en espectáculos no autorizados. Pues esta falta, junto con otras tan dispares como la suelta de animales feroces o dañinos, la expedición de moneda falsa o el abandono de jeringuillas, adquieren su sentido en el título III del Libro III del Código Penal como diferentes instrumentos al servicio de la protección del bien jurídico de los intereses generales (de los seres humanos).

Hay que preguntarse ahora en qué consiste realmente este bien jurídico para cuya protección se requiere tal cajón de sastre de conductas punibles. ROBLES PLANAS llega a la conclusión de que «habida cuenta de la evolución que ha sufrido el Título en cuestión y de la ubicación sistemática de las faltas que a él se refieren, cabe entender por intereses generales solamente aquellos valores latentes en la sociedad, no individualizables *in se* pero con repercusiones indirectas sobre los individuos, y que requieren protección porque sus ataques suponen un desequilibrio en el proceso de comunicación e interacción del sistema social»<sup>19</sup>.

¿Y cuál es ese valor socialmente tan importante que se pondría en peligro en el caso concreto de no penalizar la exhibición pública de la crueldad con los animales? Para ROBLES PLANAS, se trataría del «sentimiento de compasión que tiene la sociedad respecto de los animales». Y añade que con la falta que nos ocupa se estaría tutelando «la benevolencia del trato, en aras de la evitación del sufrimiento y de la crueldad, los cuales generan en la sociedad un sentimiento de reproche cuando son innecesarios. Sólo así se puede entender que no se hayan tipificado especialmente las conductas en las que, no existiendo malos tratos, se produzca un resultado de lesiones o muerte en los animales. Y ello porque, en realidad, lo que se quiere proteger no es el animal sino a la sociedad, en tanto que ésta rechaza la crueldad y la violencia innecesarias para con los animales y tiene un interés general en evitarla en la medida en que genera un sentimiento de compasión»<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> ROBLES PLANAS, 1996: 687.

<sup>20</sup> ROBLES PLANAS, 1996: 703-704. En la misma dirección apuntan RODRÍGUEZ DEVESA (1995: 398) y ROCA AGAPITO (2000). Para este último, cuando se dice que los animales nunca pueden ser sujetos pasivos del delito, la razón de tipificar el maltrato cruel de los animales tiene que ser necesariamente la «lesión de los sentimientos de quienes presencian tales hechos o tienen noticias de ellos» (401). Discrepante es la postura,

Debe indicarse también que, aunque la introducción del art. 337 en la reforma del Código Penal de 2003, en el que se tipifica como delito el maltrato cruel de animales domésticos en cualquier circunstancia, podría verse como un cierto alejamiento del señalado antropocentrismo, en realidad no es así. Su ubicación en la sección de los delitos contra el medio ambiente ha hecho creer a algunos que comienza a haber un interés en el legislador por proteger, por sí mismos, el bienestar y la integridad de los animales, por entrever ciertos derechos propios de los animales. Pero la creencia resulta infundada si nos percatamos de que en la reforma el mencionado delito se incluyó en un capítulo, el IV, que engloba penas pensadas para proteger la biodiversidad o la pluralidad de especies, bienes que no dejan en ningún momento de ser concebidos como valiosos *patrimonios de los seres humanos*.

De todas formas, entiendo que, a pesar de la señalada ubicación, tras la reforma, del delito de maltrato de animales domésticos, su justificación antropocéntrica se basa más en el sentimiento de compasión que en la protección de los bienes patrimoniales. Ya que si la intención del legislador hubiera sido meramente la conservación de especies (de animales domésticos) no hubiera tenido ninguna necesidad de reservar el castigo para las acciones que consistan en maltrato «con ensañamiento e injustificadamente». El legislador hubiera conseguido mejor su objetivo penalizando exclusivamente aquello que conlleva a la desaparición de las especies, no el sufrimiento de sus miembros. En ese sentido, me inclino más a compartir la opinión expuesta por QUINTERO OLIVARES y otros (2005) según la cual, partiendo de la base de que los animales no tienen derechos, se puede afirmar que lo que se tutela en el art. 337 es una relación con las especies animales domésticas que no resulte ofensiva para los sentimientos de respeto y protección que la comunidad entiende que deben presidir nuestros vínculos con el mundo animal.

#### 4. LA EXCEPCIÓN TAURINA

De lo anterior se deduce que las leyes actuales sobre protección animal siguen basándose en una antigua creencia: la de que no debemos ser crueles con los animales porque, sencillamente, con ello nos hacemos daño a nosotros, los seres humanos. Ha habido, eso sí, cierta evolución en la determinación de cuál puede ser el tipo de perjuicio que nos provoquemos al maltratar a los animales. Así, ya no se piensa, como mantuvieron AQUINO o KANT<sup>21</sup>, que lo grave de ese maltrato provenga de que con él los humanos acaban siendo más crueles con sus congéneres. Más bien se cree que el problema está en que con tal conducta ofendemos la sensibilidad de muchos humanos que se identifican con el sufrimiento animal o que simplemente lo proyectan en otros humanos. Y es esta sensibilidad contra la crueldad la que se considera en nuestras leyes un bien jurídico esencial para la paz social, que, como tal, debe ser protegido. Esto permite mantener que por la salvaguarda de ese bien tan decisivo, resulta legítimo limitar la creación artística impidiendo su plasmación en crueles espectáculos.

---

defendida con argumentos insuficientes e incomprensibles, de HIGUERA GUIMERÁ (1998), según la cual el bien que se pretende proteger con esta normativa es aquel conjunto de obligaciones de carácter bioético que sostiene el hombre para con los animales, conjunto de obligaciones o deberes en el sentido de tratar a los mismos con benevolencia y no maltratarlos ni física ni psíquicamente, y menos aún matarlos o exterminarlos con crueldad e injustificadamente.

<sup>21</sup> T. DE AQUINO, 1570: 463; y KANT, 1775-1781: 287.

Pero aquí es necesario introducir una matización que confiere cierta incongruencia a la argumentación del legislador. Me refiero a la diferenciación jurídica que nuestro Código Penal, y más concretamente el art. 362, hace entre animales domésticos y los que no lo son<sup>22</sup>. Como vimos antes, y según la interpretación más extendida, en dicho artículo se tipifica como falta *todo* espectáculo de crueldad con animales domésticos (siempre que no conlleve maltrato con ensañamiento e injustificadamente causándole la muerte o provocándole lesiones que produzcan un grave menoscabo físico, lo que ya sería considerado delito y estaría penado, por el art. 337, incluso con la cárcel), pero si los animales maltratados no son domésticos entonces el espectáculo sólo estaría prohibido si carece de autorización administrativa. Cabría preguntarse hasta qué punto que el animal sea o no doméstico es algo tan importante como para atenuar esa regla general de que por el interés general de la paz social no se debe exhibir públicamente el maltrato cruel<sup>23</sup>. La ausencia de una justificación por parte del legislador para realizar esta diferenciación y el hecho de que los espectáculos con animales salvajes que suele autorizarse por la Administración suelen ser, como veremos más adelante, los taurinos hace pensar que lo que se pretendía desde un principio era garantizar especialmente la permisividad de este tipo de espectáculos. Y una permisividad que parece pretenderse además de una forma encubierta, disfrazando el propósito fundamental de proteger la lidia con el recurso a una complicada e inexplicable diferenciación de animales en categorías tan amplias y vagas como la de domésticos y no domésticos<sup>24</sup>.

Pasemos por alto, sin embargo, este extraño encubrimiento de la pretensión del legislador de excluir las corridas de la prohibición general de espectáculos crueles y preguntémos por las posibles razones que el legislador podría aducir, pues nunca las hace explícitas, a favor de esa pretendida exclusión. Es decir, ¿cómo podríamos defender de forma admisible que aun cuando la producción de un espectáculo que conlleva sufrimiento animal deba prohibirse por razones de interés general, sin embargo, cuando el animal que sufra sea el toro de lidia, entonces debemos permitirlo?

F. SAVATER ha intentado justificar esta excepcionalidad de las corridas relativizando la gravedad del sufrimiento. Para él, «se puede criticar la crueldad de los toros, que es evidente, pero no tenemos que olvidar que todo es cruel. En cualquier aspecto de nuestra vida aparece el sufrimiento. Si no, que se lo pregunten a los atletas que se pri-

<sup>22</sup> Sobre la injustificable diferencia en el grado de protección de los animales domésticos y de los que no lo son, partiendo como se hace del bien jurídico de la compasión, *vid.* ROBLES PLANAS, 1996: 706.

<sup>23</sup> SEGRELLES DE ARENAZA (2000: 1163) ha criticado de esta forma la arbitrariedad de condenar el maltrato cruel sólo en los espectáculos autorizados: «Tampoco me parece correcto (además de que el único maltrato que se castigue sea el cruel) castigar el maltrato sólo en espectáculos no autorizados porque, *a contrario*, significa que en los autorizados está permitido el maltrato cruel. Las consecuencias de esta regulación ya se ha plasmado en la jurisprudencia menor. Así, la SAP de Segovia de 15 de septiembre de 1998 (ar. 3755) absuelve a una persona que maltrató a un caballo hasta la muerte, puesto que éste no se puede considerar animal doméstico, ni el maltrato se realizó en un espectáculo público. Es lamentable, por decirlo con un término suave, que se pueda maltratar a un caballo, sin respuesta penal alguna. Si lo que se desea es evitar que la “fiesta nacional” pueda subsumirse en el tipo penal se ha de buscar otra forma de tipificar el maltrato de los animales».

<sup>24</sup> ROBLES PLANAS (1996, 705-706) ha insistido en la ambigüedad del término «animales domésticos», que, aunque abarque claramente a los animales de compañía y excluya a los fieros y salvajes, resulta indefinido respecto a los amansados o domesticados. Debido a esta falta de claridad conceptual, el Derecho administrativo, sobre todo el autonómico, ha producido en su legislación sobre protección de animales una gran diversidad de concepciones extrapenales del término. Como resumen de estas diversas concepciones, *vid.* la aportación de M.ª MARQUÉS I BANQUÉ, en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2004: 1267-1269, y REQUEJO CONDE, 2007: 3-4.

van de muchas cosas para poder batir récords o mejorar sus marcas. Incluso el amor es cruel y la enseñanza, porque a qué niño le gusta aprender a leer o a escribir si no es por obligación de sus padres»<sup>25</sup>. El argumento, que desentona con la fineza argumentativa a que SAVATER nos tiene acostumbrados, resulta sin embargo claramente inadmisibile. Pues si lo que quiere defender es que todos los sufrimientos son idénticos en el sentido de que poseen la misma relevancia moral, es innegable que, en tal caso, al igual que no censuramos el sufrimiento de atletas o escolares, tampoco deberíamos reprobar el infligido al toro en la plaza; pero entonces cabría añadir que en igual medida careceríamos de legitimidad para criticar el provocado a los inocentes por despiadados torturadores o por injustas guerras. Una consecuencia ésta verdaderamente indeseable con la que SAVATER parece no haber contado a pesar de su obviedad.

Lo que necesitamos por tanto en este tema no es tanto una relativización del sufrimiento como una explicación de por qué a veces hemos de poner en suspenso ese criterio moral, universal, de procurar evitar el sufrimiento innecesario. Es decir, ¿qué otro principio estaría en juego en la defensa de los toros que fuera de tanta relevancia como para anteposeerse a dicho criterio? Para ORTEGA Y GASSET se trataría de un principio derivado del reconocimiento de una especie de estética deslumbrante que nos acercaría a lo trascendental. Dice que aunque el derramamiento de sangre suele producirnos terror y asco porque supone sacar de su intimidad esa sangre que simboliza el verdadero «dentro» o intimidad de la vida, ese terror y asco no se da cuando se produce con gran efecto estético, «cuando brota en el morrillo de toro bien picado y se derrama a ambos lados. Bajo el sol, el carmesí del líquido brillante cobra una refulgencia que no lo transustancia en joyel»<sup>26</sup>. Y por ello, sacrificar con esa estética al toro es, añade ORTEGA, algo así como un honor para éste<sup>27</sup>.

Pero el camino que ORTEGA abre con este intento de limitar la ética desde la estética resulta, cuanto menos, peligroso. Quizá sin advertirlo, el propio ORTEGA da las claves para percatarnos de adónde puede llevarnos su razonamiento. Así, queriendo resaltar el efecto embriagador que la sangre produce en el público y que es parte de esa sublime experiencia estética que se da en la lidia, dice textualmente: «los romanos iban al circo como a la taberna, y lo mismo hace el público de las corridas de toros: la sangre de los gladiadores, de las fieras, del toro, opera como droga estupefaciente... La sangre tiene un poder orgiástico sin par»<sup>28</sup>. Por tanto, si el efecto impactante del derramamiento de la sangre que ponía en suspenso la condena ética del sufrimiento del toro, que nos permitía, en palabras de ORTEGA, tomarnos unas «vacaciones de

<sup>25</sup> Entrevista a F. SAVATER en *El Mundo*, de Euskadi, 2 de agosto de 1991. El mismo argumento se repite en su artículo «Las cornadas de Europa», aparecido en el diario *El País* con fecha de 22 de diciembre de 1991: 13.

<sup>26</sup> ORTEGA Y GASSET, 1943: 465n.

<sup>27</sup> Así dice en ORTEGA Y GASSET, 1960: 74-75 (cit. en CAMBRIA, 1974: 136), hablando de la caza pero con clara referencia a los toros: «No está dicho siquiera que el mayor y más moral homenaje que podemos tributar en ciertas ocasiones a ciertos animales no sea matarlos con ciertas medidas y ritos». V. GÓMEZ PIN, sin embargo, no se contenta con justificar el sufrimiento del toro como una especie de excepción ética, sino que defiende que se trata de una exigencia moral ineludible. Las corridas son como un rito en el que con el sacrificio del animal el ser humano reconoce en principio su animalidad para inmediatamente admitir también nuestra peculiaridad racional. Parece que viene a mantener que no hay otra forma de conseguir esa concienciación; que hemos de provocar todo ese sufrimiento al toro para que así nos demos cuenta de que somos animales racionales. *Vid.* GÓMEZ PIN, 2002: 42-43, 58-59, 97, 149, 166, 218, 219-221 y 223.

<sup>28</sup> ORTEGA Y GASSET, 1943: 465.

humanidad», resulta ahora que no lo produce exclusivamente la sangre animal, ¿por qué no tomarnos también dichas vacaciones ante la lucha de gladiadores o algún otro espectáculo que conllevara la tortura de seres humanos?

De todas formas, parece que este argumento orteguiano tampoco es el que ofrecería la mayoría de los españoles, incluidos los legisladores, si tuvieran que defender las corridas. El argumento más común al respecto es el que podemos encontrar, no sin cierta dificultad, en las leyes autonómicas que autorizan dichos espectáculos al amparo de lo estipulado en los mencionados artículos del Código Penal. Según estas leyes, se permiten los espectáculos taurinos sólo por su carácter tradicional. Se les concede valor por el hecho de formar parte del patrimonio cultural español; porque constituyen un rasgo constitutivo de la historia y de la identidad de nuestro país.

Esta general disposición a autorizar los festejos taurinos en virtud de su raigambre se da tanto en las legislaciones más protectoras como en aquellas otras que los permiten sin favorecerlos. Como ejemplo de las primeras destaca la Ley 3/1992, de 18 de marzo, de protección de animales y plantas de la Comunidad Autónoma de Cantabria, que justifica, en su art. 6, la excepcionalidad de los espectáculos taurinos porque éstos, «como conjunto de actividades artísticas y culturales, son exponentes de nuestro acervo histórico», y exige de la Diputación Regional de Cantabria que vele «por su pureza, realizando las oportunas inspecciones anteriores y posteriores al espectáculo, en garantía de que el animal no se encuentre limitado en su poder y defensas, como principio valedor de la equidad en la lucha que la fiesta requiere». Con una pretensión similar, la Ley 1/1993, de 13 de abril, de la Comunidad Autónoma de Galicia, de protección de animales domésticos y salvajes en cautividad, establece en su preámbulo que «excepcionalmente, permite esta ley la celebración de los espectáculos tradicionales en los que intervengan animales siempre que se vengán celebrando consuetudinariamente, basándose en la necesidad e interés de pervivencia del patrimonio histórico-cultural de las costumbres de los distintos lugares de Galicia»<sup>29</sup>.

Por otro lado están las leyes que aun reconociendo la conveniencia de evitar la expansión de este tipo de espectáculos, los autorizan. Y lo hacen apelando también al criterio de la tradición. Un ejemplo es la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, a la que se refería la sentencia comentada al principio de este trabajo. Dicha ley prohíbe en su art. 4 «el uso de animales en espectáculos, peleas y otras actividades si ello puede ocasionarles sufrimiento o pueden ser objetos de burlas o tratamientos antinaturales, o bien si puede herir la sensibilidad de las personas que los contemplan»; en particular, «la lucha de perros, la lucha de gallos de pelea, el tiro al pichón y demás prácticas asimilables». No obstante, quedan fuera de la prohibición, además de las autorizadas competiciones de tiro al pichón, la fiesta con novillos sin muerte del animal (*corre-bous*) «en las fechas y localidades en las que tradicionalmente se celebren», y la fiesta de los toros «en aquellas localidades en donde, en el momento de entrar en vigor la presente ley, existan plazas construidas para celebrar dicha fiesta».

<sup>29</sup> Igualmente poco restrictivas en la excepción taurina pero sin apelaciones claras a la justificación tradicionalista son la Ley Foral 7/1994, de 31 de mayo, de la Comunidad Foral de Navarra (art. 4); la Ley 5/1995, de 22 de marzo, de la Comunidad Autónoma de La Rioja (art. 6); la Ley 6/1993, de 29 de octubre, de la Comunidad Autónoma del País Vasco (arts. 3, 4 y 22), y la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Andalucía (arts. 2 y 4).

En el art. 4 de la Ley 1/1992, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, se reproduce el mismo esquema de la ley catalana permitiendo las corridas sólo en las plazas fijas existentes al entrar en vigor la ley y exigiendo una cierta antigüedad a los demás espectáculos festivos con uso de animales<sup>30</sup>, incluidos los encierros, que deben haberse «celebrado en forma ininterrumpida durante cien años, y siempre que no supongan tortura, lesiones o muerte del animal». Y añade: «en ningún caso, las fiestas en que los animales puedan ser objeto de malos tratos gozarán de ningún tipo de apoyo o subvención de instituciones públicas de las Baleares»<sup>31</sup>.

Merece la pena añadir, por último, una inesperada consecuencia para el legislador estatal suponiendo que fuera cierta la pretensión que más arriba le atribuíamos de desarrollar leyes con las que disimuladamente garantizaría la permisividad de los toros. Esa forma no manifiesta de hacerlo, recurriendo por un lado a diferenciar espectáculos según se usen o no animales domésticos, y por otro, no especificando el tipo de espectáculos con animales no domésticos que pueden ser autorizados, ha concedido tanta discrecionalidad a las administraciones autonómicas que en una de ellas, la canaria, se permiten las peleas de gallos (prohibidas en el resto de España) y, lo que es más interesante para nosotros, no se autorizan las corridas de toros. Aun así, lo destacable aquí es que el criterio para permitir las primeras y prohibir las segundas sigue siendo el de la tradición, y con él, la diferenciación entre las que son y han sido habituales en Canarias, las peleas de gallos, y las que nunca han despertado gran afición en dicha Comunidad, como es el caso de las corridas de toros.

## 5. TRADICIÓN *VERSUS* RAZÓN

Si por tanto es el criterio de la tradición o el patrimonio cultural el que suele servir para excluir la lidia (y otros espectáculos) de la prohibición de exhibir públicamente el maltrato de animales<sup>32</sup>, debemos preguntarnos si se trata de un criterio convincente. ¿Es de tanta relevancia ética el criterio de la tradición como para que se anteponga a

<sup>30</sup> Con un carácter algo más permisivo, la Ley 1/1990, de 1 de febrero, de la Comunidad de Madrid, en su art. 4, atenúa la exigencia de que los espectáculos taurinos se celebren en los lugares habituales permitiendo al mismo tiempo que se extiendan a otras localidades si reciben la autorización previa de las autoridades competentes.

<sup>31</sup> Actitud similar es la que ha adoptado el legislador canario respecto a las peleas de gallos. En el Preámbulo de la Ley 38/1991, de 30 de abril, de la Comunidad Autónoma de Canarias, se reconoce lo especialmente indeseable de que se haga negocio lucrativo con espectáculos que, como las peleas de gallos, se basan fundamentalmente en el maltrato de animales, y que el hecho de que sean actividades tradicionales no atenúa lo impropio de estas actividades en una sociedad moderna y evolucionada. Por ello, se dice, esta Ley propicia su desaparición no autorizando nuevas instalaciones ni permitiendo ayudas desde la Administración (art. 5).

<sup>32</sup> Éste es también el criterio con el que algunos eurodiputados españoles han conseguido introducir en la legislación comunitaria sobre protección de animales una cláusula de excepción para salvaguardar las costumbres tradicionales y más concretamente, las corridas de toros. Es lo que pasó, por ejemplo, cuando con la negociación del Tratado de Amsterdam, firmado en 1997, se conseguía sustituir la declaración núm. 24 del Tratado de la Unión Europea con la intención de «garantizar una mayor protección y un mayor respeto del bienestar de los animales como seres sensibles». A tal fin se acaba pidiendo a los Estados miembros que, a la hora de aplicar las políticas comunitarias, tengan plenamente en cuenta las exigencias en el bienestar de los animales, pero «respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional». En similares términos quedaba redactado el art. III-121 de la Constitución europea, finalmente no refrendada en todos los países: «La Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles, al tiempo que respetarán las disposiciones legales o administrativas y los usos

esos bienes jurídicos, los intereses generales, que se pretenden defender al limitar la libertad artística con la mencionada prohibición?

Es cierto que al igual que los legisladores, algunos ensayistas han defendido las corridas apelando a su antiguo origen y a su constante presencia en las costumbres españolas, de modo que constituyen un valioso patrimonio y seña de identidad para los españoles. Para ORTEGA Y GASSET, por ejemplo, no puede escribirse la historia de España sin entender la realidad taurina<sup>33</sup>. Y TIERNO GALVÁN lo explicaba aduciendo que los toros testimonian y expresan la unidad de los distintos pueblos de España de la misma manera que la ópera exhibe la psicología profunda de la nación italiana<sup>34</sup>. Para F. VILLALÓN, «puede decirse, sin temor a caer en la hipérbole, que el taurinismo llega a constituir una característica fuertemente burilada en el temperamento español»<sup>35</sup>. Incluso PÉREZ DE AYALA, partidario de prohibir las corridas por su nocividad social, llega a reconocer su tremenda utilidad para conocer la auténtica forma de ser de los españoles. Mantiene que «son una cosa tan nuestra, tan obligada por la naturaleza y la historia como el habla que hablamos. Nacieron con España y es de barruntar que no concluyan sino cuando ella concluya»<sup>36</sup>.

Lo primero que puede destacarse de este tipo de afirmaciones es su carácter obviamente exagerado. Las corridas no pueden ser tan definitorias de la idiosincrasia española porque, contrariamente a lo que mantienen esos ensayistas, aparecen en la historia de España muy recientemente. Aunque no falta quien sitúa su origen en los tiempos míticos<sup>37</sup>, las corridas, tal y como las conocemos actualmente, no aparecen hasta el siglo XVIII<sup>38</sup>.

De todas formas, creo que el principal error en aquellos que pretenden justificar la excepción legal de las corridas en virtud de su carácter tradicional no está en que sobreestimen el valor patrimonial o idiosincrásico de éstas; está en el propio hecho de utilizar el criterio de la tradición para justificar la excepción. Pues se trata de un criterio que por sí solo no puede fundar un juicio moral. No es una razón válida para prescribir cierto comportamiento el mero hecho de que éste responda a una costumbre. Si conservamos las tradiciones es porque entendemos que transmiten valores positivos o, al menos, no transmiten ninguno negativo. Sería irracional que en el momento del declive de la Santa Inquisición, o incluso actualmente, una vez conocidos sobradamente sus inutilidades y excesos, alguien defendiese la persistencia, o el reestablecimiento, de dicha institución simplemente porque constituye algo propio de la historia de nuestro país.

En definitiva, desde la más simple lógica de la argumentación ética, uno puede, para mantener cierta práctica, aducir razones que nos convenzan de su conveniencia, y se puede discutir si dichas razones son correctas; pero lo que no es aceptable, porque

---

de los Estados miembros, en particular por lo que respecta a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales».

<sup>33</sup> ORTEGA Y GASSET, 1958: 155 (citado en DE LORA, 2003: 291).

<sup>34</sup> TIERNO GALVÁN, 1987: 48-49 (citado en DE LORA, 2003: 291).

<sup>35</sup> VILLALÓN, 1986: 16 (citado en DE LORA, 2003: 291).

<sup>36</sup> PÉREZ DE AYALA, 1925: 180 y 186 (citado en DE LORA, 2003: 291).

<sup>37</sup> En VILLALÓN, 1986: 22, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1999, 122 (citados en DE LORA, 2003: 286), se sostiene que Hércules ya había toreado en su décima tarea, al arrebatarle a Gerión, el monstruo que reinaba en España, sus bueyes rojos y dárselos a Euristeo.

<sup>38</sup> Según ORTEGA Y GASSET (1958: 153-155, citado en DE LORA, 2003: 289) aparecen exactamente en 1728. Antes de ese año sólo existiría un espectáculo en el que los nobles, a caballo, rejoneaban y mataban al toro. Los que a pie ayudaban a esos rejoneadores serán, con el tiempo, los actuales matadores de toros.

ni siquiera es una razón moralmente relevante, es afirmar que algo se deba hacer *sólo* porque siempre, o casi siempre, se haya hecho.

Por tanto, para examinar racionalmente la permisividad de las corridas ha de considerarse básicamente si se trata de una costumbre que merezca ser conservada. Este requisito se hace más inexorable cuando se acepta, como ha quedado reflejado en las leyes de nuestro país, que la exhibición del maltrato animal debe evitarse porque erosiona la convivencia y ofende la sensibilidad de muchos. Resulta entonces que los que quieran defender la lidia desde un punto de vista racional se han de enfrentar, antes que nada, al reto de demostrar que los valores transmitidos por esta práctica son positivos; que en el caso de que en ellas se mostrara la idiosincracia española, ésta fuera tan aceptable, y las corridas tan insustituibles en su promoción, que se hiciera evidente la conveniencia de aceptarlas como una excepción a la regla general de prohibir crueles espectáculos.

Pero los defensores de las corridas no suelen afrontar esta exigencia básica para mantener su posición. Y eso, el mostrar lo valioso de tales espectáculos, constituye una tarea ineludible para ellos, sobre todo cuando sí han aparecido en escena autores empeñados en señalar sus aspectos negativos. Desde la aceptación de que los toros tienen un significado muy hondo, que afecta directamente a la configuración sociológica, psicológica y moral del pueblo español, el ensayista de finales del XIX y principios del XX, E. NOEL, los criticó porque en tal espectáculo se manifiestan, más que las virtudes, todos los vicios de dicho pueblo. En los toros se plasma y promueve una forma de ver la vida que subterráneamente ha conseguido unificar las dispares regiones españolas en unas costumbres que han impedido el progreso de nuestro país y la asimilación por parte de sus ciudadanos de los grandes ideales de la Modernidad. Esa cosmovisión, causa de los males de España, es llamada por NOEL «flamenquismo» y se encarna de manera ejemplar en nuestro símbolo nacional, el torero<sup>39</sup>. Así dice: «de las plazas de toros salen estos rasgos de la estirpe: la mayor parte de los crímenes de la navaja; el chulo; el hombre que pone la prestancia personal sobre toda otra moral; la grosería; la ineducación...; el odio a la ley; el bandolerismo; esa definición extraña del valor que se concreta en la palabra riñones y que ha sido y será el causante de todas nuestras desdichas...; el “apachismo” político; todos, absolutamente todos los aspectos del caciquismo y del compadrazgo»<sup>40</sup>.

Podrían no compartirse las acusaciones de NOEL, pero lo que resulta innegable es que, con ellas, los defensores de las corridas lo tienen aún más difícil. Además de contestarlas, han de aportar razones de la conveniencia de las corridas; razones que, no lo olvidemos, deben ser de tanto peso como para contrarrestar el asumido principio de que la existencia de espectáculos con maltrato animal atenta contra intereses sociales importantes.

Y yo creo que a los defensores de la lidia aún se les puede exigir algo más. Pues incluso suponiendo que se pudiese demostrar, como se le exige, que la sociedad se beneficiaría de alguna manera de las corridas, cabría preguntarse si dicha sociedad, de humanos, es lo único que debe importar en las decisiones morales que implican a seres no humanos. Uno podría plantearse que quizá el problema de la lidia no esté en ver si beneficia o no a los humanos, sino en el hecho de analizarla habitualmente desde una

<sup>39</sup> NOEL, 1912: 41-42 (citado en CAMBRIA, 1974: 187).

<sup>40</sup> NOEL, 1967: 161-162 (citado en CAMBRIA, 1974: 194-195).

moral incongruente que dice preocuparse por el bienestar y el respeto a los animales mientras se olvida de ellos cuando intereses humanos, muchas veces de carácter secundario, lo requieren. Estas incoherencias se hacen evidentes en la legislación que aquí estamos considerando y sólo se superarán, pienso, cuando cojamos por los cuernos al toro de nuestras relaciones con lo animales. Dichas relaciones están basadas en un insostenible especieísmo que diferencia moralmente a los seres vivos en virtud exclusivamente de su pertenencia o no a la especie *Homo sapiens*. Esto conduce a concebir a muchos animales, sólo por no ser humanos, como meras cosas, que sólo importan si son instrumentalmente valiosos para los humanos. Y todo eso a pesar de que tales seres pueden ser idénticos a los humanos en algo tan significativo como su capacidad de sufrir<sup>41</sup>. Sólo cuando se supere esta irracional discriminación moral de muchos animales se estará en condiciones de legislar adecuadamente en temas relacionados con el maltrato de animales. En España se han dado últimamente algunos pasos legislativos importantes en esta dirección. Por ejemplo, la pretensión del grupo socialista en el Parlamento español, finalmente frustrada, de incluir en la reforma del Código Penal de 2003 un título exclusivo para los derechos de los animales; o la iniciativa de ese mismo grupo, actualmente pendiente de aprobación parlamentaria, de que el Gobierno se adhiera al Proyecto Gran Simio, una organización internacional que lucha por que se les conceda a los grandes simios los derechos básicos a la vida, a la libertad y a no ser torturado. Pasos importantes en el acercamiento a ese objetivo último que debería ser el de legislar desde el reconocimiento constitucional de un derecho básico de todos los seres sintientes a no sufrir innecesariamente; un derecho esencial que, de ser asumido, nos obligaría a no someter el bienestar básico de los toros a intereses humanos como el de de la mera diversión, el disfrute de manifestaciones supuestamente artísticas o la transmisión de cuestionables valores idiosincrásicos<sup>42</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

- CABA, P., 1969: *Los toros en España*, t. III, Madrid, Orel.
- CAMBRIA, R., 1974: *Los toros: tema polémico en el ensayo español del siglo XX*, Gredos.
- DE AQUINO, T., 1570: *Suma contra los gentiles*, Porrúa, 1977.
- DE LORA, P., 2003: *Justicia para los animales*, Alianza Editorial.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1999: «Los toros bravos», en S. MUÑOZ MACHADO (ed.), Madrid, Civitas.
- GÓMEZ PIN, V., 2002: *La escuela más sobria de vida. Tauromaquia como exigencia ética*, Espasa-Calpe.
- GOYTISOLO, J., 1969: «Mr. Hemingway va a ver corridas de toros», en J. GOYTISOLO, *España y los españoles*, Lumen, 2002.
- HETTER, P., 1954: «The Aesthetics of the Fiesta de los Toros», *The Journal of Aesthetics and Art Criticism*, núm. 12.
- HIGUERA GUIMERÁ, J. F., 1994: «La protección penal de los animales en España», *Documentación Jurídica*, núm. 79.

<sup>41</sup> Estas críticas a la moral antropocéntrica las he desarrollado en otros trabajos. *Vid.*, por ejemplo, LARA, 2006 y 2007.

<sup>42</sup> Deseo agradecer a O. CAMPOS y a P. DE LORA sus útiles comentarios al borrador de este trabajo.

- 1998: «Los malos tratos crueles a los animales en el Código Penal de 1995», *Actualidad Penal*, núm. 17.
- KANT, I., 1775-1781: *Lecciones de Ética*, Crítica, 1988.
- LARA, F., 2006: «La entidad moral de los animales y nuestras obligaciones con ellos», *Signos Filosóficos*, núm. 8.
- 2007: «El valor de los animales y la utilidad de los derechos», en J. M. GARCÍA GÓMEZ-HERAS y C. VELAYOS (eds.), *Responsabilidad política y medio ambiente*, Madrid, Biblioteca Nueva.
- MACHADO, A., 1962: «Juan de Mairena», en *Obras Completas* (4.ª ed.), Madrid, Plenitud.
- MADARIAGA, S., 1954: «Spanish tradition», en *Essays With a Purpose*, London, Hollis & Carter.
- NOEL, E., 1912: *El flamenquismo y las corridas de toros*, Bilbao.
- 1924: *Raza y alma*, Guatemala.
- 1967: *Escritos antitaurinos*, Madrid, Taurus.
- ORTEGA Y GASSET, J., 1943: «Prólogo a *Veinte años de caza mayor*, del Conde de Yebes», en J. ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas*, vol. VI, 7.ª ed., Madrid, Revista de Occidente, 1973.
- 1958: *Una interpretación de la historia universal*, Madrid, Revista de Occidente-Alianza Editorial, 1979.
- 1960: *La caza y los toros*, Madrid, Revista de Occidente.
- PÉREZ DE AYALA, R., 1925: «Política y toros. Ensayos», en *Obras Completas de Ramón Pérez de Ayala*, t. XII, Madrid, Renacimiento.
- 1943: *Política y toros. Obras Completas*, t. III, Madrid, Aguilar, 1963.
- QUINTERO OLIVARES, G., et al., 2005: *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 5.ª ed. revisada, Thomson-Aranzadi.
- REQUEJO CONDE, C., 2007: «El delito de maltrato a los animales», *La Ley*, núm. 6.690.
- ROBLES PLANAS, R., 1996: «Las faltas contra los intereses generales en el nuevo Código Penal (a la vez, una contribución al análisis dogmático de las faltas en Derecho penal)», *Actualidad Penal*, núm. 36.
- ROCA AGAPITO, L., 2000: «Algunas reflexiones sobre los animales y el Derecho penal. En particular el art. 631 del Código Penal», *Actualidad Penal*, núm. 18.
- RODRÍGUEZ DEvesa, J. M., 1995: *Derecho penal español, Parte general*, 18.ª ed. (revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ), Madrid.
- SALÀS DARROCHA, J. T., 2004: «El maltrato de animales en el Código Penal: LO 15/03, de 25 de noviembre», en *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales núm. 9/2004. Parte estudio*, Pamplona, Aranzadi.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I., 2000: «Faltas contra los intereses generales», en COBO DEL ROSAL (coord.), *Compendio de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, Marcial Pons.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), 2004: *Manual de Derecho penal*, t. II, Parte especial, Thomson-Civitas.
- TIERNO GALVÁN, E., 1987: *Desde el espectáculo a la trivialización*, Madrid, Tecnos.
- VILLALÓN, F., 1986: *Taufilia racial*, Madrid, Ediciones El Observatorio. VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), 1996: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, Tirant lo Blanch.

# SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE LAS CORRIDAS DE TOROS EN CATALUÑA \*

Tomás-Ramón Fernández

*Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN.** El autor de este artículo somete a un análisis crítico la reciente prohibición de las corridas de toros por el Parlamento catalán. Tras analizar la Ley 3/1988, que supuso un primer paso para la actual prohibición, el autor lleva a cabo una defensa de la fiesta de los toros como parte integrante del patrimonio cultural español. Finalmente, el examen de los títulos competenciales invocados por el legislador catalán, lleva al autor a detenerse en el análisis de la competencia en materia de espectáculos y de protección de animales.

**Palabras clave:** corridas de toros, espectáculos públicos, protección de animales.

**ABSTRACT.** The author of this article carries out a critical analysis of the recent prohibition against bullfighting by the Catalan Parliament. After analysing Act 3/1988, which represented the first step towards the current prohibition, the author defends bullfighting as an integral part of Spanish cultural heritage. Finally, when examining the powers which the Catalan legislator makes reference to, the author pauses in order to analyse legislative powers with regard to bullfighting shows and the protection of animals.

**Keywords:** bullfighting, public shows, protection of animals.

---

\* Fecha de recepción: 28 de enero de 2011. Fecha de aceptación: 20 de febrero de 2011.

## 1. LA PROHIBICIÓN DE LAS CORRIDAS DE TOROS EN CATALUÑA. UNA LARGA HISTORIA

La prohibición de las corridas de toros decretada por la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, es el punto final, por el momento al menos, de un largo camino que los nacionalistas catalanes iniciaron en 1988 con la Ley 3/1988, de 4 de marzo, de protección de los animales, cuyo art. 4 prohibió con carácter general «el uso de animales en espectáculos, luchas y otras actividades si pueden ocasionar sufrimiento o pueden ser objeto de burlas o tratamientos antinaturales o bien si puede herir la sensibilidad de las personas que los contemplan», exceptuando expresamente, sin embargo, «la fiesta de los toros en aquellas localidades donde, en el momento de entrar en vigor esta Ley, haya plazas construidas para celebrar dicha fiesta», así como «los *corre-bous* en las fechas y localidades donde tradicionalmente se celebran».

La Ley 3/1988 declaró de este modo «a extinguir» las corridas de toros en Cataluña al prohibir la construcción de nuevas plazas de toros y la celebración de festejos en plazas «improvisadas», no específicamente construidas para esos fines. Fue éste el primer paso, el que entonces pensaron que podían dar sin tropiezos en espera de un momento mejor en el que terminarían con una fiesta que, aunque haya sido también muy popular en Cataluña, los nacionalistas no admiten o no desean como propia del país que imaginan. Que la prohibición se haya decretado ahora no tiene por qué sorprendernos, porque este modo de actuar se produce sistemáticamente. Es exactamente así, mediante aproximaciones sucesivas, como el art. 6 del nuevo y polémico Estatuto de Cataluña de 2006 ha llegado a declarar que el conocimiento del catalán es un deber de todos los ciudadanos de Cataluña, objetivo que ya anunció en el proceso constituyente la enmienda núm. 106 presentada por la Minoría Catalana («Las demás lenguas de España serán también oficiales en los territorios autónomos de acuerdo con sus respectivos Estatutos. Todos los residentes en dichos territorios *tienen el deber de conocer* y el derecho a usar aquellas lenguas»), que fue defendida por el Sr. Trías Fargas en la Comisión de Asuntos Constitucionales, en la que fue derrotada por 30 votos en contra y dos a favor, con dos abstenciones, derrota que volvió a producirse en el Pleno el 5 de julio de 1978 por 269 votos en contra, 22 a favor y 26 abstenciones.

Por lo demás, la prohibición había sido ya anunciada a bombo y platillo en la legislación precedente por dos proposiciones de Ley de *Esquerra Republicana de Catalunya* y de *Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa*, publicadas respectivamente en los Boletines del Parlamento catalán de 18 y 25 de abril de 2005, que caducaron al término de dicha legislatura. El éxito electoral que ambas agrupaciones obtuvieron en los comicios subsiguientes y su acceso al nuevo Gobierno de la *Generalitat* convirtió la prohibición en una muerte anunciada, que faltaba sólo escenificar adecuadamente.

Así se hizo de inmediato, con deliberada sutileza, acudiendo a la fórmula de la iniciativa legislativa popular con la que, aparentemente al menos, se pretendió reforzar la legitimidad democrática de la prohibición, al propio tiempo que se ponía un freno, también popular, al intento de extenderla a los *corre-bous*, que la proposición de Ley presentada por *Iniciativa* perseguía igualmente.

Para asegurar la consecución de ambos objetivos, el de la prohibición de las corridas y el de la subsistencia de los festejos populares o *corre bous*, a la iniciativa legislativa popular de la prohibición de aquéllas se unió la proposición de Ley presentada por *Convergència i Unió* para la regulación de éstos. Ambos textos fueron tramitados simultáneamente, aunque al final del trayecto se separaran y fueran votados en fechas diferentes y con apoyos también distintos: la Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del art. 6 del Texto Refundido de la Ley de Protección de los Animales, aprobado por Decreto legislativo 2/2008, publicado en el *Diario Oficial de la Generalitat*, de 6 de agosto, y en el *Boletín Oficial del Estado* del siguiente día 24, y la Ley 34/2010, de 1 de octubre, de regulación de las fiestas tradicionales con toros, publicada en el *Diario Oficial de la Generalitat*, de 8 de octubre, y en el *Boletín Oficial del Estado* del día 23 del mismo mes.

Como dato curioso merece la pena resaltar que al pie de ambos figura la firma de un cordobés, el Honorable Sr. Montilla, paisano, por tanto, de los grandes «califas» del toreo, Rafael Molina *Lagartijo*, Rafael Guerra *Guerrita*, Rafael González *Machaquito*, Manuel Rodríguez *Manolete* y Manuel Benítez *El Cordobés*.

Mucho más curioso que esto, que, al fin y al cabo, es una simple anécdota, es el contraste que ofrecen las dos Leyes o, para ser más exactos, los preámbulos de las mismas en los que pretenden exponerse las razones que las sustentan.

El de la Ley prohibitiva 28/2010 es extraordinariamente enfático y pretencioso. Comienza recordando que la vigente Ley catalana 22/2003 de protección de los animales considera que éstos «son organismos dotados de sensibilidad física y psíquica» y de ello extrae la conclusión, que la Ley de 2003 no había extraído, de que la nueva Ley «debe establecer una protección integral de todos los animales y no puede dejar al margen espectáculos como las corridas de toros, ya que objetivamente implican un maltrato al animal y le provocan dolor, padecimiento y, por último, la muerte».

Los festejos populares o *corre-bous* también implican objetivamente un maltrato al animal y le provocan dolor y padecimiento durante los quince minutos o incluso media hora que el público les acosa sin descanso, pero ello no impide que se autoricen porque, según proclama el preámbulo de la Ley 34/2010, «el toro enmaromado, los toros en la calle, las habilidades en la plaza, el toro embolado y las vaquillas marcan todo el ritmo festivo de un acontecimiento extraordinario, *propio de las raíces más profundas de Cataluña*» y, además, «el flujo económico que esta tradición reporta, los puestos de trabajo que genera y el patrimonio genético inconmensurable de la cría y selección que los humanos efectuamos de estos animales motivan que este acontecimiento sea único».

Al parecer, los dos meses que separan a la Ley 34/2010 de la Ley 28/2010 le han hecho olvidar al legislador catalán «la proximidad genética entre especies» o el hecho de que, al fin y al cabo, «todos los animales somos el resultado de procesos evolutivos paralelos», así como que «el toro (*bos taurus*) es un animal mamífero con un sistema nervioso muy próximo al de la especie humana, lo que significa que los humanos compartimos muchos aspectos del sistema neurológico y emotivo», declaraciones todas ellas salidas de su pluma para iluminar el preámbulo de la Ley prohibitiva de las corridas de toros.

Ciertamente entre éstas y los *corre-bous* hay una diferencia, la muerte del animal lidiado, pero no parece que pueda afirmarse, dada la proclamada proximidad del sistema nervioso humano y el del *bos taurus*, que el toro sólo sufre y siente dolor en el momento de su muerte, porque, si esa proximidad es cierta, la experiencia humana acredita que los sufrimientos y dolores pueden llegar a ser tan grandes durante la vida que la muerte se sienta como una auténtica liberación.

Si esa proximidad es cierta, no resulta aventurado sospechar tampoco que las reses que, como el novillo de «Calabuig», son transportadas de feria en feria para ser corridas en los festejos populares que la Ley 34/2010 regula con solo veinticuatro horas de separación entre un festejo y otro o, incluso, dos veces en un periodo de veinticuatro horas si se trata de un «toro-cerril» [art. 10.d)], sientan algo parecido.

No es cosa de insistir, sin embargo, porque la inconsistencia de estas contradictorias justificaciones salta a la vista. Son simples envolturas retóricas de unas decisiones sólo inteligibles en clave política: a los promotores de la Ley 28/2010 con la prohibición de las corridas de toros les salían las cuentas, esas cuentas que los políticos están continuamente echando para prever cuántos votos pierden y cuántos ganan con cada medida, mientras que para que esas cuentas les salieran positivas con los *corre-bous* no sólo no había que prohibirlos, sino que había que «blindarlos», esto es, ratificar mediante una Ley específica la excepción a la prohibición general con la que ya contaban desde la versión inicial de la Ley de Protección de los Animales, de 4 de marzo de 1988.

No se trataba, pues, de otorgar «una protección integral de todos los animales», como proclama el preámbulo de la Ley 28/2010, porque de los que son objeto de la caza y de la pesca dicha Ley no se ocupa en absoluto, cualquiera que pueda ser su proximidad al sistema nervioso de los humanos. F. DE CARRERAS, que es un catalán de pro, un hombre independiente y un excelente constitucionalista ha tenido el valor de decirlo alto y claro en las páginas de *La Vanguardia*: «Es una gran hipocresía sostener que la decisión catalana nada tiene que ver con la defensa de una supuesta identidad catalana frente a otra supuesta identidad española de la que el toro es símbolo. O, dicho de otra manera, que la causa de la prohibición es únicamente el deseo de proteger al toro como animal y no es también el deseo de marcar una frontera diferencial con el resto de España. También en este caso es cierto que muchos antitaurinos honestos son únicamente defensores de los animales. Pero no es menos cierto que una tal decisión no se hubiera tomado sin este afán de borrar cualquier huella en Catalunya de lo que se considera un símbolo de España. ¿O es que derribando el famoso toro de Osborne se estaba simplemente protegiendo a un animal de la tortura en lugar de demoler y dismantelar la alegoría de una presencia indeseada? Quizás el espectáculo de torear no sea éticamente muy edificante, pero tampoco es un crimen y, en todo caso, aún es menos edificante la hipocresía de ciertos diputados al dar unas razones que no son en las que están pensando» (*La Vanguardia*, 5 de julio de 2010).

Aunque esto es absolutamente evidente, no nos libera, sin embargo, a los juristas de la obligación de preguntarnos si esta, digamos curiosa, Ley prohibitiva de las corridas de toros es o no conforme a la Constitución. Más, en concreto, si puede o no considerarse constitucionalmente posible la referida prohibición y si, en el caso de que lo sea, es o no competente para acordarla un Parlamento autonómico como el de Cataluña.

## 2. LA FIESTA DE LOS TOROS COMO PARTE INTEGRANTE DEL PATRIMONIO CULTURAL ESPAÑOL

Para responder a estas preguntas es imprescindible comenzar precisando que la fiesta de los toros es parte integrante del patrimonio cultural de España. Traer aquí argumentos y testimonios para avalar esta afirmación es, me parece, innecesario. Requeriría, por lo demás, un tiempo y un espacio excesivos dar cuenta con algún detalle de esa amistad tres veces milenaria del hombre español y el toro bravo a la que se refirió ORTEGA Y GASSET, de la que, por lo demás, existen tantas y tantas pruebas, algunas tan hermosas como esa magnífica miniatura de las Cantigas del Rey Sabio que glosó de forma admirable Á. ÁLVAREZ DE MIRANDA en su obra, ya clásica, *Ritos y juegos del toro* (Madrid, Taurus, 1962).

Sin ir más lejos sí merece la pena subrayar que esa estrecha relación del hombre y el toro que terminó plasmándose en el toreo a pie tuvo siempre una extensión nacional. No tenía razón en absoluto JOVELLANOS cuando en su *Memoria de Espectáculos* decía interesadamente que la afición a los toros era algo que se circunscribía a la Corte y a lugares concretos de Andalucía. Una historiadora leonesa, I. VIFORCOS (cfr. *El León barroco. Los regocijos taurinos*, Universidad de León, 1992), demostró cumplidamente hace ya unos años mediante una sistemática revisión de los documentos que se conservan en el Archivo municipal que en el siglo XVII y aún en el XVI se celebraban regularmente en una ciudad tan poco taurina en apariencia como León festejos taurinos en los que intervenían, contratados al efecto por el Ayuntamiento, diestros que ejecutaban las más diversas suertes en todo semejantes a las que por la misma época tenían lugar en Pamplona, uno de los focos reconocidos del toreo popular, es decir, del toreo a pie, cuya historia ha reseñado L. DEL CAMPO a partir también de la riquísima documentación que contiene el Archivo municipal de la capital navarra. G. SANTONJA acaba de hacer un trabajo semejante, enormemente riguroso, que muestra con detalle como se fue afirmando el toreo a pie en las ciudades castellanas en esa misma época [cfr. *Luces sobre una época oscura (El toreo a pie del siglo XVII)*, 2.<sup>a</sup> ed., León, Everest, 2010].

Desde entonces hasta ahora las corridas de toros se han celebrado con plena regularidad y sin interrupción alguna en toda España, superando las prohibiciones papales contra las que el propio rey Felipe II hubo de alzarse haciéndose eco del clamor popular y las que casi dos siglos después acordaron, primero Carlos III en 1785 a instancia del Conde de Aranda y después, Carlos IV, con su Real Cédula de 10 de febrero de 1805, luego incorporada a la Novísima Recopilación como Ley VII del Título XXXIII del Libro VII.

Esta última prohibición nunca fue formalmente levantada, salvedad hecha de aquella parte de España que durante la Guerra de la Independencia estuvo bajo la Administración del rey José, que, por congraciarse con sus nuevos súbditos, se apresuró a prescindir de ella. La prohibición carolina se ha mantenido, aunque parezca mentira, hasta la Ley Corcuera de 4 de abril de 1991, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, que devolvió la fiesta al campo de la legalidad.

Durante casi dos siglos, por tanto, la fiesta de los toros vivió y creció en un régimen de mera tolerancia, actitud que es la que expresamente recomendó J. DE BURGOS a los subdelegados de Fomento en su famosa Instrucción de 1832.

Destaco estos datos porque, en su elementalidad, prueban de forma irrefutable el profundo arraigo de la fiesta en la vida de los españoles durante siglos. De pocas cosas, si alguna, podrá predicarse su pertenencia al patrimonio cultural que contribuye a definir nuestra propia y peculiar realidad, nuestro privativo modo de ser, de entender y de estar en el mundo, nuestra cultura en el sentido más profundo y más auténtico del término, sin la cual sencillamente no seríamos ya nosotros mismos.

Quienes piensen que esto pudo ser así en el pasado, pero que ya hoy no lo es deberían repasar las cifras que tiene publicadas la Mesa del Toro sobre la realidad actual de los festejos taurinos. Se celebran en más de 5.000 municipios, que es tanto como decir en la práctica totalidad de los mismos, si se tiene en cuenta que de los 8.100 municipios hoy existentes en España 3.800 tienen menos de 500 habitantes.

El número actual de festejos asciende a 17.000 y a 35.000 el de las reses lidiadas. Hay más de 1.200 explotaciones ganaderas que ocupan 540.000 hectáreas, en las que pastan 140.000 vacas nodrizas. Todo ello produce unos ingresos directos por temporada del orden de 1.350 millones de euros, a los que hay que sumar otros 1.150 millones de ingresos indirectos, lo que supone una aportación del sector al PIB nacional del 2,4 por 100 y unos 180.000 empleos aproximadamente.

Los tiempos son, ciertamente, otros, pero, aunque así sea y aunque pueda sonar excesivamente enfático, sigue siendo verdad la afirmación de J. BENAVENTE. No podemos saber, en efecto, si España sería mejor o peor sin toros; lo que sí sabemos es que no sería España.

La fiesta de los toros es parte indiscutible de nuestro patrimonio cultural. Si a alguien le parece exagerada esta afirmación no tiene más que leer el art. 46 de la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985. «Forman parte del Patrimonio Histórico Español —dice— los bienes muebles e inmuebles y *los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales*». Más claro, imposible.

Si esto es así, que sin duda lo es, resulta forzoso concluir que nadie puede prohibir las corridas de toros, porque todos los poderes públicos sin excepción alguna están expresamente obligados por el art. 46 de la Constitución a *garantizar la conservación y a promover el enriquecimiento* del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad.

Los poderes públicos pueden y, sin duda, deben regular los bienes muebles e inmuebles, los conocimientos y las actividades de todo tipo que forman parte de nuestra cultura tradicional con el fin de asegurar su conservación y su disfrute por los ciudadanos, cuyo acceso a dichos bienes y conocimientos es una auténtico derecho que a todos ellos reconoce el art. 44.1 de la Norma Fundamental, pero, como dijo muy bien nuestro compañero R. MENDIZÁBAL, regular no es destruir (en el diario *El País*, de 29 de julio de 2010).

En el marco de una Constitución que hace de la libertad y el pluralismo valores superiores del ordenamiento jurídico no cabe reconocer a autoridad alguna competencia para prohibir ni los carnavales, ni el flamenco, la jota o la sardana, ni los encierros de Pamplona, ni la romería del Rocío, ni las procesiones de Semana Santa, ni ninguna

otra manifestación cultural. La cultura, como el lenguaje, pertenece al pueblo. Es él exclusivamente quien la crea, la modifica o la transforma. Nadie puede imponérsela contra su voluntad, nadie puede quitársela tampoco. La cultura está en este sentido más allá de la Ley, fuera del alcance de la Ley. Por eso, justamente, la Constitución no ha apoderado a nadie para eliminar manifestación cultural alguna. Por eso, cuando se refiere a la cultura, tampoco ha atribuido a poder o autoridad alguna una competencia exclusiva sobre ella. El deber de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural se impone por el art. 46 de la Constitución a todos los poderes públicos. En materia de cultura las competencias son concurrentes y las que las Comunidades Autónomas puedan haber asumido de acuerdo con sus respectivos Estatutos no excluyen en absoluto que el servicio de la cultura tenga que ser considerado por el Estado deber y atribución esencial suya. El art. 149.2 de la Constitución es inequívoco en este sentido.

Desde esta perspectiva resulta, pues, obligado concluir que la Ley catalana 28/2010, de 3 de agosto, es radicalmente inconstitucional.

### **3. ANÁLISIS DE LOS TÍTULOS COMPETENCIALES INVOCADOS POR EL LEGISLADOR CATALÁN**

#### **3.1. Una acumulación puramente retórica**

Aunque lo hasta aquí dicho es suficiente, en mi opinión, para resolver la cuestión, no pueden dejar de analizarse, como es natural, los títulos esgrimidos por la Ley prohibitiva, que dice dictarse «al amparo de los arts. 148 y 149 de la Constitución y de los arts. 46, 116, 141, 144 y 189 del Estatuto de autonomía de Cataluña», esto es, del nuevo y polémico Estatuto de 19 de junio de 2006.

Llama la atención en primer término el abundante número de preceptos constitucionales y estatutarios que la Ley trae a colación, así como la vaguedad e imprecisión de la cita de algunos de ellos, que impide saber el pasaje o pasajes de los mismos en los que el legislador catalán cree haber encontrado amparo. Yo, desde luego, no veo en el art. 148 de la Constitución ninguno que pueda dar cobertura o servir de justificación a la prohibición de las corridas de toros. El apartado 17 se refiere al «fomento de la cultura» y el 19 a «la adecuada utilización del ocio» como materias sobre las que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias, pero no se me ocurre cómo podría encajarse en una de estas rúbricas, que son las únicas que pueden tener alguna relación con el asunto, la prohibición que la Ley 28/2010 proclama, salvo que se tenga una idea paternalista, por no decir totalitaria, acerca del papel de las autoridades en relación a nuestro ocio y a su adecuada administración.

Tampoco acierto a verlo en el art. 149, a menos que lo que quiera decirse sea que sobre todo lo que no esté expresamente enunciado en su apartado 1 corresponda a la Comunidad Autónoma de Cataluña la competencia exclusiva para decidir lo que los órganos de ésta consideren conveniente en cada momento, lo que no es cierto en ningún caso y menos todavía en éste, dados los términos del art. 149.2 al que ya hice referencia.

La alusión a los arts. 46 y 144 del Estatuto tampoco es más clara. El primero de ellos reitera el reconocimiento que el art. 45 de la Constitución hace con carácter general del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, al que el precepto estatutario viene a añadir la referencia al desarrollo sostenible y al equilibrio territorial. No es adivinable, sin embargo, tampoco en este caso, cómo de este derecho puede derivar la prohibición de las corridas de toros, ya que de ella sólo puede resultar la desaparición del *bos taurus*, que es, precisamente, el que ayuda a mantener el equilibrio territorial de los parajes en los que actualmente se cría, que correrían muy probablemente un grave riesgo el día en que faltara su presencia.

El art. 144, que contempla el mismo tema desde la perspectiva competencial, tampoco ofrece a la prohibición la cobertura que la Ley proclama.

La cita del art. 189 es, en fin, absolutamente enigmática porque este precepto hace referencia al desarrollo y aplicación del Derecho Europeo, que, a diferencia del legislador catalán, nada ha dispuesto nunca contra las corridas de toros. El Protocolo núm. 10, anejo al Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, sobre la protección y el bienestar de los animales, dejó expresamente a salvo, como es notorio, el respeto a «las costumbres de los Estados miembros relativas en particular a hábitos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional», lo que ha vuelto a ratificar el art. 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la versión resultante del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Hoy por hoy tampoco cabe apelar al Derecho europeo para justificar la prohibición de las corridas de toros.

Sólo los arts. 116 y 141 tienen, por tanto, relación con nuestro tema. El primero de ellos atribuye a la Generalidad la competencia sobre la «sanidad vegetal y animal cuando no tenga efectos sobre la salud pública y la *protección de los animales*». El segundo se refiere a la competencia en materia de juegos y espectáculos «que incluye en todo caso —dice el precepto— la ordenación del sector, el régimen de intervención administrativa y el control de todo tipo de espectáculos en espacios y lugares públicos».

Procede, pues, afrontar el problema desde esta doble perspectiva.

### 3.2. La competencia en materia de espectáculos

La competencia en materia de espectáculos públicos es una típica competencia de policía administrativa, cuyo núcleo es el mantenimiento del buen orden de los mismos y la protección de las personas y bienes de un modo u otro afectados por ellos, lo que incluye, por supuesto, la garantía de los derechos de los espectadores cuando el acceso al espectáculo requiere el pago de un precio al organizador del mismo. En este sentido es explícita la jurisprudencia constitucional (*vid.*, por ejemplo, la Sentencia 148/2000, de 1 de junio), que descarta sin decirlo la inclusión en la policía de espectáculos de componentes de carácter moral (*vid.* la Sentencia 153/1985, de 7 de noviembre, sobre la asignación del anagrama «S» a los espectáculos artísticos y teatrales cuya temática o contenido pueda herir la sensibilidad del espectador medio), al menos como determinantes de medidas limitativas o prohibitivas, que estarían en contradicción con el pluralismo que es propio de un Estado de libertades.

La policía de espectáculos así entendida, esto es, las facultades y poderes dirigidos a asegurar un desarrollo ordenado de los mismos, excluidas las medidas extraordinarias o de seguridad pública que van por otro camino (*vid.* la Sentencia constitucional 54/1990, de 28 de marzo), es lo que se traspasó a las Comunidades Autónomas a partir del Real Decreto de 18 de julio de 1984, dictado para la de Andalucía, que sirvió de modelo para todos los demás.

En este Decreto y en los sucesivos la Administración del Estado se reservó la competencia para «suspender o prohibir espectáculos, manifestaciones deportivas o actividades recreativas, así como clausurar locales por razones graves de seguridad u orden público» y también para «dictar normas básicas de seguridad pública para los edificios e instalaciones en los que se celebren espectáculos y actividades recreativas» y para «dictar las normas que reglamenten los espectáculos taurinos».

Nunca, pues, se transfirió ni a Cataluña ni a ninguna otra Comunidad Autónoma la competencia para prohibir con carácter general una determinada clase de espectáculos y, mucho menos, los espectáculos taurinos. Siempre se entendió que lo transferible a las Comunidades Autónomas y lo transferido a las mismas era sólo la policía de espectáculos entendida en los términos más atrás expuestos. La Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, así lo confirma, aunque una interpretación, a mi juicio abusiva, de su poco clara disposición adicional haya dado lugar a la proliferación de Reglamentos taurinos autonómicos, exceso que, sin embargo, en nada desmiente lo hasta aquí dicho.

El propio art. 141 del nuevo Estatuto de Cataluña viene a confirmar también que la *Generalitat* no tiene competencia para prohibir los espectáculos taurinos como acaba de hacerlo la Ley 28/2010, sino sólo para «la ordenación del sector; el régimen de intervención administrativa y el control de todo tipo de espectáculos en espacios y lugares públicos». Ordenar y regular sí, prohibir, en cambio, ni siquiera con carácter singular por razones graves de seguridad u orden público, pues la competencia para prohibir un espectáculo sigue correspondiendo al Estado.

A lo hasta aquí dicho todavía hay que añadir otras razones de carácter sustantivo, que la jurisprudencia constitucional dejó bien establecidas hace ya muchos años. Esta jurisprudencia arranca de la Sentencia 49/1984, de 5 de abril, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la disposición adicional segunda de la Ley 1/1982, de 24 de febrero, por la que se regulan las salas especiales de exhibición cinematográfica, la filмотeca española y las tarifas por licencia de doblaje.

La referida disposición otorgaba al ministro de Cultura la facultad de resolver sobre la calificación de las películas «X» y de arte y ensayo, así como sobre la clasificación de las salas especiales en que hubieran de ser exhibidas, lo que la *Generalitat* consideraba atentatorio contra las competencias que con carácter de exclusivas le atribuía el art. 9, apartados 4 (cultura) y 31 (espectáculos) de su Estatuto de Autonomía dentro del marco de los arts. 148, apartado 1, núms. 17 (fomento de la cultura) y 19 (adecuada utilización del ocio) de la Constitución.

Así planteada la cuestión, la sentencia comienza descartando por superficial «todo intento de construir sobre la idea de competencia en materia de cultura, concretada al

art. 148.1.17.<sup>a</sup>, una competencia omnímoda y excluyente», afirmando en su lugar que «más que un reparto competencial vertical, lo que se produce es una concurrencia de competencias ordenada a la preservación y estímulo de los valores culturales propios del cuerpo social desde la instancia pública correspondiente», lo que le lleva a concluir que no puede negarse al Estado la competencia para calificar las películas en función de su interés cultural a los efectos de favorecer su exhibición con desgravaciones fiscales estatales, ya que esta acción de fomento «no cierra el camino al fomento por la Generalidad».

Aclarado esto, la sentencia analiza el problema desde la perspectiva de la competencia en materia de espectáculos, expresión ésta que —dice— «dista mucho de ser suficientemente precisa... en cuanto a los ámbitos con relevancia competencial y susceptible de tratamiento jurídico que debe comprenderse en tal título».

El cine —«y con él otras manifestaciones como el teatro»— es incluíble desde luego en la rúbrica cultura y en la rúbrica espectáculos, pero de la consideración del cine como espectáculo no resulta sin más, dice la sentencia, que la calificación de películas deba comprenderse en la regla del art. 148.1.19 de la Constitución (adecuada utilización del ocio) y en la del art. 9.31 del Estatuto (espectáculos) con preferencia a toda otra regla competencial.

En lo que se refiere a la calificación de películas «X» la regla preferente, según la sentencia, es «la que arranca del carácter de limitación... actuando mediante la técnica de prohibición y la de presión económica a través de medidas negativas», lo que —concluye— «requiere un tratamiento básico uniforme». «Tratándose de una limitación que tiene su justificación constitucional en el art. 20.4 de la CE debe garantizarse un mismo contenido básico a esta vertiente negativa de la libertad que proclama el indicado precepto, contenido que atrae a la competencia estatal en el marco del art. 149.1.1.<sup>a</sup>, la calificación de las películas “X”».

La competencia en materia de espectáculos, de policía de espectáculos, debe, pues, ceder cuando las medidas negativas de este orden afectan a un derecho o a una libertad fundamental, que exigen un tratamiento básico uniforme, como reclama el art. 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución.

Este mismo argumento luce en la Sentencia 153/1985, de 7 de noviembre, relativa a la impugnación por el Gobierno del Decreto catalán 194/1982, de 18 de junio, sobre calificación de los espectáculos artísticos y teatrales.

La sentencia que, lógicamente, reitera la doctrina establecida por la anterior, añade una importante precisión que conviene resaltar ahora. La calificación de los espectáculos artísticos y teatrales por razón de la edad y la consiguiente prohibición del acceso a los mismos supone, según la sentencia, «una limitación a la libertad de representación que va ligada a la libertad de expresión y de creación literaria y artística garantizadas en el art. 20 de la Norma fundamental», porque el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, en lo que a las obras teatrales se refiere, «presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escribe siempre para ser representada».

Sobre esta base la sentencia concluye, como ya lo había hecho la Sentencia 49/1984, que la limitación de ese derecho hace que cobre carácter preferente la competencia estatal ex art. 149.1.1.<sup>a</sup>

La doctrina constitucional así establecida es perfectamente aplicable a las corridas de toros, como se advierte sin especial esfuerzo. Al formularla el Tribunal Constitucional tuvo buen cuidado en no limitarla al cine, situando junto a él al teatro y a otras manifestaciones artísticas, entre las que es forzoso incluir al tradicionalmente llamado «arte de *Cúchares*», porque, al margen de otras consideraciones en las que no puedo entretenerme ahora, así es oficialmente considerado, como lo prueba sin ir más lejos la ya larga lista de Reales Decretos que desde 1996 vienen otorgando con grandes extremos la medalla de oro de las Bellas Artes a los lidiadores más destacados.

También aquí está en juego, por tanto, la libertad de expresión artística que el art. 20 de la Constitución reconoce, como lo está el derecho de acceso a la cultura que el art. 44 de la Norma fundamental garantiza a todos sin excepción, por lo que también aquí resulta obligado concluir que la prohibición de las corridas de toros, expresión indiscutible de nuestra cultura, no puede acordarse al amparo de la competencia sobre la policía de espectáculos de Comunidad Autónoma alguna. Cualquier medida limitativa de los espectáculos taurinos reclama «un tratamiento básico uniforme» por exigencia del art. 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución. Y es que, como dijo muy bien E. TIERNO GALVÁN, los toros no son simplemente un espectáculo, son mucho más que un espectáculo, son un auténtico acontecimiento nacional.

### 3.3. La competencia en materia de protección de los animales

Los Estatutos de Autonomía de primera generación, incluido el de Cataluña, no hicieron referencia alguna a la protección de los animales, por lo que había buenas razones para entender que la competencia en esta materia correspondía al Estado de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 3 del art. 149 de la Norma Fundamental.

Pese a ello, el Parlamento de Cataluña, sin invocar título competencial alguno que, ya que no directamente, pudiera proporcionarle algún tipo de cobertura, aprobó el 4 de marzo de 1988 una Ley de Protección de los Animales, en la que, como ya recordé, se incluyó una prohibición general de la utilización de animales en espectáculos que pudieran causarles sufrimientos de la que se exceptuaron, sin embargo, los festejos taurinos siempre que se celebraran en plazas construidas al efecto con anterioridad y los tradicionales *corre-bous*.

La Ley catalana fue inmediatamente imitada por las demás Comunidades Autónomas, que establecieron idéntica prohibición y exceptuaron igualmente los espectáculos taurinos, aunque lo hicieron pura y simplemente sin limitación o condición alguna, salvo la Ley balear de 8 de abril de 1992, que se pronunció en los mismos términos exactamente empleados por el modelo, y la Ley canaria de 30 de abril de 1991, que exceptuó de modo expreso las peleas de gallos y guardó silencio sobre las corridas de toros.

En las instancias estatales esta proliferación de Leyes autonómicas no tuvo ninguna respuesta, a pesar de que suponían una indiscutible invasión por la razón antes

dicha del ámbito competencial del Estado. Se consideró, sin duda, que su contenido carecía en general de trascendencia en la relación Estado-Comunidades Autónomas. Ninguna tenía tampoco *de facto* el tratamiento por ellas dado a las corridas de toros, que, ciertamente, no alteró el estado de cosas existente en Cataluña, Baleares y Canarias, territorios en los que la pérdida de espectadores, sobre todo foráneos, había preparado ya el camino a dicho tratamiento.

Esta era la situación en las vísperas de la tramitación del nuevo Estatuto de Cataluña, que ofrecía a sus promotores una oportunidad óptima de afirmar una competencia disfrutada hasta entonces en precario gracias a la pasividad y a la tolerancia mostrada por las autoridades estatales que, naturalmente, no podían desaprovechar. El Estatuto de 2006 ha incluido así, entre las competencias de la Generalitat, la protección de los animales, dando de este modo una base estatutaria y constitucional a su legislación sobre la materia y, por tanto, a la prohibición de los festejos taurinos resultante de la reforma de aquélla por la Ley que ahora nos ocupa.

Importa mucho en este momento, como es natural, precisar como lo ha hecho, porque de ello depende lógicamente el juicio, positivo o negativo, que deba hacerse de la prohibición de los festejos taurinos en Cataluña que, a su amparo, ha impuesto la Ley 28/2010.

La nueva competencia de la Generalitat para la protección de los animales se ubica en el art. 116 del Estatuto, bajo la rúbrica, «agricultura, ganadería y aprovechamientos forestales», materias que, como es notorio, no tienen otro punto de conexión con las corridas de toros que la relativa a la cría del ganado de lidia. El núm. 1 del precepto califica con carácter general de exclusiva la competencia que atribuye a la Generalitat sobre la agricultura y la ganadería, en la que incluye «la sanidad vegetal y animal cuando no tenga efectos sobre la salud humana y la protección de los animales» [apartado *d*)], pero la enmarca en el respeto a «lo establecido por el Estado en el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 149.1.13 y 16 de la Constitución».

Quiere esto decir que por exigencia estatutaria esa competencia de la Generalitat para la protección de los animales debe ejercerse en el marco de las bases estatales en materia de sanidad fijadas por el Estado y de las medidas de coordinación que éste pueda adoptar en este ámbito y respetando al propio tiempo las bases de la ordenación general de la actividad económica que, según el apartado 13 del art. 149.1 de la Constitución, corresponde al Estado igualmente fijar.

Está, pues, más allá de toda posible discusión, ya que es el propio texto del Estatuto quien lo afirma, que la competencia de la Generalitat en materia de protección de los animales no es en absoluto ilimitada y que no puede ser ejercida unilateralmente al margen de «los principios básicos del orden económico, que han de aplicarse con carácter unitario» en toda España, por decirlo con las mismas palabras que la Sentencia constitucional de 28 de enero de 1982.

«La efectiva unicidad del orden económico nacional —dice la Sentencia constitucional de 5 de abril de 1990— requiere la existencia de un mercado único y la unidad de mercado descansa, a su vez, como han señalado las SSTC 96/1984, de 19 de octubre (*BOE* de 31 de octubre), fundamento jurídico 3.º, y 88/1986, de 1 de julio (*BOE* de 22 de julio), fundamento jurídico 6.º, sobre dos supuestos irreductibles, la libre

circulación de bienes y personas por todo el territorio español que ninguna autoridad podrá obstaculizar directa o indirectamente (art. 139.2 CE) y la igualdad de condiciones básicas del ejercicio de la actividad económica (arts. 139.1 y 149.1.1), sin los cuales no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter unitario impone».

La cita de esta sentencia hace innecesario insistir. Los espectáculos taurinos constituyen el último y más visible eslabón de una compleja cadena de actividades económicas muy variadas, que arranca de la cría del ganado bravo en el campo y que emplea a cerca de 180.000 personas, aportando en su conjunto al PIB nacional más de 2.500 millones de euros cada año.

Que un sector o subsector económico de este porte no puede ser mutilado por decisiones unilaterales adoptadas por las Comunidades Autónomas es algo que me parece indiscutible, a menos que se niegue cualquier significado a la regla 13.<sup>a</sup> del art. 149.1 de la Constitución.

Distaba mucho de estar claro que la competencia que el art. 116.1.d) del nuevo Estatuto de Cataluña atribuye a la Generalitat en materia de protección de los animales pueda amparar la prohibición de las corridas de toros decretada por la Ley 28/2010, porque, como antes dije, esa competencia, tal y como está formulada, es sólo una especificación de las que le corresponden en el ámbito de la agricultura, la ganadería y los aprovechamientos forestales con el que las corridas de toros no tiene, como es obvio, otro punto de conexión que el de la cría del ganado bravo y las condiciones sanitarias del mismo.

Sería necesaria, por tanto, una interpretación extremadamente laxa del citado precepto estatutario para poder entender incluida dentro de él la prohibición de los festejos taurinos, pero, incluso dejando esto a un lado y aceptando en términos puramente hipotéticos que pudiera serlo, dicha prohibición unilateral tropezaría, como ya he dicho, con el obstáculo insalvable que el propio precepto establece: el del respeto al orden económico general cuya determinación básica es competencia del Estado.

Nótese que Cataluña no es tierra de toros, excepción hecha de las tierras del Ebro en las que pasta el ganado que se utiliza en los *corre-bous* y sólo ellos. La prohibición de las corridas de toros no afecta a los ganaderos de Cataluña; afecta y de modo importante además en la medida en que la plaza de toros de Barcelona es una plaza de primera categoría de las principales de España a todos los ganaderos de bravo del resto del país. Y lo mismo puede decirse de los demás empresarios, lidiadores y profesionales de todo tipo vinculados de un modo u otro a la «industria del toro». En una u otra medida todos resultan afectados por la prohibición porque éste es un mercado único por sus propias características naturales, que exige inexcusablemente unas reglas también únicas.

A estas limitaciones intrínsecas, que resultan del propio precepto estatutario atributivo del título competencial invocado por la Ley 28/2010, todavía hay que añadir las que impone su confrontación con las normas materiales de la Constitución y, en concreto, con los derechos fundamentales que ésta reconoce a todos los ciudadanos.

El tema ha sido cuidadosamente analizado por G. DOMÉNECH PASCUAL (*vid.* «La prohibición de las corridas de toros desde una perspectiva constitucional», en *El cro-*

*nista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 12, 2010, 16 y 17), a cuyo estudio me remito ahora.

Me limitaré a recordar simplemente que la prohibición de las corridas de toros entra en colisión con un buen número de derechos fundamentales y, muy especialmente, con el derecho a trabajar y elegir —y ejercer— libremente profesión u oficio, con la libertad de empresa, con la libertad de creación artística, con el derecho de acceso a la cultura en todas sus manifestaciones y con la libertad genérica de actuar que a todo ciudadano corresponde y de modo particular con el derecho de todos ellos a administrar su propio ocio, derechos que tienen un inequívoco reconocimiento en los arts. 1.1, 10, 16, 20, 35, 38 y 44 de la Constitución.

Aunque se acepte, como DOMENECH sostiene, que los derechos fundamentales pueden ser legítimamente restringidos en nombre de la protección de los animales, a pesar de que ésta no tenga el rango propio de un valor constitucional y sea simplemente un fin constitucionalmente lícito, es forzoso concluir que esa restricción tendría que ser proporcionada para poder ser constitucionalmente admitida.

Pudo considerarse así la medida inicialmente adoptada por la Ley de Protección de los Animales, de 4 de marzo de 1988, que limitó las corridas de toros a las plazas de toros permanentes ya existentes en ese momento en Cataluña y así lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1998, pero difícilmente puede juzgarse del mismo modo la radical prohibición del espectáculo, que da preferencia absoluta a la protección de los animales, que, como ya se ha dicho, es sólo un fin constitucionalmente lícito y no un valor constitucional en sentido propio, sobre los derechos fundamentales de las personas que son «fundamento del orden político y de la paz social», según proclama el art. 10.1 de la Constitución.

Creo por todo ello que la Ley del Parlamento de Cataluña 28/2010, de 3 de agosto, no puede considerarse conforme a la Constitución, por lo que debe ser anulada en estimación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la misma el 27 de octubre último por setenta y dos Senadores del Grupo Parlamentario Popular del Senado.

# CORRIDAS DE TOROS, CULTURA Y CONSTITUCIÓN \*

Pablo de Lora

*Universidad Autónoma de Madrid*

**RESUMEN.** En agosto de 2010 el Parlament de Catalunya aprobó la modificación de su ley de protección de los animales para abolir las corridas de toros. Aunque la prohibición afecta a ciertos derechos fundamentales y otros preceptos constitucionales relativos a la distribución competencial entre el Estado y las CC.AA., en el trabajo se defiende la constitucionalidad de priorizar la evitación del sufrimiento de los animales frente a aquellas libertades y frente a la defensa del patrimonio cultural común, que, se esgrime, corresponde al Estado.

**Palabras clave:** bienestar animal, Constitución, derechos fundamentales, cultura, ponderación, espectáculos públicos, libertad artística, derecho a ejercer un oficio, unidad de mercado, presunción de constitucionalidad.

**ABSTRACT.** In august 2010 Catalonia's Parliament banned bullfighting. In this article I defend that the ban does not contravene the Spanish Constitution. The prohibition certainly affects some constitutional provisions, including some fundamental liberties, but I claim that it is constitutionally legitimate to prioritize the purpose of avoiding animal suffering over those rights and over the defense of the common cultural heritage.

**Keywords:** animal welfare, Constitution, fundamental rights, culture, balance, public exhibitions, artistic freedom, right to work, market unity, constitutionality presumption.

---

\* Fecha de recepción: 24 de marzo de 2011. Fecha de aceptación: 20 de abril de 2011.

*but the present case seems to me pre-eminently one in which respect should be shown to what the House of Commons decided. The democratic process is liable to be subverted if, on a question of moral and political judgment, opponents of the Act achieve through the courts what they could not achieve in Parliament*<sup>1</sup>

Cuando examinamos una ley promulgada democráticamente no deberíamos preguntar, como los abogados que se apegan al texto: ¿es constitucional? Antes bien, deberíamos preguntar, como ciudadanos democráticos: ¿queremos que sea constitucional?<sup>2</sup>

## 1. INTRODUCCIÓN

No hay rastro de los animales no humanos en la Constitución española<sup>3</sup>. No es extraño. Las huellas de los animales en los textos constitucionales son muy escasas. Hasta donde mis noticias alcanzan, sólo en las Constituciones nacionales de Alemania, Suiza, Angola, China, Suecia, Brasil e India se menciona, de manera más o menos directa, la protección de los animales<sup>4</sup>. Las alusiones al «medio ambiente» o a los «recursos naturales» que se encuentran en los arts. 45.1 y 45.2 de la Constitución española<sup>5</sup> no pueden entenderse

<sup>1</sup> Opinión del juez Lord Bingham of Cornhill en *R (on the application of Countryside Alliance and others and others Apellants) v. Her Majesty's Attorney General and another (Respondents)* (2007) UKHL 52, de 28 de noviembre de 2007 (la sentencia está disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd071128/countr-1.htm>).

<sup>2</sup> M. SHAPIRO, «Introduction» a *The Constitution of the United States and related documents*, 1968, Appleton-Century Crofts, New York (he tomado la cita de S. HOLMES, «Precommitment and the Paradox of Democracy», en *Constitutionalism and Democracy*, J. ELSTER y R. SLAGSTAD, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1988: 195-240, 197).

<sup>3</sup> Evitaré la constante referencia a «animales no humanos» para aludir a quienes no son miembros de la especie *Homo sapiens*. Utilizaré la menos técnica, pero más popular expresión «animales» a lo largo de todo el texto.

<sup>4</sup> Con la reforma de 2002, la Constitución alemana consagró la protección de los animales no humanos en el art. 20: «El Estado protegerá, teniendo en cuenta su responsabilidad por las generaciones futuras, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través del Legislativo en el marco del orden constitucional y a través de los Poderes ejecutivo y jurisdiccional, de acuerdo con la ley y el Derecho». Es igualmente digna de destacar la enmienda constitucional que fue aprobada en el Estado de Florida por referéndum popular en noviembre de 2002 para prohibir un método de estabulación particularmente cruento de cerdas embarazadas (*gestation crates*). La prohibición entró en vigor en noviembre de 2008.

Para ese estudio de Derecho constitucional comparado en materia de bienestar o protección de los animales, resulta sumamente valioso el trabajo de O. LE BOT: «La protection de l'animal en droit constitutionnel. Etude de droit comparé», *Lex Electronica*, vol. 12, núm. 2, fall 2007 (<http://www.lex-electronica.org/articles/v12-2/lebot.htm>).

<sup>5</sup> El primero establece «el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona», y el segundo la exigencia a los poderes públicos de la utilización «racional de los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente». Es destacable que, de acuer-

referidas al bienestar de los animales, y, por tanto, no permiten anclar fácilmente ciertas obligaciones que pudiéramos predicar que los seres humanos tienen de no maltrato o de protección hacia los animales<sup>6</sup>.

Ello no quiere decir, por supuesto, que los tribunales constitucionales o las cortes supremas no hayan tenido que vérselas con la interpretación de las leyes que en muchísimos países, incluyendo España, se han promulgado en las últimas décadas para procurar o mejorar el bienestar de los animales. Esos problemas han sido, en ocasiones, de legalidad ordinaria<sup>7</sup>, pero en otros casos se han visto convocadas directamente cláusulas constitucionales o supraconstitucionales. Veamos algunos de ellos.

En un caso muy próximo al que será objeto de examen en estas páginas, la Corte Constitucional de Colombia tuvo que enjuiciar si era válida la excepción de las actividades taurinas, el coleo y las riñas de gallos que prevé el art. 7.º de la Ley 84/1989, mediante el que se establece el «estatuto nacional de protección de los animales». El vicio de la norma radicaría en ser contraria a la prohibición de torturas y tratos crueles e inhumanos consagrada en el art. 12 de la Constitución y en la infracción del deber constitucional de cuidado de los recursos naturales y de la diversidad e integridad del medio ambiente (arts. 8, 79 y 95). Despejada la posibilidad de que la excepción contravenga el art. 12, por cuanto que ese derecho a no sufrir torturas y tratos crueles o inhumanos corresponde sólo a los seres humanos, la Corte considera que el resto de los preceptos mencionados sí limitan las opciones legislativas en cuanto a los usos y abusos de los animales. Una interpretación conforme a la Constitución de la excepción prevista en el art. 7 lleva a sostener que tales espectáculos, por su tradición y carácter artístico, deben tolerarse en las localidades donde se han venido celebrando tradicionalmente (y sólo en ellas) si se procura que los animales reciban protección contra su sufrimiento durante el espectáculo<sup>8</sup>.

---

do con el barómetro del CIS de mayo de 1996 (estudio 2209), el 93,2 por 100 de los españoles considera que los animales salvajes forman parte del medio ambiente, y el 82 por 100 que los animales domésticos también lo engrosan (he tomado el dato de «Ciudadanía y conciencia medioambiental en España», colección *Opiniones y actitudes*, núm. 67, Ángel Valencia Sáiz, Manuel Arias Maldonado y Rafael Vázquez García, CIS, 2010, 40).

<sup>6</sup> Como tuvo ocasión de afirmar el Tribunal Constitucional al resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por algunas comunidades contra la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, el ambiente «... es un concepto esencialmente antropocéntrico» (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 4). *Vid.*, en la misma línea, T.-R. FERNÁNDEZ «Sobre la constitucionalidad de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña», en este mismo número, y G. DOMÉNECH PASCUAL, «La prohibición de las corridas de toros desde una perspectiva constitucional», *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 12, 2010: 16-27, y *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, Barcelona, Atelier, 2004: 80, 133-135, así como «Libertad artística y espectáculos taurino-operísticos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, vol. 121, enero-marzo 2004, 92-113, 107-108.

<sup>7</sup> Si, por ejemplo, la producción de foie, o la lucha entre un cocodrilo y un ser humano, vulnera la normativa anticrueldad con los animales en Israel. Se trata, respectivamente de las decisiones *Noah vs. The Attorney General*, HCJ 9232/01 de 11 de agosto de 2003, en la que se declara que la producción de foie es contraria al Derecho israelí (se puede consultar una versión en inglés en [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/01/320/092/S14/01092320.s14.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/01/320/092/S14/01092320.s14.pdf)) y *Let the Animals Live vs. Hamat Gader Recreation Industries LCA* 1648/95, de 22 de junio de 1997 (conocido como «caso de los cocodrilos»), en el que se decide finalmente que el espectáculo era una forma de crueldad hacia los animales prohibida en la ley israelí de protección de los animales de 1994 ([http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/96/840/016/g01/96016840.g01.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/96/840/016/g01/96016840.g01.pdf)).

<sup>8</sup> La sentencia es la C-666/10, de 30 de agosto de 2010, y cuenta con tres votos disidentes. No era la primera vez que la Corte Constitucional colombiana se enfrentaba a la constitucionalidad de las corridas de toros. En el año 2005, mediante Sentencia C-1192/05 había declarado la constitucionalidad de la ley 916 de 2004 (de 26 de noviembre) mediante la que se establece el Reglamento Nacional Taurino. Dicha sentencia cuenta con

El Supremo Tribunal Federal brasileño no fue tan morigerado a la hora de admitir la constitucionalidad de la tradicional «Fiesta del Buey» (*farra do boi*) que se celebra en el Estado de Santa Catarina: ese festejo infringe el art. 225 de la Constitución Federal<sup>9</sup>. La Cámara de los Lores británica, por su parte, también sostuvo la prohibición de la caza del zorro establecida en la *Hunting Act* de 2004, pues no consideró que se vulneraran ciertos derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>10</sup> ni la libre circulación de bienes y mercancías establecidas en el Tratado de la Unión Europea. Así lo ha considerado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su decisión de 24 de noviembre de 2009<sup>11</sup>.

Recientemente también, la Corte Suprema estadounidense ha tenido que determinar hasta qué punto una norma federal que castigaba hasta con cinco años de prisión la creación, venta o posesión con fines comerciales de material gráfico que muestre crueldad hacia los animales (Sección 48 de la 18 USC) es compatible con la libertad de expresión que garantiza la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>12</sup>. Detrás de aquella medida estaba el intento de acabar con una industria inquietante: la de la producción de vídeos en los que se exhiben actos deliberados de maltrato y crueldad con animales indefensos para satisfacción de una cierta pulsión sexual fetichista que manifiestan algunos individuos (se trata de los denominados *crush videos*)<sup>13</sup>.

El caso se suscitó a raíz de la aplicación de esa norma a un distribuidor de vídeos de peleas entre animales. Una mayoría de los miembros de la Corte se inclinó por admitir la tacha de inconstitucionalidad que alegaba aquél, pues, salvo muy contadas excepciones, ha de primar siempre la libertad de expresión<sup>14</sup>. La norma es, por tanto, flagrantemente inconstitucional (*facially invalid*) porque, dados sus objetivos, para un número significativo de sus aplicaciones se vulnera la Constitución. En una termino-

---

un muy interesante y sugerente voto particular del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, al que luego haré referencia.

<sup>9</sup> La Sentencia es de 3 de junio de 1997 (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaTraduzida/verJurisprudenciaTraduzida.asp?tpLingua=2&numero=153531&classe=RE>).

<sup>10</sup> Concretamente, si dicha medida atentaba contra el derecho a no sufrir interferencias por parte del poder público en la esfera privada (art. 8); el derecho de asociación (art. 11); el derecho a la propiedad privada (art. 1 del primer protocolo al Convenio) y el derecho a no ser discriminado (art. 14). La sentencia es la mencionada en la nota 1.

<sup>11</sup> *Friend and Others vs. the United Kingdom*. Agradezco a G. DOMÉNECH el haberme llamado la atención sobre esta sentencia.

<sup>12</sup> *United States vs. Stevens* 559 US (decidida el 20 de abril de 2010).

<sup>13</sup> En los trabajos preparatorios en el Congreso Federal se da cuenta de que los animales empleados en esas filmaciones incluyen gatos, perros, monos, ratones y *bamsters*. En muchos de ellos se muestra —sin ser desvelada su identidad— a una mujer que es la que se ocupa, ataviada con los elementos propios del fetichismo sadomasoquista, de infligir la tortura. Cuando estas páginas se escriben, el diario *El País* informaba de cómo los grupos de activistas en defensa del bienestar de los animales se organizaban para localizar a quien, bajo el seudónimo «Asesino knino», había colgado en su blog un atroz vídeo en el que torturaba salvajemente a cachorros indefensos y amenazaba con matar a nueve más. *Vid.* la edición de 17 de febrero de 2011 ([http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Red/caza/torturador/cachorros/elpepusoc/20110217elpepusoc\\_8/Tes](http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Red/caza/torturador/cachorros/elpepusoc/20110217elpepusoc_8/Tes)).

<sup>14</sup> Así, en ciertas ocasiones se han podido identificar tipos de discurso fuera del alcance de la enmienda: aquellos de escaso valor pero que generan un muy alto sacrificio del interés social y la moralidad. Es el caso de la pornografía infantil en el que hay una conexión directa e intrínseca entre el delito indudable del abuso y violación de menores, y el mercado de imágenes que muestran tales delitos. «Tal vez —afirma el magistrado Roberts— hay tipos de expresión que han estado históricamente desprotegidos pero que aún no se han identificado o discutido como tales en nuestro sistema. Pero si eso es así, no hay evidencia alguna de que entre ellas se encuentre la “exhibición de crueldad animal”».

logía popularizada por F. SCHAUER, siendo admisible el propósito del legislador, éste habría promulgado una norma «suprainclusiva». Como alega el recurrente, la gran mayoría del material fílmico que cae bajo su alcance versa sobre actividades cotidianas plenamente legales, en las que se muestran animales «heridos o sacrificados». De otro lado, la exigencia que la norma establece de la «ilegalidad» del acto no es siempre equivalente a un comportamiento cruel: la muerte de animales protegidos por normas que tratan de evitar su extinción es ilegal, pero no hay necesariamente crueldad de por medio<sup>15</sup>.

Otra de las dificultades para acoger la constitucionalidad de la norma tiene que ver con las divergencias que se dan entre los Estados en materia de legislación anti-crueldad. Hay una evidente falta de consenso sobre lo que constituye o no maltrato a los animales. El único requisito en cuanto al carácter ilegal del comportamiento con los animales es que así se tipifique en alguno de los 50 Estados de la Federación, allí donde la creación, venta o posesión del material tiene lugar. En el Distrito de Columbia toda caza es ilegal, y sin embargo no es así en otras jurisdicciones. ¿Es por tanto ilegal vender revistas de caza en Washington, aunque los actos reflejados hayan tenido lugar en un Estado donde son legales? Y eso mismo cabría decir si pensamos en las artes de caza o pesca, que tampoco son uniformes, o los requisitos para el sacrificio de animales de ganadería. Las peleas de gallos son todavía legales en Puerto Rico, y lo fueron en el Estado de Louisiana hasta el año 2008. Las excepciones establecidas en la norma —el «serio» valor religioso, político, científico, educativo, periodístico, histórico o artístico de lo filmado— exigen ser leídas con enorme amplitud, una amplitud incompatible con tomarse en serio que el valor religioso, político, científico, educativo, periodístico, histórico o artístico sea realmente «serio» como establece el artículo en cuestión. Además, muchas de las películas en las que se muestran imágenes de caza, por ejemplo, difícilmente tienen un valor más allá del recreativo. ¿Por qué sí habrían de ser inherentemente valiosas las exhibiciones de corridas de toros o de caza —como la propia Corte Suprema ejemplifica—, y no así las de peleas de perros en Japón, que es el tipo de material distribuido por el recurrente<sup>16</sup>?

<sup>15</sup> No deja de resultar paradójico que, en un caso muy semejante, la Corte Suprema consideró que una ordenanza municipal de la ciudad de Hialeah (Florida) en la que se prohibía la crueldad innecesaria con animales y las prácticas sacrificiales era «demasiado específica» (infrainclusiva en relación con el propósito de la evitación de la crueldad hacia los animales), y, por tanto, discriminatoria hacia la religión de la santería (la principal protagonista del uso de animales para rituales y prácticas religiosas); *vid. Church of Lukumi Babalu Aye vs. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993). Un magnífico comentario a esa sentencia es el de P. CASAL, «Is Multiculturalism Bad for Animals?», *Journal of Political Philosophy*, vol. 11, núm. 1, 2003: 1-22.

<sup>16</sup> La sentencia cuenta con un voto disidente del magistrado Alito, que sostiene, en esencia, la improcedente aplicación de la doctrina del «*overbreadth*» por parte de la Corte Suprema. Dicha doctrina, cuya aplicación debe ser un último recurso según Alito, supone declarar la inconstitucionalidad de una norma de resultados de un cierto juicio de proporcionalidad entre las consecuencias perniciosas derivadas de declarar inconstitucional una norma algunas de cuyas aplicaciones son perfectamente constitucionales, y los inconvenientes de amenazar a los destinatarios con la aplicación de una norma haciendo que dejen de llevar a cabo comportamientos constitucionales. El ejemplo del que se vale la mayoría para sostener esa «suprainclusividad» de la norma que apoyaría su tacha de inconstitucionalidad, la caza, no es adecuado, según Alito, porque la norma claramente prohíbe —o al menos así debe ser interpretada— sólo los comportamientos crueles, con lo que quedarían fuera de su alcance la inmensa mayoría de las películas o representaciones donde se muestran escenas de caza. Incluso si no fuera así, cabría siempre aplicar la excepción de su valor. Lo mismo cabe decir de la «crueldad» que se pudiera mostrar en películas que incluyan escenas sobre sacrificio de animales para el consumo humano u otras prácticas de la ganadería.

*United States vs. Stevens* muestra de manera muy vívida el tipo de encrucijada moral y jurídica que propicia nuestra relación con los animales. En España, desde que se promulgara la Constitución española ha crecido un sentimiento a favor de la proscripción de muchas formas de maltrato a los animales y de mejora de sus condiciones vitales y de sacrificio de aquellos animales que son utilizados como recursos para satisfacer necesidades humanas en muy diversos ámbitos. Buena prueba de ello es la proliferación de leyes autonómicas, que, desde la pionera Ley catalana 3/1988, de 4 de marzo, antes mencionada (que ya prohibió la construcción de nuevas plazas de toros en Cataluña), se han dado todas las Comunidades Autónomas<sup>17</sup>. Esa profusión ha discurrido en paralelo al incremento de las leyes estatales que persiguen como objetivos ciertos el de aminorar, cuando no eliminar, el sufrimiento de los animales<sup>18</sup>. El cénit se alcanzó en 2003 con la introducción del delito del maltrato a los animales, una novedad a la que ciertamente coadyuvó un episodio atroz que sucedió en la noche del 3 de noviembre de 2001, cuando unos desconocidos serraron las patas a quince perros que se encontraban en las instalaciones de la Sociedad Protectora de Animales de Tarragona (la mayoría murieron desangrados). En poco más de un mes la Fundación Altarriba recogió cerca de 600.000 firmas instando al Parlamento a que introdujera en el Código Penal los correctivos necesarios para impedir actos de semejante barbarie. Tras la última reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 (BOE de 23 de junio), el art. 337 castiga con la pena de tres meses a un año de prisión e inhabilitación especial de uno a tres años al que: «... por cualquier medio o procedimiento maltrate injustificadamente a un animal doméstico o amansado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud»<sup>19</sup>.

A nivel europeo, la amplia panoplia de directivas y reglamentos sobre bienestar animal<sup>20</sup> encuentran su cobertura inmediata en el art. 13 del Tratado de Lisboa: «Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte,

<sup>17</sup> Algunas se refieren solo a la protección de los animales domésticos (Canarias, Castilla-La Mancha, Madrid) o de los que viven en el entorno humano (Baleares) o de compañía (Castilla-León, Murcia, Comunidad Valenciana) o de los animales domésticos y de los salvajes en cautividad (Galicia). En el ámbito de sus competencias, estas comunidades también han dictado una profusa normativa sobre otros muchos aspectos relacionados con el trato a los animales en la ganadería, el ocio, etcétera.

<sup>18</sup> Muchas de ellas son, a su vez, trasposiciones de directivas y reglamentos de la Comunidad Europea al ordenamiento jurídico español. Sin pretensión de exhaustividad, *vid.* la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio; el Real Decreto 348/2000, de 10 de marzo, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico la Directiva 98/58/CE relativa a la protección de los animales en explotaciones ganaderas, y las normas relativas al bienestar de los animales de granja: el Real Decreto 692/2010, de 20 de mayo (vacuno y pollos destinados al consumo de carne); el Real Decreto 1221/2009, de 17 de julio (porcino), y el Real Decreto 3/2002, de 11 de enero (gallinas ponedoras).

<sup>19</sup> Fue en el año 2003, mediante la Ley Orgánica 15/2003, cuando se introdujo por primera vez en España el delito de maltrato a los animales aunque se exigía la concurrencia del «ensañamiento» (elemento ahora eliminado tras la reforma de 2010). En esa misma reforma del Código Penal del año 2003 se introdujo la falta del art. 632.2 (que pervive), cuya interpretación —debido a la ambigüedad sintáctica que presenta en su formulación— ha generado una notable controversia. El comportamiento penado es el del maltrato cruel «a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculo público no autorizado legalmente». Muchas audiencias provinciales entienden que la circunstancia de haberse dado el maltrato en espectáculo público no autorizado legalmente ha de concurrir en todo caso, con lo que se hace irrelevante la distinción introducida por el legislador entre los animales domésticos y los «cualquiera otros».

<sup>20</sup> De entre las más recientes, merece la pena destacar el Reglamento 1099/2009, del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza.

mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional».

Esta disposición, como toda la anterior normativa reseñada, son síntoma de una cierta esquizofrenia<sup>21</sup>: al anhelo de mejorar el bienestar de los animales que explotamos o convivimos con nosotros, y procurar la supervivencia en su hábitat de los animales salvajes, se suma el afán de seguir permitiendo prácticas y comportamientos de indudable crueldad y maltrato hacia los animales mediante el expediente de la excepción cultural o religiosa. Las corridas de toros son, señaladamente, una de esas prácticas exceptuadas e inmunizadas. El Estado español, dentro y fuera de sus fronteras, no ha dejado de bregar por mantenerlas bajo ese paraguas protector, como exhibió elocuentemente el embajador Javier Elorza, representante de España ante la Unión Europea, en una entrevista publicada en *La Vanguardia* en 1999: «Nos querían prohibir los toros. Y yo soy taurino hasta el tuétano. Así que —me costó un par de cenas— tramé una estrategia con un gran jurista comunitario: donde decía la UE “velará por el bienestar de los animales...” , añadimos “respetando las tradiciones culturales...” ¡Y así blindamos los toros!»<sup>22</sup>.

La decisión del Parlament de Catalunya de acabar con ese blindaje en Catalunya —a partir de 2012— mediante la eliminación de la excepción taurina en su propia ley de protección de los animales ha levantado ampollas políticas, éticas, y también jurídico-constitucionales<sup>23</sup>. Tengo para mí que, desde el punto de vista moral, el caso de las corridas de toros es un caso claro: no hay justificación bastante para infligir un sufrimiento atroz —que nadie seriamente pone en duda<sup>24</sup>— a un animal con las capacidades que tienen los miembros de la especie *Bos primigenius taurus*. Ni el argumento basado en la tradición, ni el que se apoya en la preservación de la especie, ni el que posterga al bienestar de dichos animales frente a la cultura o el arte o la libertad de empresa o la unidad del mercado, son razones suficientes para la tortura. Pero no me voy a ocupar ahora de este debate<sup>25</sup>, sino de si el actual marco constitucional «prohíbe prohibir» las corridas de toros y a quién se lo prohíbe.

<sup>21</sup> La expresión es de M. NUSSBAUM: «Animal Rights: The Need For A Theoretical Basis», *Harvard Law Review*, vol. 114, núm. 5, marzo, 1506-1549, 1509-1510.

<sup>22</sup> Entrevista de L. AMIGUET publicada en la edición de 2 de junio de 1999.

<sup>23</sup> Se trata de la Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del art. 6 del texto refundido de la Ley de protección de los animales aprobado por Decreto Legislativo 2/2008 (BOE de 24 de agosto de 2010). En el art. 6.1 de dicho texto se establece la prohibición del uso de animales en peleas u otros espectáculos o actividades que les acarree sufrimiento, y se mencionan, no exhaustivamente, cinco actividades prohibidas: las peleas de perros, gallos, las matanzas públicas de animales, atracciones de feria con animales vivos y tiro al pichón. Mediante la Ley 28/2010 se añade una sexta, la letra f): «Las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de las suertes de la pica, las banderillas y el estoque, así como los espectáculos taurinos de cualquier modalidad que tengan lugar dentro o fuera de las plazas de toros, salvo las fiestas con toros a que se refiere el apartado 2».

<sup>24</sup> M. VARGAS LLOSA —célebre aficionado y defensor de las corridas— ha descrito al espectáculo como «impregnado de violencia y crueldad»; *vid.* «La última corrida», *El País*, edición de 2 de mayo de 2004.

<sup>25</sup> Me permito remitirme para ello a mi libro *Justicia para los animales*, Madrid, Alianza, 2003, y a mis alegaciones en el Parlament de Catalunya que fueron publicadas en *El cronista del Estado social*: «Las corridas de toros: las razones del abolicionismo», núm. 12, abril 2010.

Y es que no son pocos, ni poco cualificados, quienes entienden que con la abolición se impide el ejercicio de libertades, derechos y bienes constitucionalmente protegidos [como el de desarrollar un oficio o actividad profesional reconocido en el art. 35.1 CE, o el de la creación artística del art. 20.1.b) o la libertad de empresa del art. 38] y se menoscaba la competencia exclusiva del Estado de preservar el «patrimonio cultural común» (arts. 46 y 149.1.28.<sup>a</sup> CE) así como la de garantizar la «unidad de mercado». Ser banderillero, matador o picador son actividades profesionales u oficios, así como expresiones artísticas; las corridas de toros engrosan, indudablemente, el acervo cultural común y son una empresa lucrativa<sup>26</sup>. La inconstitucionalidad de la ley catalana estaría servida. Así lo ha considerado también el Grupo Parlamentario Popular del Senado al interponer un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 28/2010, en octubre de 2010.

Las anteriores apelaciones tienen un respaldo constitucional indudable y poderoso frente a la insignificancia constitucional del bienestar de los animales no humanos, o la proscripción de su sufrimiento gratuito, como he señalado al comienzo. Sin embargo, en lo que sigue trataré de mostrar que los argumentos esgrimidos para sostener la inconstitucionalidad de la abolición de las corridas de toros —los que llamaré «argumento de la protección cultural» y «argumento de la invisibilidad constitucional de los animales no humanos»— son inconcluyentes.

## 2. LAS CORRIDAS DE TOROS Y EL ARGUMENTO DE LA PROTECCIÓN CULTURAL: ¿DE QUÉ CULTURA HABLAMOS?

El Estado tiene como misión la protección del patrimonio cultural común, como se ha señalado antes. ¿Forman parte las corridas de toros de dicho patrimonio? Para responder afirmativamente —y de manera rotunda— T.-R. FERNÁNDEZ apela a un argumento de autoridad —ciertas afirmaciones de ORTEGA Y GASSET y TIerno GALVÁN<sup>27</sup>— y a un argumento «semántico»: el art. 46 de la Ley del Patrimonio Histórico Español (LPHE), de 25 de junio de 1985<sup>28</sup>. De todo ello extrae, además,

<sup>26</sup> La argumentación ha sido desarrollada con mayores y menores insistencias y matices por G. DOMÉNECH PASCUAL, «La prohibición de las corridas de toros desde una perspectiva constitucional», cit., y T.-R. FERNÁNDEZ, «Sobre la constitucionalidad de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña», en este mismo número.

<sup>27</sup> Aunque podrían ser otras muchas las referencias invocadas (así como muchas también las de destacados intelectuales que lucharon denodadamente por la desaparición del festejo, pues lejos de considerarlo una expresión cultural lo tildaban de barbarie), la de ORTEGA (que procede de su obra *Una interpretación de la historia universal* de 1958) quintaesencia ese tipo de exageración sobre la españolidad y excelencia de las corridas que nutre lo que, en otro lugar, he llamado «ideología taurina»: el conjunto de falsas creencias sobre el origen de las corridas, y el abuso en el empleo del lenguaje metafórico para describir la «cruda realidad» de las mismas; *vid. mi Justicia para los animales, op. cit.*, 281 y ss.

<sup>28</sup> «Forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales». Con ello, la LPHE estaría acogiendo bajo el concepto de «patrimonio cultural» los llamados «bienes-actividad» o, como se denominan, por ejemplo, en la Ley del Patrimonio Cultural Vasco, «bienes etnográficos inmateriales»: usos, costumbres, creaciones, comportamientos «... que trascienden de los restos materiales en que puedan manifestarse...» (art. 53 de la Ley 7/1990, de 3 de julio, de Patrimonio Cultural Vasco). Sobre todo ello *vid. M. VAQUER CABALLERÍA, Estado y cultura: la función cultural de los poderes públicos en la Constitución española*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, 246.

una conclusión normativa igualmente rotunda que merece la pena transcribir íntegramente:

«En el marco de una Constitución que hace de la libertad y el pluralismo valores superiores del ordenamiento jurídico no cabe reconocer a autoridad alguna competencia para prohibir ni los carnavales, ni el flamenco, la jota o la sardana, ni los encierros de Pamplona, ni la romería del Rocío, ni las procesiones de Semana Santa, ni ninguna otra manifestación cultural. La cultura, como el lenguaje, pertenece al pueblo. Es él exclusivamente quien la crea, la modifica o la transforma. Nadie puede imponérsela contra su voluntad, nadie puede quitársela tampoco. *La cultura está en este sentido más allá de la Ley, fuera del alcance de la Ley*»<sup>29</sup>.

Hay, como se sabe, una definición «neutral», descriptiva, de «cultura», como el entramado de «modos de hacer las cosas»; de todas aquellas formas de adaptación al medio que no son heredadas genéticamente, sino transmitidas mediante el aprendizaje. En la definición clásica de E. B. TYLOR (1871) cultura es: «... aquel todo complejo que incluye el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el Derecho, las costumbres y cualesquiera otros hábitos y capacidades adquiridos por el hombre en cuanto miembro de la sociedad»<sup>30</sup>. El propio preámbulo de la LPHE se refiere a la cultura «material» como «acción del hombre en sentido amplio». Es desde esta perspectiva desde la que cabe señalar que no hay personas «incultas», salvo que nos refiramos a individuos absolutamente inhábiles para desarrollarse en su medio (social y natural), de la misma manera que hablamos de analfabetos o ineducados. El Estado protege la cultura en este sentido, y garantiza el derecho a su acceso, de forma muy semejante a como procura la educación a todos los ciudadanos: aportándoles los instrumentos y herramientas cognitivas e intelectuales que les permitan desarrollar su autonomía personal en el entorno social que les ha tocado vivir, en esa, su «cultura».

En un sentido «normativo», cultura sólo incluiría el acervo de conocimientos «valiosos o excelsos»<sup>31</sup>. De nuevo, en el preámbulo de la LPHE, junto con la «cultura» en sentido neutral se hace referencia al «... conjunto de bienes que en sí mismos *han de ser apreciados*... (a la) riqueza colectiva que contiene las *expresiones más dignas* de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los

<sup>29</sup> «Sobre la constitucionalidad de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña», en este mismo número (cursivas mías).

<sup>30</sup> He tomado la cita de J. PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados-Centro de Estudios Constitucionales, 1993: 24-25. Más recientemente, lo cultural como «... imposición de lo arbitrario sobre el medio» constituye la célebre definición del antropólogo R. L. HOLLOWAY JR., para, de esa forma, hacer a los seres humanos los únicos animales «culturales»; *vid.* «Culture: A Human Domain», *Current Anthropology*, vol. 10, núm. 4, octubre 1969: 395-412, 395, 397, 399-400. La forma de organización de la experiencia y su transmisión «arbitraria», esto es, mediante instrumentos (paradigmáticamente el lenguaje) que no son representaciones «icónicas» de lo referido (que no tratan de guardar similitud ninguna con el objeto, acción o escenario de referencia) es lo característicamente «cultural». Es por ello por lo que, de acuerdo con esta corriente, no tiene sentido hablar de «cultura de los chimpancés», aunque haya sido demostrado que ciertas poblaciones de chimpancés, pero no otras, manipulan su entorno para su beneficio —mediante formas muy primarias de preparar alimentos, por ejemplo, o de construir herramientas de las que valerse—. *Vid.*, respectivamente, los clásicos trabajos de S. KAWAMURA, «The process of subcultural propagation among Japanese macaques», *Primates*, núm. 2, 1959, 43-60, y J. MOSTERÍN, *Filosofía de la cultura*, Madrid, Alianza Universidad, 1993, 50-54.

<sup>31</sup> Sobre los orígenes históricos de esta acepción, *vid.* J. MOSTERÍN, *Filosofía de la cultura*, *op. cit.*, 16-17.

ciudadanos» (cursivas mías)<sup>32</sup>. La persona culta se distinguiría por conocer y apreciar las expresiones (supuestamente) más refinadas de ese entramado, aquellas manifestaciones artísticas o científicas más singulares por el especial esfuerzo que tuvo que ser empleado para su creación, o la capacidad cognitiva, o destreza manual, o técnica o imaginación que denotan<sup>33</sup>.

En último término nos referimos con «cultura» a las actitudes, creencias, y valores compartidos que serían característicos de una institución, organización o grupo (así, se habla de la «cultura» de empresas determinadas, como su singular modo de producir o desarrollar el negocio frente a sus competidoras)<sup>34</sup>.

Despejado mínimamente el campo conceptual, ¿hasta qué punto es cierta la contundente, y sorprendente, afirmación de T.-R. FERNÁNDEZ de que la cultura —y por ende las corridas de toros— están «... más allá de la ley, fuera del alcance de la ley»?

En primer lugar, tomando «cultura» en el que he denominado sentido «neutral» o «descriptivo», es verdad que resulta muy difícil, fácticamente, y de muy dudosa corrección moral, por lo que de ataque a la libertad individual y colectiva supone, que el poder público impida ciertas expresiones culturales o imponga otras, cercenando así la espontaneidad del modo en el que los individuos nos acabamos relacionando con el medio y entre sí. Pero repárese en que una tal intervención del poder público no resulta fácticamente imposible: el propio T.-R. FERNÁNDEZ censura al empeño hodierno de favorecer el catalán en Cataluña frente al castellano, y cabría aludir en esa misma línea, al afán franquista de antaño de impedir el uso del catalán en Cataluña, o la prohibición de los carnavales, ejemplo que también figura en el elenco que nos proporciona FERNÁNDEZ de manifestaciones culturales «más allá de la ley». Sí resultarían absurdas las injerencias extremas: el intento de imponer, por parte del poder público, culturas o lenguas completamente ajenas, como muestra la célebre e hilarante escena de *Bananas* de Woody Allen<sup>35</sup>.

Ahora bien, en esta primera dimensión de lo cultural hay manifestaciones o expresiones culturales que una Constitución que hace del pluralismo y la libertad sus valores superiores, pero que también incorpora la garantía de ciertos derechos básicos, no sólo puede legítimamente prohibir, sino que *debe hacerlo*. Durante siglos, los seres humanos han impuesto sanciones de maneras muy diversas en aras al mantenimiento de la

<sup>32</sup> A este sentido axiológico es al que, aparentemente, se estaría aludiendo en la Constitución española con el término «cultura»; *vid.* A. PAU y M. J. ROCA, «Arte y poder», en *Estado y cultura*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009: 49-142, 55, y M. VAQUER, *Estado y cultura*, *op. cit.*, 92-94, 98. Por otro lado, es ese sentido normativo del término, y la correspondiente obligación del Estado de fomentar o proteger lo juzgado como excelente o apreciable culturalmente, lo que pone en peligro la necesaria neutralidad del Estado y lo que ha llevado al Tribunal Constitucional alemán a considerar que ese control de contenidos del arte por parte del Estado —que se erige así en una suerte de juez estético— resulta constitucionalmente inadmisibles; *vid.* S. HUSTER, «La cultura en el Estado constitucional», en *Estado y cultura*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 13-47, 18-19.

<sup>33</sup> Esta forma de «alta cultura» se contraponen a la llamada «cultura popular», la que aprecia y disfruta el individuo corriente que ve en ella sobre todo una fuente de entretenimiento, lo cual permite incluir al deporte o a la moda también como parte de la cultura.

<sup>34</sup> Un catálogo de otras posibles acepciones lo aporta J. PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y constitución*, *op. cit.*, 26.

<sup>35</sup> Nada más proclamarse presidente de San Marcos, una isla caribeña, el dictador —indisimuladamente semejante a Fidel Castro— declara que a partir de ese momento la lengua oficial en el país será el sueco.

paz y de la convivencia en sus comunidades. Durante siglos, todos esos grupos —tribus, naciones, Estados— han aplicado la pena de muerte como castigo máximo y la tortura como método para la persecución del crimen o como sistema de control social. No todos esos colectivos lo han hecho de la misma manera, y el ingenio o sutileza, atrocidad o bondad en la que se ha provocado deliberada e institucionalmente la muerte a otro individuo, o su sufrimiento para domeñar su voluntad resistente, conforman la «cultura de la pena de muerte» o la «cultura de la tortura». La guillotina es parte de la cultura francesa como el *foie-gras*; el potro y el garrote vil de la cultura española tanto como las corridas de toros y el flamenco. La inmensa mayoría de la ciudadanía en España, con buenas razones, no estuvo dispuesta en el momento constituyente a preservar, y mucho menos fomentar, esa parte de «... los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales» (prólogo de la LPHE)<sup>36</sup>. No es extraño, por ello, que en uno de los principios rectores de la Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales de la UNESCO se lea que: «Nadie podrá invocar las disposiciones de la presente Convención para atentar contra los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y garantizados por el Derecho internacional, o para limitar su ámbito de aplicación» (art. 2.1)<sup>37</sup>.

¿Forman parte las corridas de toros de la «cultura» entendida «normativamente»? ¿Son una de esas manifestaciones «dignas de aprecio» de nuestra condición humana, característica de nuestras capacidades artísticas e intelectuales, de nuestro ingenio? Aquí la discusión se torna más intratable por subjetiva<sup>38</sup>. Tomemos, por ejemplo, a uno de los pensadores contemporáneos que en España más ha defendido el valor del espectáculo taurino: V. GÓMEZ PIN. A su juicio, la tauromaquia es una «exigencia ética» pues las corridas de toros constituyen una ocasión sin par para representar y reivindicar nuestra humanidad<sup>39</sup>. Lo hacemos en el espectáculo taurino sacrificando

---

<sup>36</sup> La Corte Constitucional de Colombia tuvo ocasión de expresar esta misma idea al enjuiciar la constitucionalidad del Reglamento de Espectáculos Taurinos en la sentencia C-1192/05 ya mencionada (*vid. supra* nota 8). En sus propias palabras: «Así las cosas, no todas las actividades del quehacer humano que expresan una visión personal del mundo, que interpretan la realidad o la modifican a través de la imaginación, independientemente de que en su ejecución se acudan al auxilio de recursos plásticos, lingüísticos, corporales o sonoros, pueden considerarse por parte del legislador como expresiones artísticas y culturales del Estado. En efecto, es preciso recordar que conforme al preámbulo y a los arts. 1, 2, 4 y 13 de la Constitución Política, esta Corporación ha reconocido que el criterio jurídico de razonabilidad —en tanto límite a la potestad de configuración normativa— implica la exclusión de toda decisión que éste adopte y que resulte manifiestamente absurda, injustificada o insensata, vale decir, que se aparte por completo de los designios de la recta razón, lo que ocurriría, por ejemplo, al pretenderse categorizar como expresiones artísticas y culturales del Estado, comportamientos humanos que única y exclusivamente manifiesten actos de violencia o de perversión (*v. gr.* la pornografía, el voyerismo y el sadismo), que además de considerarse lesivos de los valores fundamentales de la sociedad, desconocen principios y derechos fundamentales como los de la dignidad humana (CP arts. 1 y 12) y la prohibición de tratos crueles (CP art. 12)».

<sup>37</sup> La Convención fue hecha en París el 20 de octubre de 2005. España la ratificó el 18 de diciembre de 2006. Es precisamente de la UNESCO de donde procede la noción de «bien cultural» y del Derecho internacional la de «patrimonio cultural»; *vid. VAQUER, Estado y cultura, op. cit.*, 239-240, 253-254.

<sup>38</sup> Para una mayor profundización en el tema, en las páginas de este mismo número se puede consultar el enriquecedor trabajo de F. LARA, «Animales y espectáculos».

<sup>39</sup> También F. WOLFF ha reivindicado el «imperativo ético» de las corridas de toros. Sus razones, sin embargo, son distintas a las de GÓMEZ PIN: a su juicio lidiar en el coso al toro y sacrificarle según los cánones de la corrida es el mejor tributo que podemos rendir a su condición de animal «bravo» que estaría, por decirlo

al animal que también somos, despidiéndonos de esa, nuestra condición, que debe ser superada haciéndonos conscientes de la condición de mortales que nos acompaña<sup>40</sup>. ¿No basta para tales reivindicaciones con las representaciones, con la teatralización o la filmación de hechos ficticios, que no supone, en ninguno de los casos, la inflicción de sufrimiento real a un ser sintiente?

Si lo que tiene de valioso la expresión artística radica en la destreza singular del ejecutante o creador, ciertamente quienes participan en la lidia son artistas (unos mejores y otros peores) en su despliegue corporal al enfrentarse al animal. Y el espectáculo es culturalmente apreciable en su conjunto por la concurrencia de otros elementos que son valiosos por la historia que les acompaña o por el esfuerzo que se emplea en su producción (los trajes, por ejemplo). Todo ello contribuye a dotar a las corridas de toros de la consideración de «bien cultural». Puede que así sea, aunque incluso para el apologeta de las corridas antes mencionado, GÓMEZ PIN, la tauromaquia no es un arte<sup>41</sup>.

En todo caso, la pregunta que a nosotros, juristas y filósofos del Derecho, interesa es si pueden seguir conservándose desde el momento en que es abrumadora la evidencia de que generan un enorme sufrimiento a parte de los (involuntarios) protagonistas. Mi respuesta es que no, que incluso si conforman el patrimonio cultural español, su fomento, defensa o conservación debería encontrar un límite como el señalado. ¿Pero es ese —el de evitar el sufrimiento del animal— un límite *constitucionalmente amparado*? Por razones de legitimidad democrática, sobre las que abundaré posteriormente, me parece a mí que la cuestión es más bien la de si *imponer ese límite está constitucionalmente prohibido*. Por dichas razones vinculadas al ideal democrático, defenderé que no hay tal prohibición constitucional a impedir la celebración de corridas de toros incluso si son considerables como un bien cultural o como parte integrante del patrimonio cultural común. Tal y como afirma el Tribunal Supremo en la STS de 20 de octubre de 1998, «... no es razonable entender que el deber que a los poderes públicos incumbe de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural (art. 46 de la Constitución), impone la obligación de interpretar las leyes de modo incondicional en sentido favorable al mantenimiento de todas las manifestaciones in-

---

así, reclamándonos ese final. Esta extravagante argumentación pende de premisas etológicas y zoológicas que la comunidad científica considera puras invenciones. Por otro lado, genera la paradójica e increíble consecuencia de que tengamos que censurar a todos aquellos países que sacrifican a los toros de manera indolora y sin que medien corridas de toros —con todas las suertes acostumbradas— de por medio. *Vid. Filosofía de las corridas de toros*, Barcelona, Ediciones Bellaterra, 2010 (1.ª ed., 2007).

<sup>40</sup> *La escuela más sobria de la vida. Tauromaquia como exigencia ética*, Madrid, Espasa Calpe, 2002: 42-43, 58-59, 97, 149, 218 y 223.

<sup>41</sup> Aunque las razones que esgrime para sostenerlo son, lo confieso, incomprensibles para mí «[L]a tauromaquia —señala— no es clasificable como arte por la sencilla razón de que este vocablo designa... un conjunto de tareas humanas cuya realización y proyección social es perfectamente compatible con la persistencia en sus receptores de una abulia espiritual que la tauromaquia (por su intrínseca radicalidad) apunta a abolir. La tauromaquia no es, de entrada, clasificable como arte porque éste, en sus modalidades convencionales, es excesivamente respetuoso con los parapetos que la cultura ha fraguado para evitar que se restaure la exigencia de verdad, la exigencia de desvelamiento, exigencia indisoluble de una radical confrontación que es, de hecho, el motor originario de la obra de arte y lo único que le otorga legitimidad... La tauromaquia no es clasificable como arte porque, en la forma misma, este muy a menudo se complace en las brumas que impiden la percepción nítida de la dificultad a vencer, mientras que la primera condición de la tauromaquia es la delimitación (no ya rigurosa, sino exacta) de la dificultad y, en consecuencia, la vigencia en todo momento del juicio claro del torero»; *La escuela más sobria de la vida*, 134.

herentes a los espectáculos tradicionales sin tener en cuenta otros intereses y derechos protegidos y, en lo que aquí especialmente interesa, otros valores culturales, a veces contrapuestos, que deben ser adecuadamente ponderados»<sup>42</sup>.

### 3. CULTURAS, ESPECTÁCULOS Y UNIDAD DE MERCADO: EL ARGUMENTO COMPETENCIAL

Un segundo aspecto de la controversia en torno a la constitucionalidad de la ley que abole las corridas de toros en Cataluña es la de determinar si esa es o no una competencia que las Comunidades Autónomas puedan ejercer. Para T.-R. FERNÁNDEZ, entre otros, de los preceptos que se invocan del Estatuto de Cataluña (EAC) para sustentar la prohibición que supone la Ley 28/2010 (los arts. 46, 116, 141, 144 y 189)<sup>43</sup> sólo son *prima facie* atendibles los arts. 116.1.d) y 141. El primero establece que: «Corresponde a la Generalitat, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 149.1.13 y 16 de la Constitución, la competencia exclusiva en materia de agricultura y ganadería. Esta competencia incluye en todo caso... La sanidad vegetal y animal cuando no tenga efectos sobre la salud humana y la protección de los animales». El segundo atribuye a la Generalitat la «... competencia exclusiva en materia de espectáculos y actividades recreativas, que incluye, en todo caso, la ordenación del sector, el régimen de intervención administrativa y el control de todo tipo de espectáculos en espacios y locales públicos». El primer título encontraría el límite del respeto a las bases de la ordenación general de la actividad económica que, de acuerdo con el art. 149.1.13 de la Constitución, corresponde fijar al Estado. La prohibición de las corridas de toros supone, en definitiva, poner palos en las ruedas del desarrollo de un sector importante de la economía española en Cataluña, es decir, rompería unilateralmente la «unidad de mercado» por impedir la libre circulación de bienes y personas en todo el territorio nacional, y la igualdad de condiciones básicas en el ejercicio de la actividad económica vinculada al festejo taurino.

No hay duda de que la política económica, entendida como la fijación de los grandes objetivos macroeconómicos y las políticas monetarias, fiscales y de comercio exterior adecuadas para lograrlos, recae en manos del Estado, de acuerdo con el art. 149.1.13 CE, aunque no se deben olvidar los muy estrechos márgenes que, para el desarrollo de dichas políticas, tienen hoy los Estados integrados en la UE. La STC 29/1986, de 20 de febrero (relativa a los Decretos de reconversión y reindustrialización) atribuye al Estado la potestad de asegurar la «unidad de la política económica» incluso mediante la ordenación de aquellos sectores económicos asumidos en exclusiva por las CC.AA. en sus Estatutos. Puesta en manos del Estado, se trata de una interpretación del precepto constitucional que el propio Tribunal Constitucional ha tenido que atemperar pues pudiera conducir al vaciamiento de las competencias auto-

<sup>42</sup> RJ 1998/8923. El caso se originó cuando la Generalitat de Catalunya sancionó al Ayuntamiento de Cardona por haberse dado muerte a cuatro toros durante la celebración de un *corre bous*, hecho éste con el que se infringía la Ley 3/1998 de Cataluña de protección de los animales.

<sup>43</sup> El art. 46 establece que la obligación de los poderes públicos de proteger el medio ambiente; el 144 establece la competencia compartida sobre medio ambiente, espacios naturales y meteorología y el art. 189 se refiere al desarrollo y ejecución del Derecho de la Unión Europea.

nómicas. De esa forma, se exige entre otros requisitos, que la medida impuesta por el Estado, al amparo del art. 149.1.13 CE, tenga una incidencia «directa y significativa» en la actividad económica general. Además, el TC ha exigido que esas medidas del Estado adoptadas bajo el paraguas de la ordenación general de la actividad económica se limiten a lo «básico»<sup>44</sup>.

En relación con la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles» que se vería vulnerada por la Ley 28/2010 al limitar el ejercicio de las actividades profesionales y empresariales vinculadas al festejo taurino, el TC ha insistido, lógicamente, en que ello ha de hacerse compatible con la descentralización, con lo que no cabe imponer «una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento jurídico» que pudiera erigirse en un escollo infranqueable para la potestad normativa de las CC.AA. (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre; 102/1985, de 4 de octubre, y 37/1987, de 26 de marzo)<sup>45</sup>. En la STC 52/1988, de 24 de marzo, el Tribunal Constitucional, al juzgar la constitucionalidad de la Ley 15/1984 del Parlamento de Cataluña del juego y la presunta vulneración en la misma de las garantías, principios y preceptos constitucionales que sostienen la unidad de mercado, señala: «Es evidente que dicha regulación autonómica puede afectar a las industrias dedicadas a la fabricación de tales materiales o instrumentos, pero ello sólo determinaría la atribución al Estado de la competencia para regular las características de los mismos si esta regulación hubiera de entenderse comprendida entre los aspectos básicos de la actividad económica general —art. 12.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña— o entre las condiciones básicas que permiten garantizar la igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales —art. 149.1.1 de la CE— y, en concreto, en el ejercicio de la libertad de empresa» (FJ 4).

De todo ello se infiere el que, a mi juicio, la Generalitat de Catalunya puede perfectamente afectar a un sector económico no básico de la actividad económica del conjunto del Estado —y mucho menos básico, obviamente, si el marco de referencia es la Unión Europea—, pues, como veremos a continuación, cuenta con las competencias necesarias tanto para la regulación de los espectáculos públicos cuanto para la protección de los animales en ellos involucrados.

T.-R. FERNÁNDEZ estima, sin embargo, que la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de espectáculos lo sería a los solos efectos del ejercicio de la policía administrativa, esto es, el conjunto de «facultades y poderes dirigidos a asegurar un desarrollo ordenado de los mismos»<sup>46</sup>. A dicha interpretación coadyuvaría la lectura del Decreto de traspaso de competencias (RD 1771/1985, de 1 de agosto), donde el Estado se reserva la competencia para la suspensión o prohibición de espectáculos, así como algunas sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 49/1984 y 153/1985) que abundarían en esa dirección.

<sup>44</sup> A. CIDONCHA, «La unidad de mercado como límite constitucional a la descentralización: un balance», en *La unidad de mercado en la España actual*, VV.AA., Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 2010, 155-192, 162 y ss.

<sup>45</sup> He tomado las referencias de estas sentencias de H. VILLAREJO y A. CALONGE, «Unidad de mercado y comercio interior», en *La unidad de mercado en la España actual*, op. cit., 193-249, 209, n. 14.

<sup>46</sup> T.-R. FERNÁNDEZ, «Sobre la constitucionalidad...», en este volumen.

Antes de afrontar directamente este argumento, interesa hacer algunas consideraciones preliminares relativas a lo que ha venido ocurriendo en relación con las manifestaciones culturales en España en las que se hace uso de animales, y las muchas constricciones o reformas, cuando no directas supresiones, a las que han procedido distintas Comunidades Autónomas. Ese recorrido resulta pertinente a los efectos de juzgar el presunto «exceso competencial» en el que habría incurrido el Parlament de Catalunya, y para reivindicar, también, una lectura de la distribución en materia cultural que es mucho más atenta a la realidad de diversidad plurinacional del Estado español que la visión uniformadora y homogeneizadora que destila el planteamiento de T.-R. FERNÁNDEZ<sup>47</sup>.

Muchas culturas, y, concretamente, diversas expresiones culturales muy españolas (y muy crueles con los animales), han venido siendo reformadas en los últimos años, e incluso prohibidas, por parte de autoridades varias que han sido sensibles a las demandas de quienes consideran que el maltrato a los animales no está justificado ni por la diversión, ni por la tradición. En Lekeitio, hasta 1986 se celebraba una fiesta popular («El día de los gansos» o «Antzar Eguna») en la que los mozos nadaban hasta una cuerda donde pendían gansos vivos a los que aquellos trataban de descabezar. Hoy se sigue celebrando, aunque el ganso es previamente sacrificado. El grupo Berdeak-Los Verdes reclama que se utilicen gansos de plástico.

Las corridas de toros son también una de las muchas manifestaciones del uso y abuso de animales para nuestro esparcimiento, ocio o expresión «artística». El espectáculo o la fiesta taurina no es un producto únicamente español aunque en ningún otro país como en el nuestro han arraigado y perdurado durante tanto tiempo. En la Inglaterra del siglo XVII los festejos con toros y perros (*bull baiting*) fueron sumamente populares, así como en otros lugares de Europa, como resulta bien sabido.

No se puede negar, por tanto, que en la cultura española el festejo con animales «estrella» ha sido el taurino, pero tampoco cabe discutir que ese espectáculo ha ido variando de manera muy importante a lo largo de siglos: la actual corrida de toros (tradición que, según los expertos, no aparece hasta el siglo XVIII) arranca, por lo que parece, con el lanceamiento del toro a caballo, una diversión protagonizada entonces por la nobleza, y que hoy se mantiene como «espectáculo» en Tordesillas (Valladolid)<sup>48</sup>. De hecho, como es también conocido, en distintos momentos de nuestra historia la autoridad pública ha eliminado algunos de los elementos más característicos de las corridas de toros, elementos que entonces eran también «tradicionales» —el parapeto de los caballos de la suerte de varas— llegando hasta su total prohibición a principios del siglo XIX<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> *Vid.*, en esa línea, VAQUER, quien encuentra consagrado constitucionalmente el pluralismo cultural en el preámbulo de la Constitución, o en la atribución de valor cultural a las modalidades lingüísticas de España (art. 3.3) o en la imputación del patrimonio cultural a diversos pueblos de España. El pluralismo cultural sería, al cabo, el fundamento mismo de la descentralización que acompaña a la Constitución; *vid. Estado y cultura, op. cit.*, 175.

<sup>48</sup> Desde hace años, el día de su celebración a principios de septiembre se provocan manifestaciones de repulsa y muy serios. Se trata de una expresión cultural que se celebra bajo la intermediación severa de la Guardia Civil.

<sup>49</sup> Así, mediante la Pragmática sanción de 14 de noviembre de 1785 Carlos III impone prohibiciones condicionadas a la fiesta, y, en 1805, su hijo Carlos IV los prohíbe absolutamente. En 1908, mediante Real

La autoridad pública sigue procediendo a esas restricciones incluso tras el levantamiento de la prohibición de las corridas de toros que supuso la aprobación en 1991 de la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos. El Estado, pero también algunas Comunidades Autónomas, han establecido limitaciones y prohibiciones en su desarrollo, que llegan hasta la posibilidad misma de su existencia; han promulgado normas que pueden ser vistas como formas de «modular» o «reconstruir» la tradición cultural bajo nuevos parámetros como el de conjugar la evitación del sufrimiento de los animales. Y todo ello al amparo de la propia Ley 10/1991 en cuya disposición adicional 1.<sup>a</sup> se puede leer: «Lo establecido en la presente Ley será de aplicación general en defecto de las disposiciones específicas que puedan dictar las Comunidades Autónomas con competencia normativa en la materia, correspondiendo su ejecución a los órganos competentes de aquéllas, sin perjuicio de las facultades atribuidas al Estado en relación con los espectáculos taurinos».

Así, la Comunidad Autónoma de Madrid en el Reglamento de Espectáculos Taurinos Populares (Decreto de la Consejería de Presidencia, núm 112, de 25 de julio de 1996), después de definir y reglamentar los encierros y las sueltas de reses, prohíbe en su art. 3.2 los espectáculos taurinos que impliquen maltrato a las reses, y, concretamente: «Los espectáculos consistentes en embolar a las reses, prendiendo fuego al material o sustancia con que se ha realizado el embolado o en sujetar antorchas a sus astas. Los espectáculos consistentes en atar a las reses con maromas, sogas o de cualquier otra manera». Es decir, en la Comunidad Autónoma de Madrid se prohibieron en 1996 dos típicas manifestaciones culturales de otras zonas de España, entre ellas, Cataluña: el que allí denominan «*bou embolat*» y «*bou capllaçat*».

Lo mismo podemos decir del Decreto 87/1998, de 28 de julio, que aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos Populares de Castilla-La Mancha (DOCM de 28 de agosto) en cuyo art. 3.2 se prohíben aquellos espectáculos taurinos que impliquen maltrato a las reses y, especialmente: «Los espectáculos consistentes en embolar a las reses, prendiendo fuego al material o sustancia con que se ha realizado el embolado, o en sujetar antorchas o elementos similares a sus cuernos», y «Los espectáculos consistentes en atar a las reses, a un punto fijo, con maromas, sogas, o de cualquier otra forma». En Castilla-La Mancha, por tanto, no está permitido el espectáculo taurino que el Decreto 30/1996 de 31 de mayo que aprueba el Reglamento de Espectáculos Taurinos Tradicionales de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOLR de 4 de junio) permite expresamente por tener el carácter de festejo taurino tradicional (art. 3): el «toro ensogado en Cenícero y Cabretón» (B.º de Cervera del Río Alhama).

Y la expresión máxima de dicha actuación moduladora o incluso prohibitiva por parte de la autoridad es la Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales de la Comunidad Canaria. En dicha norma, se prohíben, sin excepciones, los maltratos a los animales, «... someterlos a cualquier práctica que les pueda producir sufrimientos o daños injustificados» (art. 2). Además: «Se prohíbe la utilización de animales en peleas, fiestas, espectáculos y otras actividades que conlleven maltrato, crueldad o su-

---

Orden, Juan de la Cierva prohíbe la suelta de reses por calles y plazas de los pueblos, lo cual generó revueltas y tumultos populares. Sobre todo ello, *vid.* T.-R. FERNÁNDEZ, «Los toros bravos», en S. Muñoz Machado (ed.), *Los animales y el derecho*, Madrid, Civitas, 1999, 119-133, 130-131.

frimiento» (art. 5). Ambos preceptos permiten sostener que las corridas de toros están prohibidas en Canarias<sup>50</sup>.

Las corridas de toros han venido manteniendo su posibilidad como excepción propia en las leyes de protección de los animales que, como antes señalaba, han proliferado desde la pionera norma catalana en todas las Comunidades Autónomas. Han sido, por tanto, una excepción a la regla general prohibitiva de no maltratar cruelmente a los animales que están bajo nuestro dominio<sup>51</sup>. Canarias sólo mantuvo la excepción permisiva expresa —aun con restricciones— de su festejo popular idiosincrásico —y también cruel— con los animales: las peleas de gallos. Y es lamentable que lo haya hecho, como es lamentable ahora que en Cataluña no se haya aprovechado también para eliminar la excepción de los *corre-bous*. En todo caso: ¿no hay algo extraño en defender, mantener y fomentar el patrimonio cultural con el que se categoriza a las corridas de toros, bajo el manto de lo «excepcional»? Sea como fuere, ni entonces —cuando normativamente Canarias dejó de blindar excepcionalmente las corridas de toros— ni antes —cuando dejaron de celebrarse por la colectiva pérdida de interés— el Estado sintió llamada alguna a defender y fomentar el «patrimonio cultural común» que supuestamente engrosan las corridas de toros, ni tampoco instó a la declaración de inconstitucionalidad de la ley canaria, cosa que indudablemente hubiera debido hacer si, pongamos, la Comunidad Canaria hubiera decidido permitir mediante ley la venta de inmuebles como la torre de El Tostón en Fuerteventura<sup>52</sup>.

Todo lo anterior abona la posibilidad de que la Comunidad Autónoma de Cataluña, en el ejercicio de sus competencias sobre cultura y espectáculos, decida prohibir de manera radical las corridas de toros en atención a la protección de los animales, competencia expresamente asumida en el Estatuto aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, asunción sobre la que el Tribunal Constitucional no ha encontrado tacha de inconstitucionalidad alguna en su STC 31/2010, de 28 de junio. Como afirma DOMÉNECH PASCUAL: «... tampoco sería descabellado sostener que el art. 141.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, *interpretado a la vista de la realidad social actual*, permite al legislador catalán regular los espectáculos en atención a otros fines públicos distintos de los tradicionales (se refiere a la moralidad pública, la integridad física de los participantes, la tranquilidad de los afectados y la comodidad de los espectadores) pero considerados legítimos y cuya gestión no ha sido inequívocamente encomendada al Estado por la Constitución. De hecho (como he

<sup>50</sup> Dice T.-R. FERNÁNDEZ al respecto, que la ley canaria mantuvo la excepción expresa de las peleas de gallos, lo cual es cierto, y que, en relación con las corridas de toros «guardó silencio» (*vid.* su contribución en este número). Ciertamente lo hizo, como en relación a las peleas entre osos y perros (que divirtieron enormemente al pueblo madrileño en su día), o el lanzamiento de una cabra desde un campanario (que hasta hace muy poco se celebraba en la zamorana localidad de Manganeses de la Polvorosa al inicio de las fiestas de San Vicente), por poner solo dos entre los infinitos ejemplos de «silencio» posibles. Por simple subsunción en el resto del art. 5 de la ley canaria, las corridas de toros están prohibidas en esa Comunidad.

<sup>51</sup> Como destaca oportunamente DOMÉNECH PASCUAL esa técnica legislativa no puede evitar «las connotaciones negativas inevitablemente asociadas a toda regulación excepcional»; «La prohibición de las corridas de toros desde una perspectiva constitucional...», *op. cit.*, 18.

<sup>52</sup> Esta es también la tesis sostenida por la magistrada Núria Clèries en su voto discrepante en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 854/2001, de 11 de julio. De acuerdo con la argumentación de la mayoría, que estima que la prohibición del rejoneo de un toro que se iba a practicar como parte de la representación de una ópera contraría la libertad artística, la ley de protección de los animales catalana es presuntamente inconstitucional y por tanto debieran haber elevado la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

tenido oportunidad de pormenorizar anteriormente) prácticamente todos los legisladores autonómicos han interpretado en este sentido los preceptos equivalentes de sus respectivos Estatutos, al prohibir por regla general los espectáculos en que se maltrate a los animales, *sin que las autoridades estatales hayan discutido nunca estas prohibiciones*<sup>53</sup>.

Como en tantos otros ámbitos, la distribución competencial sobre cultura y espectáculos entre el Estado y las Comunidades Autónomas no ha sido pacífica. No sólo Cataluña, sino también Galicia y el País Vasco, sostuvieron muy tempranamente frente a la Ley 16/1985, de 25 de junio, reguladora del Patrimonio Histórico, que la competencia exclusiva del Estado sobre la «defensa del patrimonio cultural común» (art. 149.1.28.<sup>a</sup> de la CE) en el que supuestamente quedarían engrosadas las corridas de toros según la tesis de FERNÁNDEZ, lo era a los solos efectos de evitar la expoliación y la expropiación, tal y como literalmente reza el 149.1.28.<sup>a</sup> CE. El TC en su STC 17/1991, de 31 de enero, negó que la competencia estatal se limitara a esos supuestos, pues se trata de bienes «dotados de singulares características... patrimonio cultural de todos los españoles e incluso de la Comunidad internacional por constituir una aportación histórica a la cultura universal» (FJ 2), insistiendo en el carácter concurrente de la competencia, y añadiendo que: «No cabe sin embargo extender la competencia estatal a ámbitos no queridos por el constituyente, por efecto de aquella incardinación general del patrimonio histórico-artístico en el término cultural... El Estado ostenta, pues, la competencia exclusiva en la defensa de dicho patrimonio contra la exportación y la expoliación, y las Comunidades Autónomas recurrentes en lo restante según sus respectivos Estatutos; sin que ello implique que la eventual afectación de intereses generales o la concurrencia de otros títulos competenciales del Estado en materia determinada no deban también tenerse presentes como límites que habrá que ponderar en cada caso concreto» (FJ 3).

Si de fenómeno cultural hablamos, el Tribunal Constitucional, al interpretar el art. 44.1 de la CE en la Sentencia 49/1984 a la que se refiere FERNÁNDEZ, ha tenido ocasión de señalar que: «... una reflexión sobre la vida cultural, lleva a la conclusión de que la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, y aun podríamos añadir de otras Comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de “fomento de la cultura”»<sup>54</sup>. En esa línea, el Consejo de Garantías Estatutarias, en su Dictamen 12/2010, de 5 de julio, sobre la prohibición de las corridas de toros en Cataluña ha extraído la conclusión de que: «Desde la lógica de la concurrencia competencial, parece evidente que las concepciones que los diversos poderes públicos puedan tener de aquello que se puede entender como expresión cultural pueden ser comunes y también heterogéneas, e incluso opuestas» (cursivas mías). Y es que, como

<sup>53</sup> «La prohibición de las corridas de toros desde una perspectiva constitucional», *op. cit.*, 19 (cursivas mías).

<sup>54</sup> La sentencia resolvía un recurso de inconstitucionalidad promovido por la Generalitat contra la Ley 1/1982, de 24 de febrero, por la que se regulaban las salas especiales de exhibición cinematográfica, la filмотeca española y las tarifas de las tasas por licencia de doblaje. *Vid.* igualmente la STC 11/1986, de 28 de enero, y el comentario al art. 44 de E. NIETO GARRIDO en *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, 1083-1087.

destaca el magistrado José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 854/2001, de 11 de julio, la Ley catalana de protección de los animales de 1988 es «un paradigma cultural de la comunidad de Cataluña». Como expresión de ese paradigma, de esa «cultura» debe entenderse su reforma de 2010 para acabar con las corridas de toros.

#### 4. ¿ESTÁN LOS TOROS EN EL COTO VEDADO CONSTITUCIONAL?: EL ARGUMENTO DE LA IRRELEVANCIA CONSTITUCIONAL DEL BIENESTAR DE LOS ANIMALES

Finalmente, la tesis que sostiene la inconstitucionalidad de la abolición de las corridas de toros se hace fuerte con la consideración de que con dicha prohibición se sacrifican bienes y derechos constitucionalmente amparados: la libertad de creación artística del art. 20; el derecho a ejercer un oficio u profesión del art. 35 y la libertad de empresa del art. 38. ¿Es inexpugnable esta apelación? A mi juicio no.

Ni esos derechos invocados, ni la gran mayoría de los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, son absolutos, esto es, su sacrificio puede estar justificado<sup>55</sup>. De acuerdo con una muy consolidada doctrina del tribunal constitucional que arranca con la STC 11/1981, de 8 de abril, relativa al derecho de huelga, la existencia de otros derechos en conflicto o de bienes constitucionalmente protegidos, sirven de limitación al alcance de los derechos fundamentales (amén de, obviamente, los propios límites expresamente recogidos en la CE), siempre y cuando dicha afectación sea proporcionada, necesaria e idónea para lograr un fin legítimo y se respete el contenido esencial del derecho afectado<sup>56</sup>.

Así, en la STC 66/1991, de 22 de marzo, el TC tiene que valorar si la Comunidad de Castilla-León, al prohibir la venta de cangrejos de río vulnera los arts. 33.1 (propiedad privada) y 38 de la CE (y con ello la unidad de mercado que antes hemos analizado). Según el Tribunal Constitucional, el fin subyacente a la prohibición —evitar la desaparición del cangrejo autóctono— es constitucionalmente legítimo —está amparado por la protección de los ecosistemas y la utilización racional de los recursos naturales del art. 45.2 CE— y el modo de procurarlo resulta proporcionado (FJ 3)<sup>57</sup>.

¿Es sólo lo *explícitamente* previsto en la Constitución como Derecho, o bien, o fin lo que puede servir de límite a los derechos fundamentales<sup>58</sup>? En uno de los casos clásicos de la jurisprudencia constitucional española en esta materia, la STC 57/1994, de 28 de febrero, se lee: «... los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución sólo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga,

<sup>55</sup> Recientemente, M. ATIENZA ha sostenido que ninguno de los derechos fundamentales tiene ese carácter; *vid.* «El caso Gürtel y la objetividad del Derecho», *El notario del siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 31, mayo-junio 2010, 46-50, 48.

<sup>56</sup> *Vid.* en la misma línea el FJ 8 de la STC 120/1990 (huelga de hambre de los GRAPO).

<sup>57</sup> Sobre dicha decisión, y los límites directos e indirectos a la libertad de empresa, remito al estudio monográfico de A. CIDONCHA, *La libertad de empresa*, Madrid, Thomson-Civitas-Instituto de Estudios Económicos, 2006: 275 y ss.

<sup>58</sup> Así parece sostenerlo VAQUER, para quien la limitación de la libertad de creación cultural sólo es posible con la moral «constitucionalizada», es decir, con los derechos recogidos en la propia constitución; *vid. Estado y cultura, op. cit.*, 200-207.

o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificadas por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos» (FJ 6, cursivas mías)<sup>59</sup>. En este caso, ese bien jurídicamente protegido —el del orden y la seguridad del centro penitenciario— no constituye, a juicio del Tribunal, justificación bastante para la vulneración de la intimidad personal y corporal que suponía la medida ordenada. En otros casos, sin embargo, bienes tales como: la continuidad de los servicios públicos; la intangibilidad de los fondos públicos; la efectividad del principio *par conditio creditorum*; el uso legítimo de los bienes de dominio público; el *ius puniendi* del Estado; la dignidad de las Cortes de Aragón o el debido respeto a los órganos y autoridades del Estado, sí han servido como límites al ejercicio de ciertos derechos<sup>60</sup>.

En el caso del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, son muchas las normas que limitan o incluso impiden el ejercicio de ciertas profesiones y oficios: licencias, títulos profesionales o administrativos, pruebas selectivas previas, colegiación, etc.<sup>61</sup>. También las consideraciones de orden público o ético relativas a la profesión u oficio mismo. En el año 2002 el Comité de Derechos Humanos de la ONU dio la razón al Estado francés en su prohibición de los espectáculos conocidos como «lanzamiento de enanos» (*dwarf tossing*), no estimando así la reivindicación de su «derecho al trabajo» (recogido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) de Manuel Wackenheím, un enano que se empleaba como «proyectil». El orden público francés, alegaba el Consejo de Estado, se ve resentido con eventos que, como el lanzamiento de enanos, ofenden la dignidad humana<sup>62</sup>. Ese mismo tipo de consideraciones son las que abonan la imposibilidad de reconocer la prostitución como un oficio o trabajo en España<sup>63</sup>.

Si, como vengo sosteniendo, el bienestar de los animales es un bien jurídicamente protegido, como muestra el hecho de la tipificación como delito del maltrato a los animales y la existencia de multitud de leyes autonómicas y estatales que prescriben su protección, resulta posible sostener la constitucionalidad del sacrificio de ciertos derechos fundamentales, entre ellos la libertad artística y el libre ejercicio de una profesión u oficio, por parte de la Ley catalana 28/2010. Es cierto que muchos penalistas son reacios a considerar que el bien jurídico protegido en el artículo que castiga el maltrato a los animales sea su bienestar<sup>64</sup>. El legislador penal, sin embargo, parece tenerlo más

<sup>59</sup> En juego estaba el alcance del derecho a no sufrir torturas y tratos inhumanos o degradantes y el derecho a la intimidad personal de un preso del centro penitenciario de Nanclares de Oca que había sido sancionado por negarse a realizar unas flexiones tras el cacheo posterior a una comunicación íntima.

<sup>60</sup> He tomado este elenco de G. DOMÉNECH PASCUAL, *Bienestar animal contra derechos fundamentales*, *op. cit.*, 117.

<sup>61</sup> Sobre ello, y sobre la jurisprudencia constitucional al respecto, *vid.* el comentario al art. 35 CE de M. NOGUEIRA GUASTAVINO, en *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer (dirs.), Madrid, Wolters Kluwer, 2008, 930-948, 937.

<sup>62</sup> *Communication No. 854/1999, Wackenheím vs. France* (15 de julio de 2002).

<sup>63</sup> La consideración como ilícita de la prostitución, por ser la causa del contrato contraria a la moral (art. 1275 CC) se encuentra, entre otras, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 19 de octubre de 2000, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 9 de enero de 1992. Estimo, pese a todo, que tanto la resolución del Comité de Derechos Humanos, cuanto la actual negación del carácter laboral de la prostitución, son excesos paternalistas por parte del Estado, y, en ese sentido, están injustificados. La cuestión, sin embargo, excede de los propósitos de este trabajo. Sobre la segunda me remito a mi trabajo: «¿Hacernos los suecos? La prostitución y los límites del Estado», *Doxa*, 30 (2007): 451-470.

<sup>64</sup> Pondré solo dos botones de muestra: M.<sup>a</sup> MARQUÉS I BANQUE se inclina por considerar nuestras obligaciones de carácter «bioético» como el mejor candidato a engrosar la categoría de bien jurídico protegido por el delito, aunque afirma que la cuestión sigue «abierta»; *vid.* su comentario al art. 337 en *Comentarios al*

claro cuando, en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se reforma el Código Penal, dice, al respecto de la nueva redacción del artículo, que la eliminación del requisito del ensañamiento lo es «... al objeto de dotar de una mayor protección a los animales domésticos o amansados frente a los malos tratos que ocasionen su muerte o menoscaben gravemente su salud».

Por otro lado, y como acertadamente ha señalado DOMÉNECH, del hecho de que la limitación de un derecho fundamental es lícita cuando así se protege un bien constitucional, no se sigue que sean ilícitas las que protejan bienes no constitucionalmente consagrados<sup>65</sup>. La cuestión clave radica, para él, en si la medida en cuestión resulta proporcional, necesaria e idónea. Y su respuesta es, en relación con las corridas de toros, que no: la medida no es proporcional, pues, siendo el fin legítimo, carece de rango constitucional, y el beneficio —unos 96 toros al año que dejarían de sufrir en la plaza— palidece frente a los costes empresariales y ambientales y de pérdida de libertades de «muchas más de 96 personas». Todo lo cual impide considerar que la medida sea conforme con la Constitución<sup>66</sup>. Junto a ello, DOMÉNECH considera que hay un vicio de arbitrariedad por incoherencia en la prohibición, pues son otras las medidas que se deben adoptar antes, dado el fin propuesto de acabar con el sufrimiento de los animales.

Los juicios de proporcionalidad como el que sumariamente practica DOMÉNECH, siguen sólo metafóricamente una lógica contable. No es que no dispongamos de métrica para la pérdida de libertad o la frustración de la preferencia de ir a las corridas de toros, es que carecemos, para empezar, de una magnitud cardinal. Otras magnitudes —los costes económicos del sector— asumo que son mensurables, pero se me escapa su comparación con los daños —ciertamente cuantificables— que suponen en el animal: litros de sangre, centímetros de heridas, músculos rotos, cordones medulares seccionados, acidosis por insuficiencia respiratoria, alteraciones hormonales, reducciones drásticas de las presiones parciales del oxígeno por el esfuerzo, úlceras de córnea, desprendimientos de retina, bajos niveles de potasio y sodio reveladores del agotamiento de la glándula suprarrenal que libera cortisol y aldosterona para paliar el estrés y otros parámetros objetivables. En la anterior balanza metafórica deben colocarse también las preferencias, angustias y pesar de los miles de individuos, catalanes o no, que albergan un sentimiento de compasión y solidaridad por el sufrimiento de mamíferos superiores. Igualmente, las compensaciones económicas previstas «a los titulares de derechos subjetivos afectados» que recoge la Disposición Adicional Primera de la Ley 28/2010. Y tampoco puede olvidarse —cosa que DOMÉNECH no hace— el carácter pú-

---

*Código Penal* (t. III), Gonzalo Quintero Olivares (dir.), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, 173-181, 177. C. CONDE-PUMPIDO y J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, consideran que es la colectividad o un interés difuso o general de que no se produzcan maltratos a los animales, porque con ello se atenta contra sentimientos humanos, lo que conforma el bien jurídico; *vid.* su comentario al art. 337 en *Comentarios al Código Penal*, Cándido Conde-Pumpido (dir.), Barcelona, Bosch, 2007, 2573-2579, 2575.

<sup>65</sup> *Ibid.*, 114. En la jurisprudencia alemana, y en relación con el bienestar de los animales, cabe encontrar un patrón parecido: hay fines que el legislador puede legítimamente perseguir, aunque erosionen ciertas libertades constitucionalmente protegidas. La libertad profesional o empresarial de quien se dedica a la producción de huevos y desea reducir al mínimo las dimensiones de las jaulas de las gallinas ponedoras, o la de quien desea amputar partes del cuerpo de un animal se ve limitada por el bienestar de éstos. También la libertad artística de quien decapita a una gallina embadurnándose con su sangre para así protestar por la violación de los derechos humanos; *id.*, 96-97.

<sup>66</sup> «La prohibición de las corridas de toros...», *op. cit.*, 24-27.

blico de las corridas: los perniciosos efectos colectivos que genera la exhibición y celebración de la crueldad humana, la inmisericordia, la falta de empatía y otros vicios que conforman la peor faz de nuestra condición<sup>67</sup>. Ese carácter, junto con la importancia social que reviste la tradición de las corridas, y el hecho de que con su celebración no se satisfagan derechos básicos de los seres humanos —a diferencia de otras prácticas que también generan sacrificio al bienestar animal, pero con las que obtenemos beneficios tangibles para colmar necesidades primarias, como en el caso de la experimentación biomédica— permite superar la objeción de ser la medida arbitraria o incoherente.

Cataluña ha mantenido —con el pésimo argumento de la tradición— una práctica —el *corre bous*— moralmente censurable aunque no cause la muerte del animal, y lo ha hecho insistiendo en que su pervivencia se restringe a los lugares y en los momentos donde se venían celebrando y quedando prohibido causar daños a los animales (art. 2 de la Ley 28/2010). Por otro lado, no hubiera podido modificar las corridas de toros para impedir el sufrimiento que se produce en las suertes de varas y banderillas, así como su muerte (con artes como la puntilla que están prohibidas en la actual normativa reguladora del sacrificio de animales)<sup>68</sup> pues con ello habría asumido competencias en esa materia de ordenación del festejo que no le corresponden de acuerdo con la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos y la normativa general que ya hemos tenido oportunidad de analizar. En este punto me atrevo a afirmar que estamos ante un caso en el que no se cumple el *a maiore ad minus*: Cataluña no puede lo menos —variar la forma en que se celebran las corridas de toros— pero sí puede lo más —prohibirlas—.

Finalmente, que haya otras actividades que, por implicar un gran sufrimiento a los animales, sean también censurables, no convierte a la prohibición de las corridas de toros en algo arbitrario, ni mucho menos las hace permisibles o legítimas<sup>69</sup>. Utilizando una imagen feliz —aunque grosera— de J. MOSTERÍN, las corridas de toros son el trozo de mierda en la cara del politraumatizado que llega al hospital tras un accidente. Recomponer sus huesos es lo más importante, pero no cuesta nada, camino del quirófano, limpiarle el cutis<sup>70</sup>. No es tan claro además, por seguir con el ejemplo, que, como esgrime DOMÉNECH, la caza y la pesca sean las fracturas de los huesos que haya que reducir

<sup>67</sup> Así lo ha reconocido muy recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia 924/2005, de 26 de octubre (JUR 2006/67242). Se trataba de un recurso interpuesto por los organizadores de un festejo taurino en la Feria «Ibertoro» de Madrid, contra la Dirección General de Turismo de la Comunidad Autónoma de Madrid que había negado la autorización a su celebración por ser contrario al Reglamento de Espectáculos Taurinos de la Comunidad de Madrid (Decreto 112/1996, de 25 de julio). De acuerdo con el tribunal, los espectáculos propuestos (el «Concurso-Faena de Tientas» y la exhibición de rejonas a la usanza portuguesa) no se encuentran regulados en aquella normativa, con lo que resulta de aplicación lo que dispone la Ley 17/97, de 4 de julio, de la Comunidad Autónoma de Madrid de espectáculos públicos y actividades recreativas, que prohíbe la «celebración de espectáculos que impliquen crueldad o maltrato para los animales, les pueda ocasionar sufrimiento o hacerles objeto de tratamientos antinaturales». De acuerdo con el tribunal, siendo posible y necesario (y «carente de reproche moral o jurídico») el uso de la puya de tentar en las pruebas con las que se valora la bravura del toro en las fincas ganaderas, uso que supone infligir heridas sangrantes al toro, la exhibición pública de tales pruebas, más allá del ámbito privado, «... adquiere otra dimensión» que las hace merecedoras de ser incluidas entre los espectáculos prohibidos (FJ 6).

<sup>68</sup> El Reglamento 1099/2009 del Consejo, de 24 de septiembre de 2009, relativo a la protección de los animales en el momento de la matanza, prohíbe la puntilla como «método de sujeción» [art. 15.3.c)].

<sup>69</sup> «La prohibición de las corridas...», *op. cit.*, 25 y ss.

<sup>70</sup> «Ese trozo de mierda en la cara», *El País*, 12 de septiembre de 1991.

en primer lugar. Por todas las razones anteriores —relativas a la mensurabilidad del sufrimiento, que en el caso de los toros, insisto, es atroz, y por su carácter público— y porque, en este caso, la decisión ha contado con un respaldo social amplísimo.

Pero supongamos que todo mi esfuerzo argumentativo es en vano, que es cierta la tesis defendida por T.-R. FERNÁNDEZ, cuya principal consecuencia es que una iniciativa no ya del poder autonómico, sino del parlamento estatal, con la que se quisieran prohibir las corridas de toros exigiría la previa reforma de la Constitución. Incluso si, como ha ocurrido en Cataluña, el catalizador de dicha medida hubiera sido una iniciativa legislativa popular ampliamente respaldada. Esta tesis me parece descabellada (con perdón, dado el contexto), pero es muy importante determinar por qué. A ello me dispongo para finalizar.

Parafraseando la feliz imagen de J. CERCAS en *Anatomía de un instante*, toda Constitución tiene su placenta, es decir, un conjunto de circunstancias coyunturales que nutrieron su contenido: no es extraño que, en la Constitución española, junto con la justicia, la igualdad y la libertad figure el «pluralismo político» como uno de los valores superiores del ordenamiento, como no puede sorprender que en la Constitución alemana la cláusula de la dignidad del ser humano del art. 1.1 sea irreformable<sup>71</sup>. Ni el bienestar ni la protección de los animales, en general, ni las corridas de toros en particular, estuvieron, ni pudieron estar, en la agenda del constituyente español, afanado por crear los mimbres de un sistema democrático y por hacer efectivos ciertos derechos y libertades de los individuos que son miembros de la especie *Homo sapiens*. Esas eran las urgencias entonces.

Pero la placenta constitucional española, como las placentas en general, no deben impedir el desarrollo y progreso de la criatura que han venido alimentando, ni sus nuevas aspiraciones ni reivindicaciones. La protección de los animales, junto con otras muchas demandas, es una de ellas. Los tópicos de la dogmática constitucional tales como «apertura constitucional»; «constitución como marco» u «organismo vivo», comparten el común denominador de que se ha de leer, interpretar y aplicar el texto constitucional haciendo abstracción del contexto en el que se dio para así facilitar a las nuevas generaciones su desenvolvimiento político<sup>72</sup>.

También hay una «placenta genérica» del hecho constitucional: garantizar ciertos derechos frente al procedimiento mayoritario para así satisfacer bienes «primarios» de los individuos, según la célebre definición de «coto vedado» de E. GARZÓN VALDÉS<sup>73</sup>. La Constitución española muestra esa «placenta genérica» cuando, por ejemplo, prohíbe la tortura (art. 15 CE) o impide la privación de nacionalidad a los españoles de origen

<sup>71</sup> Estamos necesitados, sin embargo, de saber qué coyuntura llevó a la mayoría de los ciudadanos del Estado de Florida a introducir la enmienda que prohíbe la estabulación de las cerdas embarazadas (*vid. supra* nota 4).

<sup>72</sup> Bajo estos parámetros se pronuncia el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto en su voto particular a la Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-1192/2005. Las corridas de toros son una práctica social permitida pero, con el expediente de su incorporación al patrimonio cultural intangible necesariamente defendido por el Estado, no pueden parapetarse constitucionalmente cuando hay una fuerte controversia social sobre su moralidad. Es al legislador a quien en su caso corresponderá, de acuerdo con ese sentir social, mantenerlas o proscribirlas.

<sup>73</sup> «Representación y democracia», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

(art. 11.2 CE), o cuando establece que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años (art. 12) o que el Congreso es elegido por cuatro años (art. 68.4). Pero junto a ello también se prescribe que la bandera de España es roja, amarilla y roja, siendo la banda amarilla del doble de anchura que cada una de las rojas (art. 4.1) o que se prefiere al varón en la línea sucesoria a la Corona (art. 57.1). Además de garantizar bienes y derechos fundamentales del ser humano, la Constitución aporta una solución estable a ciertos problemas de coordinación mediante normas secundarias —moralmente inocuas por ser meras especificaciones de fines y valores subyacentes— y crea ciertos símbolos.

El problema de la legitimidad y fundamento de estos atrincheramientos, como en general de la rigidez de los textos constitucionales, es bien conocido y discutido —y no es el objeto de mi interés prioritario ahora—. El hecho es que tales atrincheramientos tienen un resultado sospechoso: hacer casi imposible —aun en grados distintos— dictar normas que alteren o anulen dichos preceptos constitucionales. Modificar la anchura de la franja amarilla de la bandera española es tan costoso en términos procedimentales como acabar con la injusta preferencia del varón de la injusta institución monárquica (art. 168 CE), lo cual no deja de resultar llamativo. Como también resultaría a mi juicio muy chocante que, para acabar con un espectáculo popular que genera tanto sufrimiento a seres sintientes y concita tanta repulsión universal como las corridas de toros, hubiera que reformar previamente la Constitución. Y además por la vía procedimentalmente más exigente. Los constituyentes españoles no pudieron anticiparse en 1978 a un sentimiento o inclinación ética a favor de otorgar, al menos a algunos animales, un cierto estatuto moral, pero tampoco les fue dado entretenerse en el blindaje de la tradición cultural taurina. Hubiera sido una frivolidad frente a las muchas otras prioridades entonces golpeando la puerta constitucional; hubiera sido además un ataque frontal a la libertad colectiva de autogobierno de las generaciones futuras. Es por ello por lo que, también la placenta constitucional «genérica» debe verse recelosamente a la luz del valor de la democracia, es decir, del derecho de todos a participar en la toma de decisiones que nos afectan. Las corridas de toros no están constitucionalmente prohibidas, pero tampoco lo está su prohibición. La constitución española guarda un respetuoso silencio sobre la materia, silencio que se ha de interpretar como estruendoso si es que una mayoría, como ha ocurrido, decide clamar para que se abolan.

Ello no impide predicar que hay casos «constitucionalmente claros». El art. 159.3 de la Constitución española establece que los magistrados «serán designados por un periodo de nueve años». Mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2010 de 4 de noviembre (BOE de 5 de noviembre), en el art. 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se añade un apartado en el que se establece que: «Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación». Es decir, aquellos que sustituyan a quienes ocuparon su cargo, pongamos, tres años más por no haber sido renovados a tiempo, serán designados por un periodo de seis años y no nueve como establece la Constitución.

¿Es esta inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley 8/2010, de 4 de noviembre, equiparable a la, en palabras de T.-R. FERNÁNDEZ, «radical inconstitucionalidad» de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña? Mi tesis es que no, que la segunda no lo es tanto (o la primera lo es mucho más) y que, cuando aquél no es el caso, es decir,

cuando no estamos ante una inconstitucionalidad flagrante, las circunstancias democráticas que han rodeado la decisión deben pesar como un factor decisivo para inclinar la balanza a favor de la constitucionalidad de la medida. Se trata de la aplicación de la conocida como «regla Thayer» o de presunción de constitucionalidad de la ley<sup>74</sup>, una de las llamadas por ALEXY, «cargas de la argumentación» del juicio de proporcionalidad cuando la situación es de equilibrio o empate. Pues bien: ¿en qué contexto se ha producido la decisión de abolir las corridas y bajo qué procedimiento se ha hecho?

La prohibición de las corridas de toros en Cataluña, como estación final de un largo recorrido previo, no puede sorprender a nadie. Como se ha señalado ya reiteradamente, en la primigenia ley catalana de protección de los animales se prohibía la construcción de nuevas plazas de toros, y en la posterior de 2003 se limitó el acceso a los menores de catorce años. En 1989 Tossa de Mar (Girona) se erigió como primer municipio «antitaurino», movimiento al que, a día de hoy, se han sumado 84 municipios más, entre ellos la propia Barcelona, donde ya venían siendo muy escasos los festejos taurinos<sup>75</sup>. De acuerdo con los datos del anuario del Ministerio del Interior correspondientes al año 2009, todas las corridas de toros celebradas en Cataluña tuvieron lugar en Barcelona (14), lo cual contrasta significativamente con las celebradas en Andalucía (153), Castilla-La Mancha (91) o la Comunidad de Madrid (100)<sup>76</sup>. Así y todo, en prácticamente todas las CC.AA. hay un descenso notable del número de festejos (en Murcia, donde se produce la más notable reducción, un 43 por 100 menos, y en total un 15 por 100 menos). En la edición de *La Vanguardia* de 14 de marzo de 2010, se publicaba una encuesta de acuerdo con la cual el 43 por 100 de los catalanes está a favor de la prohibición, frente a un 36 por 100.

Cataluña es ciertamente singular en esta materia, pero el declive en el aprecio al festejo taurino y el incremento de sus detractores también se produce en el resto del Estado. De acuerdo con los datos de la encuesta Gallup, en el año 1971 un 55 por 100 de los españoles mostraba interés por los festejos taurinos. En octubre de 2006 esa cifra era del 27 por 100. Los más interesados son los mayores de sesenta y cuatro años (41 por 100) frente al 18 por 100 de los menores de veinticinco años<sup>77</sup>.

La prohibición de las corridas en Cataluña es el resultado de una iniciativa legislativa popular promovida por la plataforma PROU que logró, en tres meses, más de 180.000 firmas (la Ley 1/2006, de 16 de febrero, exige 50.000). La tramitación parlamentaria de la iniciativa se inició el 21 de julio de 2009 y el 18 de diciembre de ese mismo año se produjo el debate a la totalidad de la proposición de ley en el Pleno, votación que arrojó el resultado favorable a que el Parlament prosiguiera con la discusión y eventual aprobación de aquella. Durante el trámite en la Comissió de Medi Ambiente y Habitatge comparecieron treinta expertos —quinze en representación de cada una de las dos

<sup>74</sup> Sobre la misma y su alcance, *vid.* mi trabajo: «Justicia constitucional y deferencia al legislador», en *Constitución: problemas filosóficos*, F. Laporta (ed.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 345-370 (antes en «La posibilidad del constitucional thayeriano», *Doxa*, 23 (2000): 49-75).

<sup>75</sup> La declaración es, con todo, puramente simbólica pues las corporaciones locales no tienen competencia para adoptar esa medida. También Castrillón (Asturias) y Coslada (Madrid) se han declarado municipios antitaurinos.

<sup>76</sup> *Vid.* <http://www.mir.es/SGACAVT/juegosyespec/toros/estadistica/EstadxsticasTaurinas2009.pdf>.

<sup>77</sup> Los datos de la encuesta fueron publicados por el diario *El País*, en su edición de 18 de diciembre de 2006 (47).

posiciones— durante el mes de marzo de 2010. Con carácter previo a la votación final en el pleno, el Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalitat dictaminó el 6 de julio de 2010 —a salvo del voto particular del consejero Julio Añoveros Trias de Bes— que la proposición era acorde con la Constitución española y el Estatut de Catalunya.

## 5. CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE LAS CORRIDAS DE TOROS COMO UN CASO DE «CONSTITUCIONALIDAD ATÍPICA»

Para entender las figuras del abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO han propuesto un sugerente modelo del que me voy a servir como refuerzo de la tesis que vengo sosteniendo. ATIENZA y RUIZ MANERO consideran que hay conductas *prima facie* prohibidas, que, a la luz de ciertos principios relevantes del sistema jurídico, resultan permitidas: se trata de los «lícitos atípicos». Habría, según ellos, tres categorías de licitud atípica: la que deriva del hecho de que la conducta cae «fuera del alcance» de la regla prohibitiva, porque las razones a favor de esta regla no se dan en un caso concreto; la que resulta de considerar una razón que se da en el caso que es más poderosa que las tenidas en cuenta al promulgar la regla, y que no fue contemplada por quien la dictó (supuestos de «excepción»); y la que es consecuencia del hecho de que con la conducta se afecta el bien jurídico, o se frustra el propósito perseguido por la autoridad normativa, en grado mínimo (principio de tolerancia)<sup>78</sup>.

De igual forma, habría *constitucionalidades atípicas*, esto es, conductas del legislador (la promulgación de una norma) que podrían entenderse *prima facie* prohibidas (por inconstitucionales), pero que, a la luz de la existencia de razones no tenidas en cuenta y que son de aplicación al caso, permiten sostener su carácter constitucional. Ese es el caso de la prohibición de las corridas de toros en Cataluña. Todas las autoridades ponderan, de acuerdo con la tesis de ATIENZA y RUIZ MANERO: tanto el legislador, como el juez, y, como he de añadir yo ahora, el constituyente. En el caso del bienestar de los animales, por las razones «placentarias» antes señaladas, al constituyente español no le fue dado siquiera ponderar. El legislador catalán, sin embargo, ha tenido la oportunidad de abordar un asunto sensible, política y moralmente, en un modo muy encomiable desde el punto de vista del ideal democrático. Y al juez constitucional, ahora, le tocará también ponderar. Yo espero que lo haga teniendo en cuenta esas «nuevas» circunstancias no antes vislumbradas —la sensibilidad y concienciación que ha despertado el conocimiento de las muchas semejanzas que tenemos todos los mamíferos superiores y el sufrimiento gratuito que les causamos— y también la calidad deliberativa que ha adornado la decisión. Y espero que lo haga teniendo en cuenta el bienestar futuro de esos animales que dejarán de ser torturados públicamente. De ello dependerá también la suerte de la Constitución misma: que aparezca o no como un organismo maduro, adaptado, que permite que el cambio y progreso social discurra por los cauces de la democracia.

<sup>78</sup> Vid. *Ilícitos atípicos*, Madrid, Trotta, 2006: 115 y ss.

**ENTREVISTA**

*INTERVIEW*



# ENTREVISTA A RICARDO CARACCILO

M. Cristina Redondo

*Universidad de Génova*

**M. Cristina Redondo:** *Tú estudiaste en la Universidad de Buenos Aires pero luego te doctoraste y comenzaste a trabajar como profesor en la Universidad Nacional de Córdoba. ¿Podrías darnos algunos datos biográficos para entender cuándo, y por qué, elegiste estudiar Derecho, doctorarte, seguir una carrera académica, y hacerlo específicamente en estas universidades?*

**Ricardo Caracciolo:** Mi familia se trasladó desde Santiago del Estero a Buenos Aires a principios de la década de los años cincuenta. De manera que gran parte de mi infancia, mi adolescencia y mi juventud, transcurrieron en una localidad del conurbano bonaerense. Ello explica porqué, en su momento, cursé la carrera de Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Debo decir que su elección no fue nada fácil. Tenía otras opciones *in mente*, incluyendo estudiar arquitectura, idea que abandoné antes de finalizar la escuela media. Leía mucho y me atraía la poesía —lo que también sucede actualmente—, por lo que también existió la alternativa de estudiar Literatura, pero no estaba tampoco muy convencido. La carrera de Derecho era una opción porque, según pensaba entonces, el correspondiente título me abría muchas posibilidades en el campo de las humanidades. En realidad, como le ha sucedido a muchos, fue una opción por descarte, en ausencia de una vocación bien definida con relación a otros dominios. Pero no me arrepiento en absoluto de esa elección. Por un lado, tuve la suerte de tener un excelente profesor en la primera asignatura, esto es, *Introducción al Derecho*. Eduardo Vázquez tenía el talento docente para transmitir su fascinación por las preguntas estructurales o de fondo que genera la existencia del Derecho como un componente de la sociedad. Una fascinación que asumí entonces y que perdura —obviamente— hasta ahora. Creo, además, que fue mi primer contacto con algún problema filosófico, presentado seriamente (no había considerado la posibilidad de estudiar la licenciatura en filosofía). Curiosamente, en la carrera de Derecho. Pero visto a la distancia, ello no me parece sorprendente. Porque, en segundo lugar, también tuve la suerte de cursar la carrera en una época floreciente de la Universidad de Buenos Aires, parte de la década de los años sesenta. En especial, la mayoría de los juristas que, entonces, enseñaban Derecho eran personas de alta calidad intelectual, que no podían dejar de interrogarse por las cuestiones básicas de su disciplina, las que, seguramente, son de índole filosófica. Entonces, me comprometí en serio con la carrera de Derecho, incluyendo el aspecto práctico del ejercicio de la abogacía. Aún ahora soy consciente de una cierta tensión entre mi pasión por los problemas teóricos (la vida académica) y el atractivo que supone la dimensión práctica del Derecho. Como sabes, también he dedicado parte de mi vida activa a esa

dimensión. En realidad, mi dedicación exclusiva a la universidad recién se inició en la década de los noventa.

Después de dos años de concluida mi carrera, en 1972, me trasladé a Córdoba para trabajar en el servicio jurídico de un sindicato. Aunque, como lo relato más abajo, había iniciado mi carrera docente en la UBA, era imposible subsistir únicamente con un sueldo de profesor auxiliar y no tuve suerte en mi búsqueda de un empleo en Buenos Aires. En Córdoba tuve un encuentro intelectual y afectivo muy importante: conocí a Ernesto Garzón Valdés, a la sazón a cargo de la cátedra de Filosofía del Derecho, en la universidad pública local. Comencé a participar en los seminarios que Ernesto conducía los sábados y obtuve en 1973 una plaza docente en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. También ese año obtuve una beca del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas para llevar a cabo un proyecto de tesis doctoral elaborado con el generoso apoyo de Ernesto sobre la noción de sistema jurídico. Esta beca fue decisiva en muchos aspectos. Por un lado, en lo personal, me permitió formar una familia con Silvia. Por otro, convirtió en posible la dedicación total durante unos años a ese proyecto, lo que entiendo constituye el genuino punto de partida de mi dedicación sistemática a la vida académica, al habilitar la obtención del título máximo. Es por ello que, finalmente obtuve el doctorado en Córdoba. Habíamos decidido, ya entonces, que Córdoba era nuestro lugar para vivir.

**M. C. R.:** *Al comienzo de tu carrera, ¿cuál era tu relación con el grupo de filósofos del Derecho de la UBA y con SADAF? ¿Qué influencia tuvieron las personas que integraban estos grupos, o las actividades que proponían, en tu decisión de dedicarte a la filosofía jurídica?*

**R. C.:** Cursé la asignatura Filosofía del Derecho con Jorge Bacqué, otro extraordinario profesor, en el año 1968. Inmediatamente, conjuntamente con otros compañeros de estudios, fui designado ayudante estudiantil *ad-honorem* para colaborar en el dictado de las clases. Esta circunstancia me abrió las puertas del Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Su director —el legendario profesor Ambrosio Gioja— había conseguido reunir a su alrededor un conjunto de jóvenes profesores de indudable talento —Eugenio Bulygin, Carlos Alchourrón, Roberto Vernengo, Ricardo Guibourg, Carlos Nino, el mismo Jorge Bacqué, Genaro Carrió, entre los más conocidos—. Casi todos ellos, muy pronto obtuvieron reconocimiento internacional. La actividad que entonces se llevaba a cabo en semejante comunidad intelectual era realmente intensa y de alta calidad: seminarios, cursos y conferencias se sucedían sin solución de continuidad. La impronta general era una preocupación creciente por el tipo de problemas generados por la tradición analítica de la filosofía (básicamente, filosofía de la lógica, filosofía del lenguaje y del conocimiento) y su impacto en la teoría del Derecho. De hecho, estudié la asignatura mediante el análisis del recientemente traducido (por Carrió) *El Concepto de Derecho* y de la segunda edición de la *Teoría Pura del Derecho*, de Kelsen, traducida por Vernengo y que circulaba entonces en versión mimeografiada. Para un joven estudiante, como era mi caso, que ya estaba motivado para el abordaje de cuestiones jusfilosóficas, semejante ambiente fue decisivo para elegir una cierta forma de vida. Debo decir, sin embargo, que semejante influencia no lo fue tanto en los contenidos doctrinarios —de hecho, me atraían también otras alternativas—, sino más bien en el talante que predominaba en el Instituto,

en un cierto modo de dedicarse a la vida intelectual, caracterizada por la honestidad y la aceptación de la crítica.

Mi relación permanente con SADAF (Sociedad Argentina de Análisis Filosófico) es posterior a mi egreso de la universidad, aunque había concurrido a algunas conferencias con anterioridad. Especialmente, creo, la importancia de ese grupo de intelectuales se acrecentó después del golpe militar de 1976, golpe que básicamente tuvo el efecto perverso de vaciar la universidad de la posibilidad de cualquier confrontación crítica de las ideas. SADAF se convirtió entonces en un formidable foro independiente. En mi caso, después de mi cesantía dispuesta por la intervención militar en el cargo docente de Córdoba, SADAF se tornó el único espacio disponible para la discusión filosófica. En especial, cabe insistir en la importancia de su revista *Análisis Filosófico* como un vehículo de transmisión del pensamiento sin otras condiciones que la exigencia de calidad y seriedad intelectual. También lo es ahora. En SADAF conocí a otros filósofos preocupados por otros problemas filosóficos más generales. En especial, no puedo menos que mencionar a Tomás Moro Simpson, Raúl Orayen, Eduardo Rabossi, el inolvidable Gregorio Klimovski y mi amigo Alberto Moretti.

**M. C. R.:** *¿Como caracterizarías la atmósfera intelectual en la que te formaste y cómo impactaron sobre ella los diversos cambios políticos que se produjeron en la Argentina? Me refiero sobre todo, pero no sólo, a la dictadura militar del 76.*

**R. C.:** Como lo indique anteriormente, inicié mi carrera universitaria en una época de esplendor de la universidad, de la ciencia y de la cultura en la Argentina. Este proceso se quiebra con el golpe militar de junio de 1966. La camarilla que asume el poder toma por asalto la Facultad de Ciencias Exactas y este hecho constituye el punto de partida de expulsiones y cesantías en todas las universidades públicas. Comienza el éxodo de prestigiosos científicos, artistas e intelectuales, una incalculable pérdida cultural, en cuya recuperación se invirtió a partir del retorno a la democracia, y se sigue invirtiendo ahora mucho tiempo y esfuerzo. En ese entonces, todavía era un estudiante de Derecho, pero como no podía ser de otra manera, tenía que tener la experiencia personal de semejante pérdida: muchos de mis profesores abandonaron la universidad y comenzó un periodo de activismo estudiantil de oposición, en el cual las inquietudes intelectuales perdieron relativa importancia. Como todo, entonces comenzó a agrandarse la relevancia, en filosofía y otros dominios de los grupos de intelectuales constituidos fuera de la universidad, como mecanismos de conservación de los ideales del pensamiento libre. Me refiero, por supuesto, a SADAF, pero también a otras asociaciones, como por ejemplo, el Centro de Investigaciones Filosóficas y su *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, que cumplieron una función semejante. Después de los convulsos años del gobierno peronista que va desde 1973 a 1976, otro golpe militar —más duro y sangriento— interrumpe la vida política, y como era previsible, la universidad fue una de las principales instituciones devastadas. Conjuntamente con todo el grupo formado en Córdoba alrededor de Ernesto Garzón Valdés, fui expulsado del cargo de profesor ayudante que había obtenido en la Facultad de Derecho y me prohibieron el ingreso a la excelente biblioteca del Instituto de Filosofía del Derecho. Entonces, tuve que dedicarme a la práctica de la abogacía, gracias a la buena voluntad de un exestudiante. Sin embargo, nunca abandoné la pasión por la filosofía ni tampoco —a pesar del desaliento— la convicción de que el pensamiento crítico y la ciencia son

las herramientas de cualquier futuro defendible. Así también lo creo ahora. Esta idea fue reforzada por la constatación de que un irracional clericalismo dogmático y sectario se había convertido en la «filosofía oficial» de la dictadura. Por supuesto, como no puede haber pensamiento crítico posible con «oficialismos» teóricos de cualquier clase, de la experiencia de esa época se arriba a otra convicción, nada original, que no estoy dispuesto a poner en tela de juicio: la democracia, como lo indicaba Kelsen, es una condición necesaria para el florecimiento de la ciencia y de la filosofía, es decir, de una de las dimensiones culturales de la vida humana.

**M. C. R.:** *A partir de 1990 has trabajado sistemáticamente en España y has tenido una constante relación con colegas europeos. ¿De qué modo han influido estas relaciones en tu vida y en tu trabajo?*

**R. C.:** Efectivamente, desde 1990 hasta 1994 tuve un contrato como profesor visitante e investigador en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. A partir de entonces y hasta el presente mi relación con la universidad catalana y otras universidades de España, Alicante, Carlos III, Autónoma de Madrid, por ejemplo, no se ha interrumpido. En verdad, se produjo entonces un cambio drástico en mi vida personal y, también en la forma de entender la labor intelectual. Por un lado, como consecuencia de ese traslado, un invalorable grupo de nuevos amigos, no sólo de España sino también de Italia y de México, enriqueció su dimensión afectiva. Por otro, esa circunstancia contribuyó a quebrar definitivamente la sensación de clausura provocada por la experiencia de la dictadura al ampliar de hecho el ámbito de la comunidad académica en la que me es posible ahora interactuar con otros colegas. Nuevos interrogantes teóricos fueron, y son, en parte, resultado de esa experiencia.

**M. C. R.:** *Soy testigo de tu incansable labor docente, ya sea en las aulas, con los estudiantes de grado, como en los seminarios permanentes que organizas en tu cátedra, con grupos de jóvenes interesados en la filosofía del Derecho. ¿Qué significado tiene esto para ti? ¿Es una tarea autónoma, o está ligada a tu trabajo como investigador?*

**R. C.:** Creo sinceramente que no hay solución de continuidad entre la práctica de producir conocimiento y la práctica de transmitirlo. Cualquiera sea la distinción analítica que se pudiera realizar entre ambas, es muy difícil de percibirla en la experiencia cotidiana de la labor universitaria, cuando se asume conjuntamente docencia e investigación. O al menos, ello sucede en mi caso. La verdad es que disfruto mucho de la actividad docente en sus múltiples maneras, clases, seminarios de formación o la tarea más compleja y personalizada de colaborar con un proyecto de tesis en proceso. En parte ello se debe a que se puede percibir esa labor como una puesta a prueba de las propias opiniones o ideas sobre los tópicos a discutir o la información que hay que suministrar. Esto es, como un paso en el intento de pensar acerca de interrogantes filosóficamente interesantes, tarea que asumo con idéntico entusiasmo.

**M. C. R.:** *Me animo a formularle una pregunta personal. Has trabajado en muchos lugares y es claro que tu vocación por la investigación y la docencia han determinado en gran parte tus elecciones. ¿Que rol, en este tipo de vida, han tenido y tienen tu familia y tus amigos?*

**R. C.:** Mi carrera académica es, en parte, producto de las circunstancias (sin la beca inicial, difícilmente hubiese podido llevarla a cabo) y en parte de decisiones (como la

opción por la dedicación exclusiva o la aceptación de la invitación de la Universidad Pompeu Fabra). Es, sin duda, una forma de vida enriquecedora. Sin embargo, contemplada en perspectiva no estoy muy seguro que haya sido la mejor elección desde el punto de vista de la vida familiar. Aunque los contrafácticos son difíciles (o imposibles) de corroborar (¿Cómo hubiera sido nuestra vida, si me hubiera dedicado íntegramente a la abogacía? ¿O a otra actividad?), lo cierto es que en las especiales circunstancias de un país sesgado por la incertidumbre y por la ausencia de valoración colectiva de ese tipo de actividad, en ciertos momentos fue muy difícil mantener esa opción, que condujo a no pocos sacrificios. Como no podía ser de otra manera, para ello fueron decisivos el apoyo, el acuerdo y la comprensión de mi esposa Silvia, que comparte conmigo algunos ideales acerca del valor de los bienes culturales, y el respeto —y hasta el orgullo— de nuestros hijos por la actividad de su padre. Mis amigos son también importantes. Sin su aliento no hubiera sido posible conservar, tal vez, la autoestima.

**M. C. R.:** *Volviendo a la filosofía. Estaremos de acuerdo, supongo, si digo que eres un filósofo analítico. ¿Crees que esto compromete necesariamente con ver al Derecho como lenguaje? Desde tu perspectiva, ¿cuál es la forma adecuada de entender el análisis conceptual?*

**R. C.:** A pesar de lo elusivo que resulta caracterizar a la denominada «filosofía analítica», no tengo objeciones a tu clasificación. Como sabes, existe una discusión abierta acerca de la propia naturaleza de la filosofía analítica y del análisis filosófico. Pero en mi caso, ello resulta, más que de una toma de posición en semejante controversia, de la manera en que se llevó a cabo mi entrenamiento: fui inculcado de la preocupación de lograr el máximo de precisión en la presentación del interrogante que se está formulando y de las respuestas que se procuran defender, evitando la retórica del lenguaje metafórico, al cual son adictos no pocos filósofos. Ello, con el objetivo de facilitar cualquier crítica posible a lo que, eventualmente, esté en cuestión. Es decir, una forma de trabajo, una especie de *modus operandi*. Pero esta forma es independiente de cualquier contenido, según la concepción: no implica ni excluye algún tipo de cuestiones o de respuestas o de tesis sobre algún interrogante sustantivo en el ámbito de la filosofía. Por ejemplo, no comparto ahora la idea proveniente del temprano positivismo lógico, con el cual se confunde con frecuencia a la filosofía analítica, que asume la falta de sentido de las preguntas metafísicas. Una parte importante de la literatura analítica contemporánea (incluyendo a la que se refiere al Derecho) versa sobre, o supone, alguna concepción metafísica. Por consiguiente, no creo que necesariamente conduzca a ver o comprender al Derecho de alguna u otra manera.

Si, como dice Michael Dummett, los problemas de la filosofía tienen que ver (aunque sea indirectamente) con los conceptos en términos de los cuales pensamos, el análisis conceptual tiene que ser una herramienta en la búsqueda de respuestas. Aunque esto requiere, sin duda, mayor elaboración, lo cierto es que hay —al menos— dos maneras de entender la función filosófica del «análisis conceptual»: en la primera, la versión conservadora, una vez agotado el análisis, esto es, una vez que se muestra lo que está implicado en el uso de un concepto y mostradas las eventuales confusiones, nada más hay para decir sobre ese concepto ni sobre el problema, porque no hay manera de salir del límite de un juego de lenguaje, una versión que, por supuesto, se puede atribuir a Wittgenstein. La otra, una revisionista o innovadora, dice que el análisis de

las ideas existentes es el primer paso en la búsqueda de una mejor manera de pensar el mundo, toda vez que aquéllas pueden estar permeadas por la ignorancia, el perjuicio y la ideología. Entonces, si éste es el caso, hay que reconstruir los conceptos o construir otros novedosos. En esto consiste la función crítica de la filosofía, una función que —estoy convencido de ello— vale la pena defender.

**M. C. R.:** *¿Crees que es posible ser un filósofo analítico y moralmente comprometido a la vez? ¿Piensas que la tarea de un filósofo del Derecho debería estar orientada por algún objetivo de carácter ético?*

**R. C.:** Asumo en serio que un compromiso moral de respeto a la dignidad de los demás, tanto en el ámbito privado como en el público, es un ideal exigible a cualquier individuo, cualquiera sea su profesión, condición social, contexto o circunstancia. O, si se quiere, cualquiera sea su concepción de la filosofía. Y por cierto, todos los individuos medianamente racionales podemos asumir ese compromiso, incluyendo a los filósofos analíticos.

Uno puede suponer que el objetivo de la filosofía del Derecho es colaborar en la comprensión de la naturaleza del Derecho, de sus relaciones con la política, la moral, o la vida cotidiana. En todo caso una empresa teórica o cognoscitiva o, al menos, conjuntamente con la ciencia, parte de esa empresa. Si esto es así, más allá del valor que se puede atribuir a la búsqueda de la verdad, francamente no veo qué otro objetivo debería orientar al filósofo, *qua* filósofo, en esa actividad, además de satisfacer la exigencia de responsabilidad y honestidad intelectual que, por cierto, es también una exigencia moral, asociada a esa práctica cognoscitiva. No se me escapa que algunos pueden defender —y de hecho así ha ocurrido históricamente— la distorsión sistemática de la verdad, si ello es necesario para alcanzar objetivos políticos considerados moralmente defendibles. Pero ello equivale a defender la eliminación de la ciencia y, por ende, de la filosofía. No pueden ser, por tanto, objetivos de la filosofía. En todo caso, creo que podemos acordar que semejantes objetivos no pueden ser los ideales de una sociedad libre. Tampoco se me escapa que, circunstancialmente, puede ser preferible ocultar la verdad para evitar un daño irreparable. Pero, de nuevo, sea o no correcta la solución de ese conflicto, semejante ocultamiento —si se acepta mi caracterización— no puede formar parte de la actividad filosófica.

**M. C. R.:** *Tú eres un autor positivista y, como sabes, la etiqueta «positivista» puede ser entendida de diversas maneras. ¿Qué significa en tu caso? ¿Esta posición guarda alguna relación con el escepticismo ético?*

**R. C.:** Soy positivista en un sentido mínimo y, tal vez, por ello poco discutible. Entiendo que el «positivismo» es la concepción general según la cual el Derecho de una sociedad, de un Estado o de un país, ya sea que se lo entienda como conjunto de estándares, principios o reglas, no es otra cosa que un *constructo* social, el resultado colectivo de acciones colectivas, de expectativas recíprocas, de creencias compartidas y, sin duda, del control de la capacidad de imposición. Esto es, de un conjunto de hechos, seguramente de la máxima complejidad, cuya existencia es localizable en el tiempo y en el espacio. Cualquier rasgo o característica o contenido de un Derecho existente socialmente tendría, entonces, que ser explicable en términos de parámetros empíricos. Una teoría «positivista» del Derecho tendría que asumir que ello es, precisamente, lo que

significa «Derecho positivo». Una teoría no-positivista tendría que negar esta idea mínima, es decir, tendría que negar, por ejemplo, que el derecho de una sociedad S, tiene que ver con datos empíricos de esa sociedad, lo que implica negar que el derecho de S dependa de circunstancias tempo-espaciales. Encuentro esta idea muy implausible y hasta inconsistente, si se admite, a la vez, el carácter histórico de afirmaciones del tipo «la sociedad S tiene el derecho D».

Esta idea mínima no supone erradicar cualquier discusión acerca del valor o de la justicia de un Derecho positivo o —como en Hobbes o en Fuller— de cualquier Derecho positivo. Pero esta discusión es, en todo caso, posterior a la identificación de la construcción social denominada «derecho» y no puede afectar al positivismo así entendido. Tampoco significa que hay que dejar de lado, o considerar irrelevante, la importante controversia filosófica suscitada en torno a la «normatividad» o «autoridad» o «validez normativa» de un derecho o de cualquier derecho. Pero sí supone que, si la propiedad «normatividad» no es reducible directamente o indirectamente a propiedades empíricas, entonces no puede integrar la noción de «derecho positivo», esto es, sólo puede ser (si existe) una propiedad contingente del Derecho. Creo, por otro lado, que pensar al Derecho de esta manera es totalmente independiente de cualquier alternativa metaética y que, de ninguna forma, constituye un compromiso con el escepticismo moral. He argumentado en este sentido en mi artículo «Realismo moral versus positivismo jurídico».

**M. C. R.:** *Algunos autores creen que el positivismo se debe abandonar —entre otras razones— porque no estaría en condiciones de dar cuenta de los sistemas jurídicos constitucionales contemporáneos, que, en su opinión, incorporan criterios morales de validez. ¿Qué piensas al respecto?*

**R. C.:** Pienso que semejante ataque es producto de un grave malentendido. Esto se advierte enseguida si no se confunden la eventual discusión acerca de la idea de «Derecho positivo» (me remito a la respuesta anterior) con la controversia acerca de cuáles son los contenidos de la moral correcta o de la moral, a secas, es decir la que se debería adoptar. Supongo que no se pretende negar que los sistemas jurídicos contemporáneos sean productos históricos, de nuevo, resultados de acciones colectivas de ciertas sociedades. Por tanto, constituyen «derechos positivos». Ahora bien, el punto de los nuevos antipositivistas es que, ahora, en semejantes sistemas, habida cuenta de que se incorporan «criterios morales de validez», la pertenencia al Derecho de sus «normas» se determina por su correspondencia con ciertos valores, es decir, por su contenidos. Pero, por supuesto, ninguno de ambos aspectos constituye una novedad: en relación a cualquier Derecho, es posible decir que los miembros (o parte de sus miembros) conceden un valor a sus contenidos (ello explica, al menos parcialmente, porque esos contenidos conforman su derecho) o si se quiere, adoptan un cierto ideal moral. Por tanto, como también lo indicaba Kelsen, la validez de las normas puede —en cualquier Derecho— depender de su contenido. Como cualquier práctica de concesión de valor es un conjunto de hechos, son estos hechos los que permiten contestar la pregunta acerca de cuáles son —en la respectiva sociedad— esos contenidos, es decir, los «criterios sustantivos o morales de validez jurídica». Por tanto, el caso de las democracias liberales constituye un contraejemplo al positivismo, sólo si el contenido de los correspondientes «criterios morales de validez» no se identifica recurriendo a prácticas de

concesión de valor. Pero, de hecho, no es así. Por cierto, los criterios morales de validez de las democracias constitucionales son los criterios morales que definen el ideal de una sociedad democrática-liberal. Hay que suponer plausiblemente que, a pesar de las posibles controversias, se puede identificar el núcleo de su contenido. Pero no es ese dato el que determina que semejantes criterios morales constituyan, de hecho, criterios de validez jurídica en un cierto derecho existente: el dato es que se corresponden con las creencias morales de los miembros de la sociedad democrática liberal al que se adjudica el derecho (o al menos con las creencias de la mayoría de sus miembros, o de los miembros del gobierno, o de los jueces, todas son opciones plausibles). Es decir, el dato es, de nuevo, prácticas de concesión de valor. Otra discusión es si semejantes creencias son verdaderas, o las únicas correctas, o las que hay que defender racionalmente. Por consiguiente, si no hay confusión de problemas, parece que esta objeción al positivismo tiene que ser rechazada.

**M. C. R.:** *Me gustaría que precises tu posición metaética. En tu opinión ¿los discursos ético-normativos pueden ser evaluados racionalmente? ¿Tiene sentido hacer «teoría» política o moral? ¿Cómo podemos evaluar las propuestas que así se presentan?*

**R. C.:** En general, la idea de adoptar una «posición» filosófica es problemática, si ello quiere decir aceptar como no revisable una cierta concepción o una cierta tesis, o una cierta idea. Si uno piensa que la filosofía se integra con problemas abiertos, las posiciones sólo pueden ser provisionarias. Por cierto, esto es especialmente así con respecto a, tal vez, una de las cuestiones más complejas, como lo es la que se refiere a la naturaleza de la moral. Aquí sólo puedo hacer, entonces, algunas observaciones con relación a tus preguntas. Como la moral, o los requerimientos morales, tienen que ver con la pregunta —parafraseando a T. Scanlon, un importante filósofo de la moral— de cómo tratarnos los unos a los otros, es un componente permanente de la vida cotidiana. Las denominadas «teorías» políticas o morales son, en última instancia, construcciones elaboradas sobre ese dato básico. Por supuesto, las controversias morales siempre son posibles y la evaluación de las respectivas propuestas se llevan a cabo en la práctica recurriendo a argumentos —es decir, a razones— en su favor o en su contra. El acuerdo se alcanza si se arriba a un argumento o premisa que todos los interlocutores comparten. Las «razones» dependen de esas premisas y «razón» aquí no quiere decir otra cosa que una consideración que se deriva de las premisas. No veo inconveniente en decir que internamente a esas premisas la discusión efectiva es racional (bajo la condición necesaria de la consistencia) y el acuerdo es racional con relación a esas premisas. Si el acuerdo no se alcanza, habrá que procurar otras premisas —otras razones para continuar la discusión—. Pero visto de esta manera, la posibilidad de discusión racional en este sentido termina cuando existe un desacuerdo definitivo sobre todas las premisas que se propongan o se acepten. Como dice Wittgenstein, parece que sólo queda entonces el recurso a la persuasión. Sin embargo, conforme a este esquema, que creo que no es difícil de acordar como una descripción de una práctica, no se puede decir que cualquier controversia moral es necesariamente irracional. Por tanto, si se entiende que una «teoría» normativa (moral o política) consiste en una articulación coherente de un conjunto de propuestas a partir de un conjunto de premisas, entonces uno puede aceptar que, precisamente, el sentido de semejantes teorías consiste en establecer la condición de posibilidad de la discusión racional en materia moral, para aquellos

que las aceptan. Por supuesto, para evaluar globalmente una teoría normativa en este sentido, no hay otro recurso que partir de otras premisas, es decir, otras razones, que no pertenecen a la teoría en cuestión. Ello significa que el acuerdo sobre su evaluación depende de la aceptación de esas premisas y que, por consiguiente, del contenido de esas premisas depende la racionalidad de su aceptación o de su rechazo.

Aunque considero que he contestado a tu pregunta, soy consciente que esta respuesta no apunta al principal problema filosófico: ¿existen o no premisas normativas que todos deberíamos aceptar? ¿Existen o no razones objetivas que constituyan el contenido de una única moral correcta? No tengo ahora la respuesta final a este interrogante. No la hay, creo, tampoco en la literatura a pesar de la intensa discusión. Posiblemente se tenga que apuntar a diseñar condiciones de máxima racionalidad y de máxima sensibilidad hacia la vida de los otros. Una combinación de Kant y Hume. Pero lo cierto es que en la práctica de la controversia moral se presupone que la respuesta es posible, tal vez de la misma manera en que se presupone la existencia del mundo exterior. Se puede ser optimista o pesimista, en punto a la posibilidad de encontrar respuestas. Sin embargo, cualquiera sea la actitud —optimismo o pesimismo—, no tengo dudas de que se trata de un problema básico de la vida humana y que hay que tomar en serio.

**M. C. R.:** *Tú has escrito, y no publicado, un trabajo sobre Ronald Dworkin en el que discutes sobre escepticismo interno y externo. ¿Crees que las tesis metaéticas se colocan en una posición externa, no comprometida?*

**R. C.:** Aquí hay un problema con el sentido en que se usan las expresiones «externo», «interno» y «compromiso». Supóngase que alguien cree en la proposición P. Afirmar la falsedad de la creencia (es decir, de la proposición P), o al menos dudar de su verdad, implica colocarse afuera de la creencia, poner entre paréntesis el hecho de la creencia. Es decir, esta afirmación sólo puede formularse «externamente» a la creencia (al menos se precisa un metalenguaje para expresarla) y no parece que pueda ser formulada —de manera inteligible— por el «creyente» de P, *qua* creyente. Por tanto, el escepticismo sobre P sólo puede expresarse, si esto es correcto, externamente. Sin embargo, de una forma trivial, no puede decirse que este escéptico no se «comprometa»: se compromete con la verdad de la proposición Q que usa para expresar su escepticismo acerca de P. Si Q pertenece al mismo «dominio» de creencias que P puede decirse que este escepticismo es «interno» a ese dominio aunque es «externo» a la creencia en P. Otra cosa sucede si se considera globalmente un dominio D —un conjunto de creencias definido sobre una clase de proposiciones— porque afirmar la falsedad de todo el conjunto D, o dudar de su verdad, aunque supone un compromiso con la verdad de una proposición Q, por definición, Q no pertenece al dominio D. El escepticismo global con respecto a D —es entonces—, un escepticismo externo y no hay compromiso alguno con alguna proposición de D. Lo mismo sucede con cualquier proposición que se refiera a D. En su famoso artículo de 1996, R. Dworkin, en un furibundo ataque a la meta ética, niega que esto sea posible con respecto al dominio moral, porque —según intenta mostrar— cualquier proposición sobre cualquier proposición moral es una proposición moral o implica una proposición moral o se deriva de una proposición moral. Por tanto, implica un compromiso moral. Como la doctrinas metaéticas versan sobre el dominio moral, de acuerdo a su argumento, todas conducen a un compromiso

moral. El escepticismo sólo puede ser «interno» a la moral, es decir, sólo puede negar la verdad de alguna proposición. Aunque este complejo argumento requiere más tratamiento del que puedo dedicarle aquí (debería terminar el trabajo que mencionas) el problema con Dworkin es que no define lo que considera «dominio moral», por tanto, no se sabe lo que considera «externo» o «interno» a la moral. Parece suponer que existe un único dominio moral. Pero también, en clave wittgensteniana, como punto de partida señala la existencia de hecho de ciertas creencias morales básicas e inevitables. Si esto es así, hay que admitir que existen de hecho, o pueden existir, tantos presuntos dominios morales como creencias morales básicas e incompatibles sean posibles o existan de hecho. El problema consiste en saber cuál es el dominio correcto. El escepticismo que niegue la existencia de un criterio de verdad con relación a todas las proposiciones de todos los dominios morales niega la posibilidad de encontrar una solución a ese problema y sólo podría ser, entonces, externo todos esos dominios. Como lo mismo se puede decir de otras tesis posibles de la meta ética, un discurso que versa acerca de cualquier dominio moral, no creo que Dworkin haya mostrado que semejante compromiso moral es necesario.

**M. C. R.:** *Gran parte de la literatura actual considera que para explicar la noción de norma en general —lo que incluye a la noción de norma jurídica— es necesario apelar al concepto de razón para la acción. ¿Qué opinas de esta tesis? ¿La noción de razón es primitiva respecto de la de norma?*

**R. C.:** La discusión en torno a la reducción conceptual de normas a razones me parece realmente importante porque apunta a algunas estructuras básicas de nuestro pensamiento, en especial a ciertas intuiciones, por ejemplo, que parece implausible admitir que el cumplimiento de una norma o, si se quiere de un deber, pueda constituir una acción irracional. Claro que eso se afirma con respecto a normas «genuinas», y no a cualquier requerimiento de conducta, por lo que la supuesta reducción supone saber qué es una «norma». No se puede decir, por ejemplo, que una norma en este sentido fuerte es la que implica una «razón para la acción», sin incurrir en una clara petición de principio. Tampoco, parece, que se puede suponer la equivalencia de ambas nociones, si es que se admite que hay razones que no se derivan de normas. Este es uno de los problemas abiertos, que no es tratado o al menos, no explícitamente, en la literatura que usa el lenguaje reduccionista. Otro, no menos importante, es que se tienen al menos dos concepciones de las «razones para la acción», una subjetivista o «internalista» (dependiente de deseos o intereses) y otra «objetivista» o «externalista» (independiente de deseos o intereses), ¿en cuál de las alternativas debería operar la reducción? Parece que el concepto de norma moral —entendida como un caso de norma genuina— podría ser reducido a la versión objetivista de las razones para la acción. De manera que aceptar la existencia de normas morales vendría a depender de la aceptación de cierta metafísica, la existencia de razones objetivas. Lo cual no parece sorprendente. Pero, sea o no defendible esta metafísica, con la idea de «norma jurídica» la cuestión es más problemática y no creo que la reducción funcione. Si se apela a la versión objetivista, todas las normas jurídicas deberían considerarse «normas genuinas» y no veo como podrían distinguirse entonces de las normas morales. La alternativa es negar, por supuesto, que todas las «normas jurídicas» sean «genuinas» en este sentido, lo que implica abandonar la empresa reduccionista. No parece tampoco

que la reducción sea posible en la otra concepción, porque esto vendría a implicar que sólo son normas para los que las aceptan como razones subjetivas o internas para la acción. Un genuino dilema que los reduccionistas no han afrontado.

**M. C. R.:** *¿Tu predilección por escribir trabajos cortos en los que se analizan y defienden ideas muy puntuales es fruto de una convicción, o de las circunstancias? ¿Hay un hilo conductor en los temas que has ido tratando? ¿Dirías que hay una teoría general del Derecho de Ricardo Caracciolo?*

**R. C.:** Diría que ambos factores juegan un papel con relación a ese estilo de transmitir mis ideas, si por «circunstancias» se entiende también la manera en que se llevó a cabo mi entrenamiento: dentro de los cánones de la filosofía analítica, en los que la idea de precisión ocupa, tal vez, un lugar central. Por otro lado, creo que se trata de una estrategia defendible. Como lo indicas, me ha interesado pensar acerca de ciertos problemas definidos y de un cierto nivel de complejidad. Y estoy convencido de que un trabajo teórico no debería contener más de lo necesario para mostrar el problema y la estrategia del argumento que se propone para abordarlo. Esto es, se trata de evitar la información irrelevante para lo que se discute en el trabajo. Se trata de un *desiderátum*, que sin duda favorece la crítica eventual. Que uno tenga éxito o no en esa empresa es otra cuestión.

Por cierto, hay algunos hilos conductores muy generales que tienen que ver con ciertos presupuestos filosóficos. Supongo, por un lado, la prioridad de la imagen científica del mundo, por lo que los resultados de la filosofía no deberían, al menos, ser inconsistentes con esa concepción. Principalmente, esta idea juega un papel en los trabajos que se relacionan con la naturaleza del conocimiento jurídico o con el aparato conceptual asociado al Derecho. Pero no solamente con respecto a ellos. Como es notorio, existe la cuestión abierta de saber cómo tornar compatible esa imagen con ciertas convicciones provenientes de la dimensión práctica de la vida, hasta tal punto que para algunos filósofos, por ejemplo, J. Searle, éste es el interrogante básico para la filosofía en el siglo XXI. Otro hilo conductor que me parece sumamente fructífero es tomar seriamente en cuenta la distinción objetivo-subjetivo en el tratamiento de cuestiones asociadas al Derecho, contemplado desde la práctica. Por ejemplo, el problema de la «autoridad» o, como lo indico arriba, la propia noción de «norma». Esta distinción es muy importante en muchas otras áreas de la filosofía, notoriamente en la epistemología.

No diría, en cambio, que exista una «teoría general del Derecho» de mi autoría, si por ello se entiende —a la manera de Kelsen o Ross— un conjunto articulado de proposiciones relativas —supuestamente— a todas las preguntas provocadas por todos los derechos. Sí existe, creo, una cierta idea global acerca de la naturaleza del Derecho, que mis trabajos intentan reflejar.

**M. C. R.:** *Justamente porque tus trabajos tratan temas específicos diferentes, ellos no desvelan con claridad si ha habido o no un cambio en alguna tus ideas. Me gustaría saber si hay alguna tesis sobre el Derecho que en un primer momento hayas creído fecunda y que luego hayas abandonado por considerarla equivocada.*

**R. C.:** Seguramente, habida cuenta del tiempo transcurrido, pensaría de nuevo las conclusiones o propuestas de varios de mis trabajos. Pero creo que el cambio im-

portante tiene que ver con mi concepción general relativa al trabajo filosófico sobre el Derecho (o, si se quiere, mi talante filosófico). Hasta cierto momento asumí que lo que se podía decir con sentido en este ámbito se limitaba a cuestiones de semántica, de lógica o de epistemología (influenciado, tal vez, por mis lecturas de filosofía de la ciencia). Es decir, un límite determinado por la necesidad de dar cuenta de interrogantes provocados por el juego interno de la ciencia jurídica dogmática y el análisis de los conceptos específicamente jurídicos. Creo ahora que esa restricción no se justifica. Además de las tradicionales cuestiones vinculadas a su valoración, hay otros problemas muy importantes, que tienen que ver con la práctica del derecho, sin cuyo tratamiento es muy difícil comprenderlo. Por ejemplo, ¿hasta que punto es racional obedecer al derecho?, lo que remite a una idea de «racionalidad» que hay que elucidar. Otro semejante y relacionado es la de saber si se puede —o no— tener una versión unificada de los lenguajes normativos, lo que me condujo a una revisión de cuestiones de metaética. Ello, a pesar de mi escepticismo acerca de encontrar respuestas positivas a muchos de esos interrogantes. La cuestión es que hay que enfrentarlos y tomarse en serio a la literatura relevante.

**M. C. R.:** *Es innegable que la teoría jurídica contemporánea ha dejado de prestar mucha atención a los problemas estructurales del Derecho para atender más a aspectos relativos a su funcionamiento y a su justificación. Tus dos libros, Sistema jurídico. Problemas actuales y el El derecho desde la filosofía creo que son indicativos de esta evolución. ¿Piensas que sólo se trata de una moda, o hay una razón más profunda en su base? En general, ¿cómo evalúas ese cambio, crees que mirar el Derecho desde la filosofía práctica nos coloca en una mejor posición para entenderlo?*

**R. C.:** Mi opinión es que, hoy en día, se tienen muchas preguntas abiertas en relación a lo que denominas «problemas estructurales», provocadas, por ejemplo, por la aparición de sistemas jurídicos supra-estatales, pero también se reformulan o precisan anteriores respuestas a temas más tradicionales, aunque —entiendo— algunas se refieran a polémicas casi agotadas (como el tema de las «lagunas» del Derecho). Todavía existe en inglés, castellano, italiano, portugués y tal vez en otros idiomas, una importante literatura sobre estas cuestiones. Así que no estoy muy de acuerdo con lo que dices acerca de la ausencia de interés de la «teoría jurídica contemporánea», aunque sea cierto que los teóricos anglosajones más prestigiosos no se ocupan de estos problemas. Pero esto —por sí sólo— no es indicador de su importancia relativa. También es preciso advertir que la distinción «estructural» y «no-estructural» de ninguna manera es precisa. Mi cambio de orientación hacia otras cuestiones, se debe por un lado a un interés personal en modificar un programa de trabajo demasiado asociado con mi tesis doctoral y, por el otro —como lo indico arriba— a la conciencia de otros interrogantes, tal vez provocados por la propuesta de Hart y lecturas de Wittgenstein y Raz. Pero no creo, por ello, que los problemas estructurales carezcan de importancia. Puede ser que ello signifique «mirar al Derecho desde la filosofía práctica». Siempre que se quiera decir que son preguntas filosóficas que versan sobre cuestiones prácticas, y entiendo que, efectivamente, las pertinentes respuestas son una herramienta para comprender mejor al Derecho. Pero de ninguna manera supongo que le corresponde al filósofo formular recomendaciones normativas. Esto último me parece una empresa notoriamente implausible.

**M. C. R.:** *Es fácil advertir que la relación entre la filosofía jurídica proveniente del mundo anglosajón y la que se hace, por decirlo de algún modo, en lenguas romances no es simétrica. Al respecto me gustaría preguntarte lo siguiente. ¿Cómo evalúas esta relación?, ¿crees que deberíamos tratar de intervenir conscientemente sobre ella implementando algún tipo de estrategia, o cabe dejar que se desarrolle espontáneamente? ¿Qué opinión te merece la idea de una filosofía latinoamericana?*

**R. C.:** Tu pregunta es compleja y sumamente importante. Sólo puedo aquí formular una reflexión. Ante todo, la calidad de un producto intelectual, por ejemplo, de un trabajo científico o filosófico no depende del lenguaje utilizado para pensarlo o transmitirlo. De manera que pensar o escribir en inglés no es condición necesaria ni suficiente de esa calidad. No puede ser, entonces, que esa asimetría a la que te refieres se explique solamente por una supuesta diferencia cualitativa determinada por un lenguaje. Para reconocer esto no hace falta negar la alta calidad de la tradición filosófica anglosajona —incluyendo a la producción contemporánea—, pero sí implica reconocer que, posiblemente, productos de similar excelencia, cuyo origen no es el mundo anglosajón carecen actualmente, de hecho, del mismo prestigio. Por tanto, si es que existe una asimetría objetiva en punto a la calidad, ello tiene que depender de factores históricos contingentes distintos que el uso de una lengua, por ejemplo, la existencia de una historia cultural muy consolidada, que conduce a comunidades intelectuales con alto nivel de entrenamiento. Lo que en gran medida es una función de la inversión social de recursos destinados a la producción del conocimiento o de la cultura. Pero al final, seguramente, habrá que recurrir en la explicación, a la dispersión azarosa del talento. Otra cosa es la percepción subjetiva de una asimetría. Creo que el prestigio —del cual depende esa percepción— es también una característica socialmente condicionada, que no depende necesariamente, o al menos no sólo, de cierta calidad objetiva. En cambio, parte de la explicación se debe al hecho de que el inglés —por factores empíricos muy complejos— se ha convertido en el instrumento de transmisión universal de la ciencia actual y de la filosofía. Se trata de una formidable herramienta de poder intelectual que puede provocar efectos perversos en punto a la calidad del pensamiento: surge la tendencia a minimizar la relevancia de todo lo que se produce en el mundo no-anglosajón o, al menos, lo que no se publica en inglés. Lo cual es estrictamente un grave error, si es que la calidad no depende del idioma.

Tu pregunta es acerca de lo que deberíamos hacer ante esta circunstancia, en cuanto miembros de otras comunidades lingüísticas. Como la universalización de la cultura es un objetivo deseable, no parece una buena estrategia resistir el uso del inglés como herramienta de comunicación. No se trata de propugnar una especie de xenofobia intelectual, inversa a la que lamentablemente tiene lugar en algunos círculos anglosajones, que no están dispuestos a considerar nada que no se publique en inglés. Pero tampoco ese hecho tiene que conducir a una *capitis diminutio* intelectual y al abandono de las lenguas romances como vehículos de transmisión de ideas. Simplemente, porque el uso de una lengua, no juega ni a favor ni en contra de la calidad de una producción intelectual. Pero además, hay que considerar lo siguiente: como se sabe, la agenda de los temas o interrogantes considerados relevantes en una comunidad intelectual local como la anglosajona son una función de intereses o factores contingentes que no tienen porque corresponderse con los intereses de otras comunidades locales.

Tampoco tienen que corresponderse necesariamente con algún criterio de relevancia genuina o generalizable de un problema filosófico o de sus respuestas, un criterio que no puede ser reducido a su origen en una u otra comunidad. Por tanto, la extrapolación acrítica de una agenda no puede ser una opción aconsejable. De hecho, creo que existen porciones importantes de la literatura jusfilosófica anglosajona que —por supuesto a mi criterio— carecen con frecuencia de interés general. Pero también existen controversias, como no podía ser de otra manera, que son realmente importantes. Sin embargo, diría que esto último ocurre también en la producción en italiano o en castellano. Puede haber diferencias cuantitativas importantes, pero no me parece que esto sea tan esencial como para mantener la percepción de la asimetría, si ello significa subestimación. La estrategia no puede ser otra, entonces, y esto dicho sin ninguna pretensión de originalidad, que crear condiciones que permitan detectar y apoyar el talento: mantener la posibilidad del intercambio intelectual mediante —tal vez— revistas que publiquen en más de una lengua, el inglés incluido, favorecer la formación rigurosa de los más jóvenes, incrementar al máximo la posibilidad de una producción de calidad, mediante referatos exigentes, mejorar la educación universitaria de grado y de posgrado, procurar el máximo rendimiento de los recursos disponibles. El éxito de esta compleja empresa debería conducir en el futuro, espero, como una deseable consecuencia secundaria, al quiebre de la asimetría, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo.

Existen, han existido y espero que existirán, resultados del trabajo de filósofos latinoamericanos de la máxima excelencia, como así también problemas relevantes, sobre todo, tal vez, en el espacio de la filosofía política que se originan en particulares circunstancias latinoamericanas. Pero, habida cuenta del carácter universal —al menos idealmente— de la filosofía, parece que esa relevancia depende de su capacidad de generalizarse. Esto es todo lo que puedo denominar «filosofía latinoamericana».

**M. C. R.:** *Una pregunta sobre libros. Si tuvieras que elegir entre obras de autores que te han impactado, ¿con cuáles te quedarías? Y, para comenzar a estudiar filosofía del Derecho, ¿cuáles son, en tu opinión, lecturas imprescindibles?*

**R. C.:** Es una pregunta muy difícil porque el impacto eventual ha dependido de muchas circunstancias y la lista sería entonces muy extensa, y se corre el riesgo de la injusticia. En general, prefiero el material que me conduce a una discusión con el autor, aquellas con respecto a las cuales parto de un desacuerdo, cualquiera sea el resultado final de su lectura. Por ejemplo, las propuestas de Raz y en metaética Michael Smith con su libro *The Moral Problem*. Por otro lado, considero que *El Concepto de Derecho*, de Hart, y *Metodología de las Ciencias Jurídicas*, de C. Alchourrón y E. Bulygin, son trabajos realmente impresionantes por su calidad y que, han determinado de distintas maneras mi percepción de los problemas de filosofía del Derecho. Pero puesto a elegir alguna especie de ideal intelectual en la filosofía contemporánea, creo que el libro *Investigaciones Filosóficas*, de Wittgenstein, constituye un trabajo de una profundidad excepcional.

Con respecto a tu otra pregunta, no creo que pueda ser original. Más que estudiar, creo que habría que aprender a pensar problemas jusfilosóficos. Para ello, comenzaría —todavía— con Kelsen, y a continuación, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, de Genaro Carrió.

**M. C. R.:** *Por último, ¿crees que los teóricos del Derecho están en deuda con algunos temas que merecen ser afrontados y que actualmente no forman parte de la agenda académica? Aun sabiendo que a un filósofo no es necesario pedirselo, cualquiera fuese tu respuesta, ¿podrías decirme por qué?*

**R. C.:** Seguramente, dado el carácter de la discusión filosófica (un conjunto de problemas abiertos), entiendo que no hay pregunta, tópico o cuestión que no ha sido tratado anteriormente en la tradición de la filosofía del Derecho, al menos, desde alguna escuela de pensamiento. Pero si se considera el actual enfoque analítico, señalaría como mínimo dos temas que me parecen importantes y están —al menos relativamente— postergados. El primero tiene que ver con la relación entre Derecho e ideología, entendida como un mecanismo para conservar el dominio, sin el cual el Derecho no subsiste. Por ejemplo: ¿Cuál sería aquí una noción fructífera de «ideología»? ¿Hay, o no, una distinción que hacer con la idea de «creencia moral»? Es verdad que los teóricos escépticos acerca de las reglas entienden, por ejemplo, que las decisiones de los jueces se determinan ideológicamente. Pero no conozco buenos tratamientos sistemáticos de estos interrogantes. Una omisión que se explica, al menos en parte, por la tendencia a considerar indiscutible la idea —a mi juicio equivocada— de conceder primacía al punto de vista interno en la comprensión de la naturaleza del Derecho. Desde ese punto de vista la «ideología» eventualmente incorporada en su contenido no es perceptible. En segundo lugar, no hay un tratamiento extendido de la noción de «racionalidad colectiva», a pesar de que se supone: *a*) que el Derecho es un resultado colectivo de una sociedad; *b*) que puede ser evaluado con algún parámetro de racionalidad. Como se sabe, hay modelos —algunos muy refinados— provenientes de la economía y de las ciencias sociales para analizar esa noción. Mi opinión es que vale la pena evaluar su rendimiento como herramienta de análisis jurídico. No hay que confundir esto con la extrapolación de algunos temas emparentados de teoría de juegos —que sí tienen su espacio en la actual literatura—, por ejemplo, la idea de un «juego de coordinación». He dedicado un par de ensayos a esta cuestión, que dejé de lado por motivos circunstanciales.

M. Cristina REDONDO

Ricardo CARACCILO



# REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN DOXA

## 1. CORRESPONDENCIA

Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de la revista: [doxa@ua.es](mailto:doxa@ua.es). En caso de que ello no sea posible, deberá enviarse el original acompañado de una versión en disquete o CD-ROM, en Word, a la siguiente dirección:

Manuel Atienza  
Departamento de Filosofía del Derecho  
Facultad de Derecho  
Universidad de Alicante  
Apdo. de Correos 99  
E-03080 Alicante  
España

La primera página incluirá el título (en español y en inglés), nombre completo del autor, puesto docente o investigador y centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico.

## 2. ABSTRACTS Y PALABRAS CLAVE

Los trabajos deberán ir precedidos por dos *abstracts*, uno en español y otro en inglés, de una extensión no superior a 10 líneas, así como de una propuesta de palabras clave en ambos idiomas.

## 3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS

Para la selección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a doble espacio, con tipografía Times New Roman de cuerpo 12. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de las 45 páginas. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas a doble espacio y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 30 páginas.

## 4. ACEPTACIÓN

La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a informe confidencial por evaluadores externos. El resultado de los informes se comunicará a los interesados y sólo podrá ser uno de los siguientes:

- a) Aceptación del trabajo.
- b) Aceptación condicionada a una adaptación de la extensión del trabajo.
- c) No aceptación del trabajo.

## 5. PUBLICACIÓN

Los trabajos aceptados pasarán a formar parte del fondo de la revista, la cual se compromete a su publicación. La redacción tomará de dicho fondo los trabajos que conformarán cada número. Una vez cerrado el número, lo comunicará a los autores cuyos trabajos vayan a aparecer en él.

## 6. EJEMPLARES

Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor un ejemplar del mismo y la correspondiente separata electrónica. En aquellos casos en que la redacción decida unir en una única separata varios artículos (por constituir una unidad; por ejemplo, una polémica), se procederá al reparto de la misma entre los diversos autores.

## 7. NORMAS DE EDICIÓN

**Notas a pie de página.** Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente, siempre antes del signo de puntuación que correspondiese.

**Citas.** Las citas irán en redonda y no cursiva, y entre comillas angulares. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser voladitas. Cuando la cita exceda de tres líneas, se separará del cuerpo principal del texto, irá sangrada y a cuerpo menor. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

**Bibliografía.** Las citas bibliográficas seguirán el modelo anglosajón. Los apellidos del autor en versalitas, año de edición del original: páginas.

— Si el autor publicó varias obras el mismo año, se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c... (PÉREZ, 2007a: 10-15).

— Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (S. PÉREZ, 2007a: 10-15).

En bibliografía, seguir el siguiente orden: apellidos en versalitas, inicial del nombre, año, dos puntos y capítulo de libro o artículo de revista entre comillas angulares, título de la obra o de la revista en cursivas (si se trata de una revista, luego el número), el tomo o volumen entre paréntesis, dos puntos y las páginas.

PÉREZ, S., 2007: «Una teoría», *Doxa*, 30 (2): 10-15.

