# D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

**http: //www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/**

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

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

© DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

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

I. S. S. N.: 0214-8676
Depósito legal: M-27.661-1989

Diseño de cubierta: n estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: TOP PRINTER PLUS
C/ Pto. Guadarrama, 48 - Pol. Ind. Las Nieves - 28935 Móstoles (Madrid)
MADRID, 2009

*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, 2008

# ÍNDICE

Pág.

**Jesús González Amuchastegui**

Ernesto Garzón Valdés:
***Unas breves notas acerca de la persona y la filosofía del Derecho de Jesús González Amuchastegui (1959 -2008)***
*Some Brief Notes on the Person and the Legal Philosophy of Jesús González Amuchastegui (1959-2008)* ..... 17

**XIV Congreso Ítalo-español de teoría del Derecho**
XIV[th] Italian-Spanish Conference on Legal Theory

Silvina Álvarez:
***Pluralismo moral y conflictos de derechos fundamentales***
*Moral Pluralism and Conflicts of Fundamental Legal Rights*..... 23

Joxerramon Bengoetxea:
***Los efectos diversos del Derecho comunitario: el caso de las directivas***
*The Diverse Effects of EC Law: The Case of Directives*..... 55

Raúl Calvo Soler:
***Dos debates y una propuesta para la distinción entre negociar y argumentar***
*Two Debates and a Proposal for the Distinction between Negotiation and Argumentation* ..... 73

Ricardo Caracciolo:
***Un dilema en torno a la naturaleza de las normas***
*A Dilemma about the Nature of Norms*..... 91

Pierluigi Chiassoni:
***Tres buenos filósofos contra las malas costumbres (Jurisprudencia analítica y teoría de la costumbre)***
*Three Good Philosophers against Bad Customs (Analytical Jurisprudence and Theory of Customs)* ..... 105

Pág.

Riccardo Guastini:
***Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas, e interpretación***
*Variations on Themes by Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin. Defeasibility, Axiological Gaps, and Interpretation* ..... 143

Victoria Iturralde:
***Reflexiones sobre los conceptos de validez y existencia de las normas jurídicas***
*Reflections on the Concepts of Validity and Existence of Legal Norms* ..... 157

José Juan Moreso:
***Teoría del Derecho y neutralidad valorativa***
*Is Legal Theory Value-free?* ..... 177

**Derecho y democracia constitucional. Una discusión sobre *Principia iuris*, de Luigi Ferrajoli**
Law and Constitutional Democracy. A Discussion on Luigi Ferrajoli's *Principia Iuris*

Perfecto Andrés Ibáñez:
***Valores de la democracia constitucional***
*The Values of Constitutional Democracy* ..... 207

Manuel Atienza:
***Tesis sobre Ferrajoli***
*Theses on Ferrajoli* ..... 213

Michelangelo Bovero:
***Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado***
*What Cannot Be Decided. Five Regions within the Off-limits Area* ..... 217

Eugenio Bulygin:
***Algunas reflexiones sobre lagunas y antinomias en* Principia iuris**
*Some Thoughts on Gaps and Antinomies in* Principia Iuris ..... 227

Marina Gascón Abellán:
**Principia iuris: *caracterización de una teoría jurídica***
Principia Iuris: *Characterization of a Legal Theory* ..... 233

Dino Greco:
***El eclipse del trabajo y los riesgos para la democracia y la Constitución republicana***
*The Eclipse of Labour and the Risks for Democracy and for the Republican Constitution* ..... 245

Pág.

Riccardo Guastini:
***Algunos aspectos de la metateoría de* Principia iuris**
*Some Aspects of the Metatheory of* Principia Iuris ..... 253

Tecla Mazzarese:
**Principia iuris: *optimismo metodológico y reafirmación de la cultura de los derechos***
Principia Iuris: *Methodological Optimism and Reaffirmation of the Culture of Rights* ..... 261

José Juan Moreso:
***Ferrajoli o el constitucionalismo optimista***
*Ferrajoli, or Optimistic Constitutionalism* ..... 279

Mauro Palma:
**Principia iuris *de Luigi Ferrajoli***
Principia Iuris, *by Luigi Ferrajoli* ..... 289

Pier Paolo Portinaro:
***Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de los garantes. El programa normativo de Luigi Ferrajoli***
*Autocracy of Reason, Liberalism of Rights, Democracy of Guarantors. Luigi Ferrajoli's Normative Programme* ..... 299

Geminello Preterossi:
**Principia iuris *entre normatividad y poder: sobre el estado constitucional de Derecho en la teoría de Luigi Ferrajoli***
Principia Iuris *between Normativity and Power: On the Constitutional State of Law in Luigi Ferrajoli's Theory* ..... 315

Luis Prieto Sanchís:
**Principia iuris: *una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional***
Principia Iuris: *A Non-(neo)constitutionalist Legal Theory for the Constitutional State* ..... 325

Alfonso Ruiz Miguel:
***Valores y problemas de la democracia constitucional cosmopolita***
*Values and Problems of Cosmopolitan Constitutional Democracy* ..... 355

Pág.

Salvatore Senese:
***Consideraciones extravagantes de un "jurista empírico"***
*Extravagant Thoughts of an "Empirical Jurist"* ..... 369

Michele Taruffo:
***Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción***
*Reading Ferrajoli: Considerations on Jurisdiction* ..... 383

Luigi Ferrajoli:
**Principia iuris.** ***Una discusión teórica***
Principia Iuris. *A Theoretical Discussion* ..... 393

**Artículos**
Articles

Ian Shapiro:
***El Derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción***
*The Constitutional Law of Abortion in the United States: an Introduction* ..... 437

Jan-R. Sieckmann:
***El concepto de autonomía***
*The Concept of Autonomy* ..... 465

Josep M. Vilajosana:
***Castración química y determinismo***
*Chemical Castration and Determinism* ..... 485

Mariano C. Melero de la Torre:
***Libertad, deber de justicia e identificación del Derecho***
*Freedom, Duty to Justice, and Identification of Law* ..... 509

Daniel Oliver-Lalana:
***Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario***
*The Efficacy Arguments in Parliamentary Discourse* ..... 533

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro:
***Una teoría de la argumentación jurídico-penal. Un primer esbozo, sobre el ejemplo del bien jurídico protegido en el artículo 318 bis del Código penal español***

Pág.

*A Theory of Criminal Law Argumentation. A Tentative Outline, Based on the Example of the Protected Legal Value in Section 318 bis of the Spanish Criminal Code* ..... 567

José Milton Peralta:
***Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena***
Actus Reus *Scholarship, Equality Principle, and Justification of Punishment Degrees* ..... 599

Luis Vega Reñón:
***Paralogismos.Una contribución de C. Vaz Ferreira al análisis de la argumentación falaz***
*Paralogisms. A C. Vaz Ferreira's Contribution to the Analysis of Fallacious Argumentation* ..... 625

**Notas**
Notes

Jesús Delgado Echeverría:
***Validación: construcción de un concepto de teoría general del Derecho***
*Validation: Building a General Theory of Law Concept* ..... 643

Rodolfo Vázquez:
***Laicidad, religión y deliberación pública***
*Laicism, Religion and Public Deliberation* ..... 661

Horacio José Alonso Vidal:
***¿Se pueden ejercer de forma omisiva las reglas que confieren poderes?***
*Can Power-conferring Rules Be Used by Ommission?* ..... 673

César Arjona:
***La teoría general de la forma de Robert Summers (a propósito de Robert S. Summers, Form and Function in a Legal System. A General Study)***
*Robert Summers's General Theory of Form (On Robert S. Summers's* Form and Function in a Legal System. A General Study) ..... 689

**Entrevista**
Interview

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero:
***Entrevista con Gregorio Peces-Barba***
*Interview to Gregorio Peces-Barba* ..... 707

# JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI

# UNAS BREVES NOTAS ACERCA DE LA PERSONA Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI

Ernesto Garzón Valdés
*Universidad de Mainz*

## 0

Hace exactamente cinco años Jesús GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI me pidió que escribiera el prólogo de su libro *Autonomía, dignidad y ciudadanía.* A pesar de que me considero poco apto para este tipo de escritos pues pienso que siempre se corre el peligro de caer en la alabanza fácil o en la reiteración inútil, acepté complacido esta invitación. Lo hice básicamente por dos motivos: primero, porque algo había ya leido de esta obra y llegado al convencimiento de que era un trabajo importante, que abría nuevas perspectivas para el tratamiento de temas tan manidos y escurridizos como son los de la dignidad y la autonomía humanas. Yo mismo había incursionado en este campo y sabía cuán difícil era escribir algo que pudiera aportar algún enfoque interesante o provocar una discusión relevante. Desde el punto de vista intelectual y profesional, pensé que valía la pena someter a crítica y análisis algunas de las tesis sostenidas por Jesús, tales como la versión historicista de los derechos humanos, la posible organización de un orden internacional justo y la relevancia moral de la dignidad humana. La segunda razón era el saber que compartía con él una concepción del quehacer intelectual que fundamentalmente consiste en procurar vincular con la mayor honestidad posible lo que uno profesionalmente piensa y la forma cómo uno se comporta en el ambiente social que nos ha tocado para suerte o desgracia vivir. En aquel prólogo —y también en diversas ocasiones académicas— polemicé con Jesús analizando argumentos y proponiendo soluciones que me parecían aceptablemente plausibles. No es mi propósito discutir ahora algunas ideas centrales de su pensamiento, sino más bien subrayar acuerdos y coincidencias. Ello puede servir a quienes lo conocimos personalmente como refuerzo de la memoria y a quienes no tuvieron esa oportunidad, como ejemplo de lo que puede y debe ser la vida y la obra de un jurista que, como ciudadano activo, no practica el aislamiento intelectual sino que procura vincular esencialmente lo que se sabe y la forma de cómo ha de vivirse lo que se sabe.

Hay tres acuerdos o coincidencias que quisiera subrayar aquí: 1. La relación entre la filosofía y la teoría del Derecho, por una parte, y la filosofía y la teoría de la política, por otra. 2. La autonomía del discurso moral en materia de derechos humanos y 3. La relevancia de la constitucionalización de los derechos humanos.

## 1

## La relación entre la filosofía y la teoría del derecho, por una parte, y la filosofía y la teoría de la política, por otra

En 1981, Norman P. BARRY había recordado la importancia que tenían para la filosofía y la teoría de la política los conceptos elaborados por la teoría y la filosofía del derecho [1]. Años más tarde, al estudiar el problema de la estabilidad de los sistemas políticos, utilicé la regla de reconocimiento hartiana como criterio de identidad y recurrí a estudios de politólogos y sociólogos para analizar la cuestión de lo que llamaba «pretensión de legitimidad» de los sistemas políticos que, en verdad, era muy similar a la «creencia en la legitimidad» propuesta por Max Weber pero me permitía distinguir entre legitimidad y legitimación. En esta misma línea de pensamiento y con total independencia de fuentes coincidentes, Jesús escribía en 2004:

> «Mi gran objetivo [es] enriquecer las discusiones que los iusfilósofos tenemos sobre los derechos humanos (y sobre el Estado social) con los análisis que politólogos, constitucionalistas y economistas han hecho del mismo tema. Si bien estoy convencido de que la filosofía del Derecho ofrece un enfoque sumamente fecundo para el análisis de estos – y otros - temas, estoy igualmente convencido de que, como cualquier otra comunidad académica, los iusfilósofos corremos el riesgo de elaborar un discurso cerrado en sí mismo, inteligible tan sólo para los pertenecientes a dicha comunidad, y que puede perder su inicial potencialidad y fecundidad.»[2]

La observación es correcta: sobre todo a partir del último tercio del siglo XX, la interdiciplinaridad se ha convertido en un rasgo manifiesto de la filosofía y la teoría del derecho. Basta echar una mirada a las investigaciones contemporáneas en este campo para comprobar que tal es el caso.

## 2

## La autonomía del discurso moral en materia de derechos humanos

Jesús González AMUCHÁSTEGUI pensaba que una teoría de los derechos humanos sólo podía ser elaborada desde la perspectiva de una moralidad crítica y, por ello, afirmaba:

> «El carácter universal de esta moralidad crítica redundará en la universalidad de los derechos proclamados por la misma. Obviamente estos derechos se encuentran fuera del ámbito de los diferentes sistemas jurídico-positivos, pues, efectivamente, no estamos hablando de unos derechos que unos tienen y otros no en función del sistema jurídico en que vivan. [...] creo que es un error negar la universalidad de los derechos humanos argumentando que los derechos humanos de los individuos tienen necesariamente una dimensión estatal...»[3]

---

[1] Cfr. N. P. BARRY, *An Introduction to Modern Political Theory,* Hong Kong 1981, pp. 32 s.
[2] J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, *Autonomía, dignidad y ciudadanía,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 38.
[3] *Ibidem,* p. 319 s.

La adopción de una moral crítica le permitió a Jesús no sólo no caer en las redes de un comunitarismo particularista y tener que «ser tolerante con cualesquiera costumbres o tradiciones» [4] sino también no sucumbir a la tentación del relativismo axiológico y tener que limitarse a la descripción de los principios y reglas de una moral positiva, es decir, se cuidó muy bien de no confundir punto de vista cultural con punto de vista moral.

## 3

## La relevancia de la constitucionalización de los derechos humanos

Cito a Jesús:

> «lo que más me preocupa en relación con los derechos humanos, es que estén protegidos, que estén garantizados, que sean respetados. Mi objetivo es que los derechos humanos estén recogidos en las Constituciones, sean desarrollados por las leyes y reglamentos, y sean aplicados por los diferentes operadores jurídicos. [...] Igualmente mi objetivo es que el contexto socio-económico favorezca la creación de condiciones para el disfrute real de los derechos humanos.»[5]

La importancia que Jesús otorgaba a la recepción constitucional de los derechos humanos respondía a su convicción de que sólo si eran respetados jurídicamente era también posible el funcionamiento cabal de la democracia. Sabía que «la democracia es el único régimen jurídico-político compatible con las exigencias planteadas por las teorías de los derechos humanos» [6].

Dicho de otra manera, pienso que Jesús estaría dispuesto a sostener que los derechos humanos constituyen el puente conceptual que vincula dignidad con democracia: la dignidad humana en sociedad sólo puede estar asegurada en una democracia sujeta a restricciones impuestas por el reconocimiento de los derechos humanos. La violación o la falta de vigencia de los derechos humanos afecta los dos pilares del puente: la dignidad se convierte en palabra hueca y la democracia degenera en la tiranía de los demagogos. En el primer caso se animaliza a la persona y en el segundo sucumbimos bajo la avalancha de la voluntad descontrolada de los más o del más fuerte. En ambos casos, la vida individual queda humillada y la vida social se vuelve indecente. Reiteradamente Jesús recordó el papel de los derechos humanos como frenos «no sólo frente a los poderes totalitarios, sino incluso frente a las decisiones mayoritarias» [7]. Consideraba, correctamente en mi opinión, que el respeto a la autonomía individual, a su dignidad en el sentido kantiano de la palabra, es lo que fija «un límite infranqueable incluso para las mayorías» y, con generosidad intelectual, recogía con mención expresa la noción de lo que he llamado «coto vedado» [8].

* * *

[4] *Ibidem,* p. 292.
[5] *Ibidem,* p. 42.
[6] *Ibidem,* p. 468.
[7] *Ibidem,* p. 407.
[8] *Ibidem,* p. 408.

A esta altura de mi vida, cuando se me muere un amigo entrañable me siento como sobreviviente en creciente soledad. Sé que es inútil pretender eliminar la tristeza por lo perdido. Sé también que toda explicación de un destino frustrado es empresa vana. Pero también percibo que una de las cosas buenas que a uno pueden pasarle en la vida es contar con el afecto de personas a quienes uno ha querido por buenas razones. La amistad no es ciega y son las buenas razones las que le confieren un valor que supera lo meramente subjetivo. ¡Y vaya si había buenas razones para sentirse amigo de Jesús!: integridad moral, modestia intelectual, pasión política por la conformación democrática de la realidad social, rechazo de lo fatuo, capacidad para escuchar argumentos y conservar la fidelidad a los principios morales que dan sustento a la defensa de la dignidad propia y ajena. No fue casual que Jesús escribiera un grueso volumen sobre estas cuestiones que eran para él, como solía decir, las que le preocupaban no sólo teórica sino prácticamente. Por ello, estuvo dispuesto a imponerse una pausa en su actividad universitaria para poder dedicarse más activamente a los problemas de la actividad judicial y política. Lo vi por última vez en Barcelona, en diciembre de 2007, en casa de José Luis MARTÍ. Acababa de concluir un curso de teoría del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra invitado por Jorge MALEM. Con no poca desilusión se explayó entonces sobre el destino político de España. Pensaba volver a dedicarse activamente a la Universidad. Unos meses más tarde me comunicaba su fatiga física y la conveniencia de imponerse un descanso. En el XIV Congreso Italo-Español de Teoría del Derecho, (14-15 de noviembre de 2008), cuando acabábamos de idear con José María SAUCA invitarlo a que dictara unas conferencias en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, nos enteramos de su muerte.

Porque Jesús fue la persona cabal que quisimos, pienso que debemos suavizar la tristeza que provoca su muerte con el recuerdo de lo con él compartido y la conciencia de haber sido afortunados por haber podido recorrer con él un trecho de esta extraña e irrepetible experiencia que llamamos vida. Quienes, sin haberlo conocido, lean sus trabajos sacarán el provecho que brinda una obra hecha con pasión intelectual e integridad moral. Todo esto alcanza y sobra para justificar un buen vivir: no es mucho más lo que nos está concedido aquí y ahora.

# XIV CONGRESO ÍTALO-ESPAÑOL DE TEORÍA DEL DERECHO

# XIV$^{TH}$ ITALIAN-SPANISH CONFERENCE ON LEGAL THEORY

# PLURALISMO MORAL Y CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES *

Silvina Álvarez **

*Universidad Autónoma de Madrid*

**RESUMEN.** El artículo comienza con un análisis del pluralismo de valores, para ocuparse a continuación de la que es su consecuencia más problemática desde la perspectiva del razonamiento práctico: los conflictos de valores. Después de definir los dilemas morales, el artículo pasa a ocuparse de los derechos fundamentales, en la medida en que reflejan el tipo de pluralismo moral antes analizado y pueden llevar, por tanto, a situaciones de conflicto. Como los genuinos dilemas morales, también los conflictos de derechos pueden reflejar el tipo de elección trágica que encierran dichos dilemas. Sin embargo, se afirma que el marco jurídico en que tienen lugar los conflictos entre derechos fundamentales hace que el tipo de soluciones que puede —y debe— ofrecer el derecho se configure de manera diversa a como se presenta el conflicto de valores en el ámbito exclusivamente moral. Sin cancelar el dilema moral subyacente —ni sus trágicas consecuencias morales—, la elección jurídica no tendría que asumir como propio el componente trágico que entraña para la moral la presencia de dilemas genuinos.

**Palabras clave:** Pluralismo de valores, valores generales, valores específicos, objetividad moral, dilemas morales, elecciones trágicas, derechos fundamentales, principios, conflictos de derechos, ponderación.

**ABSTRACT.** The paper focuses on the analysis of value pluralism and its most puzzling consequence: conflicts of values. After assessing the definition of moral dilemmas, the author brings into consideration the similarities between moral conflicts and conflicts of fundamental legal rights. Legal conflicts of this kind may also entail moral dilemmas —in the same way moral pluralism sometimes causes tragic choices. However, the legal system determines the presence of a different framework, offering diverse and various solutions. Even if moral dilemmas may be also present in conflicts of fundamental legal rights, legal solutions do not necessarily entail a tragic choice.

**Keywords:** Value pluralism, general values, specific values, moral objectivity, moral dilemmas, tragic choices, legal fundamental rights, principles, conflicts of rights, balancing.

---

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

** Investigadora Ramón y Cajal.

Los derechos humanos introducen en el Derecho una fuente rica y compleja de argumentos morales. Junto con los principios entran también en el Derecho razones morales que pasarán a formar parte del razonamiento jurídico. Esto hace que en cuestiones como las relativas a los conflictos entre derechos fundamentales, es decir casos en los que dos principios o derechos no pueden ser satisfechos completamente, tengamos que profundizar en el conflicto moral que subyace al conflicto jurídico para poder comprenderlo y solucionarlo. Es por eso que este trabajo comienza por ocuparse del pluralismo moral, es decir del trasfondo ético en el que surgen los conflictos entre valores.

Los conflictos de derechos fundamentales nos enfrentan con la comparación entre valores y el desafío de alcanzar una solución justificada. En la medida en que las razones jurídicas remiten a las razones morales para la solución de casos de conflicto, se podría concluir que la solución jurídica en tal caso no haría más que reproducir las conclusiones alcanzadas respecto de los conflictos morales. Sin embargo, el análisis de los conflictos y dilemas morales y su comparación con los conflictos de derechos fundamentales, puede ayudarnos a comprender mejor el alcance de la semejanza —o diferencia— entre ambos tipos de conflicto.

Para abordar estas cuestiones, me ocuparé en primer lugar de analizar el pluralismo moral como presupuesto de los conflictos; a continuación me centraré en los conflictos morales con el fin de identificar sus características más relevantes, y en la posibilidad de que existan en la moral genuinos dilemas o conflictos trágicos. Finalmente, pasaré a caracterizar los conflictos de derechos fundamentales como un caso especial de conflictos entre valores.

## 1. EL PLURALISMO MORAL

Un primer sentido de pluralismo es el que señala la existencia de múltiples valores y la imposibilidad de realizar conjuntamente algunos de ellos[1]. Esto representa un problema al que se debe enfrentar cualquier sistema de valores o teoría moral. Las teorías monistas resuelven los conflictos derivados del pluralismo estableciendo un orden cerrado de prevalencia entre valores, una jerarquía o un valor supremo con relación al cual se ordenan los demás valores[2]. Las teorías pluralistas, en cambio, aceptan las consecuencias que se derivan de negar que exista entre los valores una jerarquía u orden en relación a un bien superior. Dichas consecuencias se refieren principalmente a la existencia de conflictos morales. I. BERLIN puso de manifiesto con claridad las nociones de pluralismo y conflicto al afirmar que «la libertad del pez grande es la muerte del pez chico» ([1969]1998:223). Las personas no pueden realizar completamente algunos

[1] Me referiré aquí al pluralismo como teoría moral, es decir, como propuesta para clarificar cuáles son las características y efectos que se derivan de la presencia de valores múltiples, y para valorar en qué medida tal caracterización puede dar cuenta del modo en que actuamos moralmente. Aunque en este sentido el pluralismo se presenta principalmente desde una perspectiva metaética, de análisis y fundamentación de los juicios morales, el pluralismo puede ser entendido también desde otras perspectivas éticas, como las de la moral positiva o la ética normativa. Véase M. BARBERIS (2006:157).

[2] El modelo monista suele estar representado principlamente por el utilitarismo, aunque también las éticas kantianas basadas en la supremacía de un valor rector responden a este modelo.

valores en la medida en que se encuentran en un escenario en el que los valores son plurales en lo que respecta a su contenido y los agentes morales que reivindican tales valores comparten un espacio y un tiempo comunes que a menudo se transforma en un límite para su realización.

Thomas HILL define el pluralismo de valores como una propiedad gradual de las teorías morales, en la medida en que éstas pueden ser más o menos pluralistas; en este sentido, las teorías que reconocen la presencia de valores inconmensurables son en principio más pluralistas (HILL, 1992:747). HILL afirma que una teoría puede reconocer el pluralismo incluso si defiende la reflexión y la deliberación racionales como vía para la solución de conflictos, lo que abre el camino para la consideración de un marco de entendimiento común dentro del cual tendría lugar el pluralismo —sobre este punto volveremos más adelante—.

Susan WOLF, por su parte, presenta el pluralismo desde una perspectiva más radical. Según la autora el pluralismo genera el tipo de situaciones en las que no hay principios o criterios generales que puedan ayudarnos a resolver la tensión entre dos posiciones contrarias; se trata de situaciones en las que habría razones válidas para resolver la cuestión a favor de ambas posiciones opuestas: «En tales casos, se podría decir que ambas posiciones son igualmente correctas, o que no hay una respuesta correcta —independientemente de la cuestión sobre qué es lo correcto» (1992:788)—. Esto revelaría la presencia de lo que la autora llama «bolsas de indeterminación» —*pockets of indeterminacy*—.

Teniendo en cuenta estas definiciones, el tipo de situación que genera el pluralismo se podría describir en dos etapas: 1) la imposibilidad de aplicar dos valores en conflicto determina la imposibilidad de lograr *una* solución correcta —sería el caso en que dos posiciones o soluciones contrarias pueden ser ambas correctas—; 2) esta presencia de dos valores que se excluyen mutuamente y que plantean un conflicto sin solución única da lugar a una situación de indeterminación que nos enfrenta con la cuestión de la inconmensurabilidad. Aunque no puedo abordar aquí este tema en toda su extensión, conviene hacer algunas brevísimas referencias.

Conviene distinguir, ante todo, entre inconmensurabilidad, incompatibilidad e imposibilidad de comparar o incomparabilidad. Desde la perspectiva de los conflictos entre valores, creo que podemos representar la inconmensurabilidad como la ausencia de una medida común, es decir, la presencia de dos criterios radicalmente distintos de evaluación[3]. BERLIN pone de manifiesto esta caracterización de la inconmensurabilidad al

[3] La definición de la inconmensurabilidad entre valores es sumamente controvertida. S. LUKES, por ejemplo, propone distinguir la incompatibilidad entre distintas posiciones valorativas —que consiente la posibilidad de encontrar un ulterior entendimiento— de la inconmensurabilidad —que descartaría la posibilidad de cualquier entendimiento dada la ausencia de un parámetro común (1989:134)—. J. KEKES realiza la misma distinción entre incompatibilidad —que plantea propuestas excluyentes y por tanto no susceptibles de realización simultánea— e inconmensurabilidad —como imposibilidad de entablar comparaciones razonables— y afirma que el pluralismo debe abordar la presencia de conflictos provenientes de la coexistencia de valores que son incompatibles e inconmensurables (1993:21-22). J. GRAY analiza el pluralismo de I. BERLIN resaltando las características de inconmensurabilidad e imposibilidad de asociación —uncombinability— como sus rasgos distintivos (1995:53). M. STOCKER, por su parte, afirma que la presencia de valores plurales se manifiesta de diversas maneras y que incluso el monismo debe hacer frente al tipo de conflictos que generan, por ejemplo, diversas instancias o manifestaciones —a veces inconmensurables— de lo que en principio se presenta como valor úni-

contraponer el pluralismo al monismo y destacar las dificultades de la evaluación moral. Valorar, calibrar la calidad moral de una acción, es una compleja empresa que las personas abordan haciendo uso de su racionalidad pero enfrentándose a su vez con los límites que la realidad impone a sus aspiraciones normativas. Es por ello que BERLIN afirma que el pluralismo «[e]s más verdadero porque, por lo menos, reconoce el hecho de que los fines humanos son múltiples, no todos ellos conmensurables, y están en perpetua rivalidad unos con otros. Suponer que todos los valores pueden ponerse en los diferentes grados de una escala, de manera que no haga falta más que mirar a ésta para determinar cuál es el superior, me parece que es falsificar el conocimiento que tenemos de que los hombres son agentes libres, y representar las decisiones morales como operaciones que, en principio, pudieran realizar las reglas de cálculo» ([1969]1998:279). En palabras de R. CHANG, *«incommensurable items cannot be precisely measured by a single "scale" of units of value»* (1997:1). En este sentido, por ejemplo, la reflexión filosófica y la competitividad deportiva son habilidades inconmensurables en cuanto no existe un sistema único de medida respecto del cual pueda establecerse con precisión el valor que cada una de tales alternativas adquiere, se trata de opciones que se rigen por criterios no parangonables. La inconmensurabilidad así entendida, sin embargo, no negaría la posibilidad de realizar comparaciones[4] entre valores en la medida en que tales comparaciones se hagan sobre la base de un tercer criterio[5] —que no es ni el valor intrínseco a la primera alternativa (la reflexión filosófica) ni el valor intrínseco a la segunda (la competitividad deportiva)—. A veces la introducción de un tercer valor nos permite realizar operaciones entre lo que en principio pueden parecer conjuntos irreconciliables, pero que sin embargo admiten ser comparados con referencia a algún otro aspecto. Se trataría de una comparación no de sus propiedades intrínsecas —cosa que la inconmensurabilidad hace imposible— sino de sus relaciones respectivas con un ulterior valor.

---

co —como sucedería por ejemplo con la felicidad (1990:241-250; 1997:199)—. Sostiene además que la inconmensurabilidad no elimina la posibilidad de entablar comparaciones entre valores, como de hecho hacen los agentes morales como práctica habitual: el pluralismo no elimina la posibilidad de tomar decisiones a partir de una evaluación razonada (1990:176-177).

[4] La posibilidad de entablar comparaciones entre valores puede presentarse como una forma débil de inconmensurabilidad. J. WALDRON propone esta distinción entre inconmensurabilidad fuerte y débil; mientras la primera conlleva la imposibilidad de entablar comparaciones, la segunda permite establecer algún orden de prioridades: «Afirmar que dos consideraciones A y B son inconmensurables en este segundo sentido —débil— implica que hay un orden entre ellas, y que en vez de sopesarlas cuantitativamente una respecto de la otra, vamos a preferir inmediatamente incluso una mínima muestra del lado de A a cualquier otra cosa —no importa su su peso— del lado de B» (1993-1994:816). Dentro de esta forma de ordenar los valores —que opone a la forma utilitarista de sopesar o ponderar— distingue WALDRON tres modelos distintos de inconmensurabilidad débil: *«trumping, side constraints and lexical priority»* (1993-1994:816-817).

[5] CHANG afirma que *«[i]t is sometimes thought that the first idea entails the second —that if there is no common unit of value in terms of which two items can be measured, they are incomparable [...]—. But it is a platitude of economic and measurement theory that the lack of a single scale of units of value does not entail incomparability. Comparisons does not require any single scale of units of value according to which items can be precisely measured; one alternative can be morally better than another without being better by 2.34 units. Comparable items can be ordinally ranked —ranked on a list— and need not be cardinally ranked —precisely ranked by some unit of value».* (1997:2). Sobre comparabilidad véase también STOCKER (1997:203); SUNSTEIN (1997:238-240). La formulación más influyente en contra de esta definición de comparabilidad es la de J. RAZ que define la inconmensurabilidad como incomparabilidad; véase RAZ 1986:335-345); véase también GRIFFIN (1997:37-39). Sobre inconmensurabilidad e incomparabilidad en realción con los valores del liberalismo, véase GALSTON (2002:35; 2005:12-16).

Para que la comparación entre dos opciones o valores inconmensurables pueda tener lugar debemos encontrar entonces un ulterior valor de referencia con relación al cual poder confrontar dichas opciones. CHANG llama a este valor de referencia *covering value*, que podemos traducir por «valor abarcativo», y para cuya realización intervienen a su vez diversos «valores contribuyentes[6]». Podría suceder que en algunos casos no encontremos valores abarcativos que nos sirvan para entablar una comparación, en cuyo caso estaríamos ante valores inconmensurables y no comparables[7]; pero no todos los casos tienen que ser de este tipo. Negar sin más que existan casos en los que valores plurales puedan ser comparados en relación con algún criterio o valor de referencia, conlleva asumir una posición pluralista extrema. Por el contrario, quiero mostrar aquí que existen otras formas de pluralismo atenuado o moderado.

Pasemos ahora a la incompatibilidad. Aunque no todos los valores inconmensurables son como tales imposibles de realizar conjuntamente por el agente —el amor y la competitividad deportiva son inconmensurables, a pesar de lo cual se pueden realizar conjuntamente en la medida en que no se produzcan situaciones de conflicto—, en caso de conflicto, sin embargo, se puede producir una situación de incompatibilidad, reforzada precisamente por no poder ser medidos en relación con una única unidad de medida. En tales casos, la comparación en relación con un valor abarcativo[8] puede servir para redefinir la extensión de dichos valores de manera de hacerlos compatibles —es decir realizables conjuntamente, aunque solo en la medida que surja de la comparación[9]—.

De manera que en el marco del pluralismo podemos encontrar conflictos entre valores que respondan a una u otra de estas dos categorías generales: valores inconmensurables e incomparables (el pluralismo extremo o radical entendería que todos los conflictos entre valores son de este tipo), valores inconmensurables y comparables (el pluralismo moderado afirmaría que al menos algunos conflictos son de este tipo). Se pueden presentar además casos de valores que —independientemente de la conmensurabilidad o comparabilidad— sean incompatibles —los conflictos simétricos, en los

---

[6] En palabras de CHANG: «*Every comparison must proceed in terms of a value. A "value" is any consideration with respect to which a meaningful evaluative comparison can be made. Call such a consideration the covering value of that comparison. Covering values can be oriented toward the good, like generosity and kindness; toward the bad, like dishonor and cruelty; general, like prudence and moral goodness; specific, like tawdriness and pleasingness-to-my-grandmother; intrinsic, like pleasurableness and happiness; instrumental, like efficiency; consequentialist, like pleasurableness of outcome; deontological, like fulfilment of one's obligations; moral, like courage; prudential, like foresight; aesthetic, like beauty; and so on. Most covering values have multiple contributory values —that is, values that contribute to the content of the covering value—*» (Chang, 1997:5).

[7] Sobre incomparabilidad y no comparabilidad, véase CHANG (1997:29). «*The covering value predicate must apply to the items at stake; if the items are 'so different' that the relevant value does not cover them, they cannot be compared. But this failure of a value to cover is formal, and so it cannot entail incomparability. Noncomparability is neutral between comparability and incomparability*».

[8] No es el lugar aquí de analizar qué valores podrían funcionar como valores abarcativos; baste con señalar que aunque la lista de tales valores podría ser variable y en sintonía con el pluralimo moral, la autonomía personal es seguramente uno de ellos. Sobre autonomía personal, véase ÁLVAREZ (2002a; 2002b).

[9] En el ámbito de la comparación, puede surgir otro supuesto cuando lo que se produce no es la ausencia de criterios comunes de evaluación, sino la imposibilidad de realizar conjuntamente ciertos valores que no solo podemos comparar y evaluar desde una perspectiva común, sino que al hacerlo nos damos cuenta de que la evaluación que reciben es idéntica respecto de sus méritos. Se produce en estos casos una situación de empate: después de realizar la comparación concluimos que las alternativas analizadas alcanzan una evaluación idéntica, son parangonables en todos los extremos de la comparación.

que el mismo valor da lugar a obligaciones contrapuestas (como se verá en el próximo apartado) presentan algunos de los casos más problemáticos de incompatibilidad, generando el tipo de dilemas morales llamados también conflictos trágicos, a los que me referiré más adelante.

En todos estos casos, el pluralismo nos enfrenta con (1) el hecho de la diversidad de valores (2) el conflicto entre valores distintos o entre perspectivas o instancias diversas de realización de un mismo valor (3) el desafío del entendimiento y la solución. En las páginas siguientes propongo explorar cuáles son las consecuencias de reconocer la existencia de las mencionadas zonas de indeterminación moral o, lo que es lo mismo, la ausencia de una respuesta única capaz de resolver sin más el conflicto. El conflicto no cancela la validez de los valores —cualesquiera sean éstos— pero revela un límite de los mismos[10], en el sentido de que pone en evidencia su incapacidad para ofrecer soluciones definitivas a todos los conflictos morales y subraya al mismo tiempo la fuerza normativa de valores plurales.

### 1.1. Origen y extensión del pluralismo

Antes de analizar los conflictos morales, conviene decir algo más sobre dos aspectos importantes para la definición del pluralismo: (1) los contenidos del pluralismo: ¿cuáles son los criterios para evaluar la validez de los valores, sobre todo cuando éstos se presentan como valores específicos, instancias específicas de valores más generales? Se trata de analizar cuál es la extensión o carácter de las diferencias entre dichos valores específicos o lo que podemos llamar concepciones valorativas: las perspectivas diversas que se pueden asumir frente a un mismo valor. Frente a los que podemos entender como valores generales, habrá que determinar en qué medida concepciones o manifestaciones específicas sobre dichos valores pueden alterar el núcleo normativo de los valores generales. (2) el origen del pluralismo: se trata de establecer aquí cuáles son las fuentes de valor ¿tienen todos los valores la misma fuente u origen? ¿el pluralismo de valores depende necesariamente del contexto social? ¿depende de la cultura? ¿puede concebirse el pluralismo sin apelar a su origen social o cultural?

Dado que la respuesta a la segunda cuestión condiciona la respuesta a la primera, comenzaré entonces por la segunda. Las prácticas colectivas constituyen normalmente la fuente del pluralismo social: distintos grupos de personas asumen distintos modos de vida y esto con frecuencia determina la presencia de diferentes actitudes valorativas. En este sentido el pluralismo depende de las prácticas sociales y, más

[10] BERLIN advierte que frente a la seguridad y la satisfacción moral que produce la creencia en un sistema monista, el pluralismo puede generar una actitud escéptica, y sin embargo afirma que «[l]os principios no son menos sagrados porque no se pueda garantizar su duración. En efecto, el deseo mismo de tener garantía de que nuestros valores son eternos y están seguros en un cielo objetivo quizá no sea más que el deseo de certeza que teníamos en nuestra infancia o los valores absolutos de nuestro pasado primitivo. "Darse cuenta de la validez relativa de las convicciones de uno —ha dicho un admirable escritor de nuestro tiempo—, y, sin embargo, defenderlas sin titubeo, es lo que distingue a un hombre civilizado de un bárbaro". Pedir más es quizá una necesidad metafísica profunda e incurable, pero permitir que ella determine nuestras actividades es un síntoma de una inmadurez política y moral, igualmente profunda y más peligrosa» ([1969]1998:280).

específicamente, de la cultura que ellas generan. Joseph RAZ afirma que «algunos valores existen solo si hay (o hubo) prácticas sociales que los sustenten» (2003:19). En la concepción de RAZ, los orígenes sociales de algunos valores —que responden a lo que Raz denomina «la tesis de la dependencia social especial»— coexisten con otras fuentes de valor, es decir que no todos los valores dependen de prácticas sociales. Tales valores no dependientes RAZ los clasifica del siguiente modo: (1) «placeres puramente sensuales o de la percepción» (2) «valores estéticos de los fenómenos naturales» (3) «muchos valores —aunque no todos— que capacitan para la acción o la facilitan» (como la libertad), y (4) «el valor de las personas y de otros evaluadores que son valiosos en sí mismos» (2003:34) [11].

Las excepciones a la tesis de la dependencia social indican importantes puntos de referencia para entender el alcance del pluralismo. La esfera de la dependencia social aparece así delimitada por los valores no dependientes, principalmente por aquéllos establecidos en (3) y (4). Podemos sentirnos inclinados a considerar a estos últimos como valores absolutos, es decir valores que en una hipótesis de conflicto no podrían ser superados por valores socialmente dependientes. Podemos tomar esta hipótesis como primera aproximación a la relación entre valores dependientes y no dependientes; sin embargo, tal solución simplifica lo que de hecho pueden ser escenarios éticos más complejos. Afirmar que los principios generales limitan la extensión del pluralismo podría entenderse como una propuesta sobre la existencia de valores primarios y secundarios o generales y particulares, cuestionando de este modo la independencia de los segundos respecto de los primeros [12]. Si los valores socialmente dependientes no son independientes de otros valores, entonces serían o bien meramente instrumentales o bien especificaciones vernáculas de principios fundamentales o universales. En este sentido, los valores culturales se podrían describir como instancias de valores fundamentales o desarrollos ulteriores de éstos, y podrían ser considerados como tales solo en la medida en que no comprometiesen (3) y (4). Admitir la existencia de valores absolutos respecto de los cuales son dependientes todos los demás valores debilitaría una de las tesis centrales del pluralismo —es decir, la ausencia de una jerarquía entre valores—. Negar tal relación jerárquica, sin embargo, no implica negar cualquier tipo de relación entre valores. Incluso RAZ, que sostiene que los valores socialmente dependientes son independien-

[11] Esta diversidad de valores y, más aún, de sus correspondientes fuentes de valor, ha sido señalada también por autores como Ch. LARMORE (1987), que pone en cuestión la posibilidad de englobar los valores en un sistema monista como los propuestos por las teorías deontológicas y consecuencialistas, o T. NAGEL (1979), quien clasifica los valores en cinco tipos distintos: «obligaciones, derechos, utilidad, fines perfeccionistas y compromisos privados», que reflejan a su vez distintos tipos de fuentes. Según NAGEL, una de las principales diferencias entre valores está dada por la división entre «razones personales o impersonales, centradas en el agente o centradas en los resultados, subjetivas u objetivas» (1979:133), y esta división refleja una vez más la diversidad de fuentes de que provienen dichos valores.

[12] Algunos autores, como J. KEKES, parecen querer alcanzar algún tipo de reconciliación entre principios generales y particulares que, sin afirmar la dependencia de los segundos respecto de los primeros, entienda los valores particulares o dependientes del contexto como expresiones de valores más generales. KEKES distingue entre valores primarios —vinculados a la naturaleza humana— y secundarios —vinculados a las diversas prácticas humanas—, superponiendo a esta clasificación otra entre valores predominantes y condicionales —que a su vez se distingue de la clasificación entre valores absolutos y *prima facie* (1993:18-20)—. En la versión de KEKES, el pluralismo rechazaría la existencia de valores predominantes —en el sentido de valores que en ningún caso pueden ser puestos en cuestión por otros valores—, aunque entiende los valores secundarios como expresiones particulares de necesidades humanas generales (1993:26;34).

tes de los valores generales —en la medida en que surgen exclusivamente a partir de prácticas culturales y no existirían sin ellas—, concibe a través de las ideas relativas a la interpretación, desarrollo y cambio de los valores, una conexión estrecha entre valores generales y culturales (véase RAZ, 2003:47-59).

Según RAZ «los valores más generales se explican al menos en parte a través del modo en que se insertan en valores más específicos»[13]. RAZ apunta la relevancia de las prácticas sociales y de los valores que ellas generan precisamente porque los que llamamos principios o valores generales no encontrarían su razón de ser ni de expresión sino a través de sus manifestaciones más específicas —es decir a través de las acciones de los seres humanos que a menudo se insertan en prácticas culturales—. En este sentido valores generales y particulares se entrelazan en una relación bidireccional: los valores generales se manifiestan a través de prácticas culturales específicas y éstas a su vez nos permiten delinear el alcance de principios más generales. La coexistencia de valores tiene lugar y evoluciona en la medida en que son posibles interpretaciones de la diferencia coherentes, es decir interpretaciones que no apelen a la comprensión de prácticas específicas como unidades aisladas, sino a su comprensión a partir de valores generales y de las relaciones entre unas y otros[14]. De este modo algunos valores específicos pueden presentarse como instancias de valores generales; esto parece ser lo que sucede cuando valores como la libertad o la igualdad pasan de su formulación más abstracta a formulaciones más detalladas, ligadas a una percepción de lo bueno.

Así entendido, el pluralismo incluiría valores generales y específicos, los cuales a su vez pueden ser instancias de valores generales o valores independientes, y entablaría un mecanismo a través del cual unos y otros se definen mutuamente, permitiendo la realización paralela de valores cuyo origen está ligado a procesos sociales o culturales —que surgen de lo que RAZ llama «*sustaining practices*»[15]— y de valores que, no obstante ser generales en su formulación, transmiten mejor sus contenidos a través de las distintas instancias sociales de evaluación moral. Llamaré a este tipo de diversidad moral *pluralismo comprehensivo*[16], que es una forma de pluralismo moderado[17]: el reconocimiento de la diferencia de valores que surge de las prácticas sociales y de los modelos culturales, y que al mismo tiempo satisface nuevas formulaciones de valores generales[18]. A esta

[13] Véase RAZ (2003:50); véase también RAZ (2001:41-76).

[14] Otra forma de aproximarnos al pluralismo de valores es a través de la noción de «fronteras de acuerdo y desacuerdo» que menciona RAZ (2003:51, 53). También desde esta perspectiva podemos pensar los valores generales como la frontera del desacuerdo, más allá de la cual comenzaría el espacio no de la incertidumbre que genera el desacuerdo producto de valores inconmensurables —este tipo de desacuerdo es una característica ineludible del pluralismo—, sino de lo éticamente no permisible. En general, sobre la noción de desacuerdo, véase S. BESSON (2006).

[15] RAZ (2003:20 y ss.).

[16] W. GALSTON utiliza esta misma denominación para referirse a un concepto distinto —un tipo de teoría política pluralista que no separa la teoría política de otras áreas de conocimiento como la teoría moral—. Véase GALSTON (2002:9). También M. ROSENFELD se refiere al pluralismo comprehensivo aunque en este caso para señalar su dimensión sustantiva y distinguirlo del pluralismo metodológico (1998:316-317)

[17] HILL hace referencia a las «teorías moderadamente pluralistas» como aquellas que incorporan una teoría de lo correcto —o de los «principios básicos de deber que constituyen un marco antecedente»— que sienta las bases para la evaluación moral, pero sin afectar por ello el valor intrínseco de los distintos «tipos de vida» —lo cual parece hacer referencia a una noción moralmente más densa como sería la de distintas concepciones del bien (HILL 1992:748)—.

[18] Esta idea sobre la presencia en la vida moral de los agentes de elementos generales y particulares que deben ser reflejados por la teoría moral ha sido expresada de diversas maneras. Según la interpretación de GRAY,

forma de pluralismo comprehensivo como pluralismo moderado, se opondría el pluralismo radical como expresión no solo de la inconmensurabilidad entre valores sino de la imposibilidad de comparación entre valores y por tanto de resolución de los conflictos derivados del pluralismo.

Podemos pasar ahora a analizar las cuestiones mencionadas en primer lugar, al comienzo de este epígrafe, sobre el contenido valorativo del pluralismo. Aunque afirmemos que las prácticas sociales y la cultura tienen un papel significativo en el origen de valores específicos, no es este solo hecho relativo al origen social o cultural lo que confiere valor. En otras palabras, si el pluralismo no conlleva la idea de que cualquier tipo de convención sea válida o pueda dar origen a valores específicos, entonces cabe preguntarse cuáles son los límites para validar convenciones sociales o culturales [19].

Cabe plantearse si en el marco del pluralismo se podrían acomodar valores específicos que consagren como valiosa cualquier práctica social. Si así fuese, el pluralismo se encontraría con el relativismo a través de la aceptación de —múltiples— valores específicos [20]; el límite a este tipo de relativismo depende de la posibilidad de introducir algún criterio para determinar la validez de los valores específicos y esto, a su vez, parece depender en parte de los valores generales y en parte de la aceptación de algún grado de objetividad. Aunque no puedo extenderme aquí sobre las posibilidades de la objetividad en ética, conviene hacer algunas breves referencias sobre el tipo de objetividad a que me refiero. WOLF afirma la posibilidad de distinguir entre «objetividad» y «unicidad»: «la ética puede ser objetiva, o al menos parcialmente objetiva, incluso si no puede ofrecer una solución única y óptima para todos los problemas morales» (1992:748). Según la autora, la razón junto con los hechos empíricos sirven como guías para la evaluación moral incluso si estos dos elementos no bastan para alcanzar soluciones que puedan calificarse de objetivas, en el sentido de la única respuesta posible o la mejor respuesta a un conflicto de valores [21]. También STOCKER subraya que una «decisión razonada» no tiene que presentarse siempre como la única o mejor solución a una cuestión moral: puede haber más de una opción razonable (1990:178-180); y RAZ se refiere a aquellos casos en los que la razón no ofrece soluciones definitivas —es decir casos en los que una perspectiva neutral no ofrece soluciones excluyentes— como casos en los que dada la ausencia de una alternativa claramente mejor debería entrar en consideración «la perspectiva personal» (1999:239-246).

---

por ejemplo, BERLIN propondría un tipo de «pluralismo objetivo» que combinaría la diversidad e inconmensurabilidad de los valores con un marco común del pensamiento humano para la aproximación a las cuestiones éticas (1995:69). S. HAMPSHIRE, por su parte, habla de la existencia de «dos caras de la moral» representadas por un lado racional y otro predominantemente subjetivo (1983:2; véase también capítulo 2).

[19] En este sentido, hay que señalar que en la base del pluralismo reside un tácito acuerdo sobre la noción de naturaleza humana que, aunque con los matices propios de la recepción que tal idea pueda tener en cada contexto cultural específico, serviría de denominador común a los distintos enfoques morales. Esta noción parece estar presente, por jemplo, en la obra de BERLIN; véase GRAY (1995:66-69)

[20] Para una distinción entre pluralismo y relativismo —que caracteriza al primero con referencia al disenso intra-individual y al segundo con referencia al disenso inter-cultural—, véase BARBERIS (2006:162167).

[21] La mejor respuesta debe entenderse aquí con referencia a las normas de un sistema ético de referencia e independientemente de la mejor respuesta que pueda convenirse en tanto mejor acuerdo alcanzado o mejor solución práctica a la situación de conflicto.

En otras palabras, el objetivismo moral no necesariamente conlleva la idea de que existe solo una respuesta correcta basada en la verdad de los argumentos[22], y así entendida la objetividad es compatible —en algún grado— con el pluralismo moral. El principal recurso de la objetividad es la racionalidad; sin embargo, la racionalidad a veces no es suficiente para resolver conflictos sustantivos. Muchas controversias pueden permanecer sin solución incluso en el marco de un entendimiento racional. WOLF señala con acierto que no podemos esperar que «las condiciones que impone la razón determinen cuáles son las mejores y únicas alternativas» (1992:796). Se trata de reconocer tanto las potencialidades de la racionalidad en tanto marco para el entendimiento y mecanismo de validación moral, como sus límites para solucionar conflictos sustantivos; tal reconocimiento puede llevarnos a importantes conclusiones sobre la extensión del pluralismo. Éste contempla la superposición de —múltiples— opciones valiosas —que se ven especialmente reflejadas en lo que antes hemos analizado como valores específicos- cuyos referentes son valores distintos, opciones que pueden generar diversos cursos de acción todos ellos valiosos dentro del marco de entendimiento racional que fijan los principios generales—[23]. De acuerdo con WOLF, los modos de vida plurales se ubican «dentro de la gama de códigos aceptables a los que estamos constreñidos por la razón juntamente con los hechos empíricos» (1992:796).

Este enfoque de las cuestiones éticas apunta a lograr el entendimiento aunque sin soluciones definitivas. A su vez, esta forma de concebir el pluralismo incorpora las prácticas culturales sin concederles un papel constitutivo exclusivo en la formación de valores, pero sí integrándolas como puntos de partida ineludibles hacia la formulación de principios más generales, fundamentales o universales. En este proceso la racionalidad es el principal elemento para el entendimiento y el cambio.

---

[22] Otra concepción no maximalista de objetividad moral —en el sentido de no vinculada a la idea de solución única— es la de NAGEL. Según este autor, la objetividad debe ser entendida como el encuentro entre la perspectiva interna o personal y un punto de vista externo o impersonal, teniendo en cuenta que la objetividad en ética no se descubre como algo que está fuera del sujeto evaluador sino que se construiría desde el propio sujeto. Véase NAGEL (1986).

[23] WOLF ofrece el ejemplo —tomado de una película— de dos personas que llevan modos de vida guiados por principios diversos: una —inspirada en la comunidad Amish— condena cualquier tipo de violencia en cualquier tipo de circunstancias, mientras la otra considera justificada la violencia en ciertas condiciones: «Hay una escena en la película en que uno de los hombres Amish, Daniel, es insultado por un matón del pueblo en el que se encuentran. Conforme a su modo de obrar, el hombre Amish simplemente permanece allí de pie, soportando el maltrato del matón, y de hecho le hubiera parecido incorrecto hacer otra cosa que no fuese soportarlo. Pero Book, el detective, no puede quedarse allí sin hacer nada, permitiendo al gamberro proseguir con sus despiadados insultos: finalmente se alza y salta sobre él rompiéndole la nariz» (1992:792). El ejemplo muestra dos reacciones no solo distintas sino opuestas que sin embargo son ambas moralmente válidas y coherentes con el conjunto de valores a que responde cada una de ellas. Este tipo de ejemplo, sin embargo, podría entenderse también como el tipo de situaciones que pone de manifiesto la clase de pluralismo que se desarrolla dentro del ámbito de lo permitido por un mismo sistema de valores. La aprobación de reacciones moralmente opuestas como las descritas respondería al distinto desarrollo de un mismo principio general —en el ejemplo—, ambas reacciones se enmarcan dentro del principio general de no agresión, solo que mientras un agente asume una posición sin concesiones sobre este principio (podríamos decir que adopta una posición supererogatoria), el otro contrapesa dicho principio con circunstancias supervinientes tales como la agresión previa y la prerrogativa de la defensa. Desde otra perspectiva, podemos decir que se trata de un caso en el que, frente a una misma situación —alguien es insultado verbalmente—, un agente o sistema moral antepone el valor de la humildad o la no confrontación y por tanto establece que procede el silencio frente al insulto, y otro antepone el valor de la réplica frente al orgullo herido o la defensa ante la agresión verbal. En este caso estamos ante la presencia de valores plurales —la humildad, el orgullo, la legítima defensa— que admiten ser ordenados en diversas jerarquías de valores todas ellas válidas.

## 1.2. Conflictos morales y elecciones trágicas

Teniendo presentes las nociones apuntadas sobre cómo se configura el pluralismo moral, podemos ocuparnos ahora de la que constituye su consecuencia más problemática desde la perspectiva del razonamiento práctico, es decir, los conflictos de valores. Como hemos visto al definir el pluralismo moral, la tensión entre posiciones normativas contrarias está presente en la idea misma de que existen múltiples valores, es decir, múltiples aspiraciones normativas todas ellas de igual calificación moral. Es así que en el ámbito de la discusión filosófica en torno al pluralismo de valores, se presenta un conflicto en aquellas situaciones en las que dos —o más— valores no pueden ser realizados conjuntamente[24]. Existen distintos tipos de conflictos según cuáles sean los valores que se enfrenten y según quiénes sean los agentes morales involucrados en el conflicto. Así, una primera clasificación de los conflictos requiere distinguir entre conflictos de valores cuya titularidad o pretensión recae en personas distintas (inter-subjetivos) o en la misma persona (intra-subjetivos)[25]. A su vez, se hace necesario distinguir entre conflictos que tienen lugar entre instancias de un mismo valor y conflictos entre valores o instancias de valores distintos[26]. A esta última distinción hace referencia la clasificación de los conflictos en simétricos y asimétricos[27].

---

[24] Tal vez convenga aclarar que el conflicto entre valores al que me refiero aquí admite distintos matices dentro del conjunto de conflictos que el agente moral puede tener que enfrentar. KEKES distingue tres formas en que pueden presentarse las afirmaciones o pretensiones morales en conflicto. La primera se refiere a «tener pretensiones morales del mismo tipo que entran en conflicto: dos obligaciones que no pueden ser realizadas, virtudes que no pueden cultivarse simultáneamente, componentes del bienestar general tan relacionados que cuanto más tenemos de uno menos tenemos del otro» —es a este tipo de conflictos al que de manera genérica me referiré en lo que sigue como conflicto de valores—. El segundo tipo de conflictos que señala KEKES es el que se produce entre conjuntos de valores —o conjunto de virtudes— que entrañan a su vez distintos tipos de pretensiones morales, que podrían ser «individuales, relacionales, impersonales, ideales, etc.». Este segundo tipo de conflicto parece hacer referencia a distintos sistemas de valores, al conflicto entre, por ejemplo, una moral consecuencialista basada en el bienestar general y otra basada en el autointerés. Por último, el autor señala el conflicto «entre las formas de vida de la que son parte los distintos bienes. [...] dentro de una forma de vida en particular pueden siempre surgir, al menos teóricamente, conflictos entre diferentes tipos de bienes que tienen lugar al asignarles distinta prioridad sobre la base de su importancia respectiva para ese tipo de vida. Para la gente dedicada a la reforma social, los derechos y los ideales sociales son generalmente más importantes que las virtudes y los ideales personales, mientras que para la gente profundamente religiosa la tendencia suele ser la inversa; los deberes ocupan normalmente un lugar importante en la vida de los soldados, pero para los artistas suelen ser menos importantes» (KEKES, 1989:149).

[25] Nótese que esta distinción se refiere no al agente que debe realizar la elección entre valores en conflicto sino a los agentes sobre los que recae la realización de dichos valores. Así por ejemplo si tengo que decidir entre salvar la vida de A o la vida de B estaremos frente a un conflicto intersubjetivo en los términos de la clasificación apuntada; y si en cambio se trata de decidir entre proteger mi vida o defender mi libertad —en un contexto en que no es posible realizar ambas— se tratará de un conflicto intrasubjetivo. En cualquier caso, es siempre uno el agente que debe tomar la decisión de seguir uno u otro curso de acción. Aunque la mayor parte de los dilemas morales son de este tipo, se ha señalado también que se pueden presentar dilemas de tipo interpersonal, es decir, situaciones en las que distintos agentes deben hacer acciones distintas, y aunque cada uno puede realizar la acción debida, no es posible que ambos las realicen. Véase MCCONNELL sobre la distinción entre dilemas *«single agent»* y *«multi-person»* (2006:8).

[26] En el ámbito de los conflictos entre derechos —de los que me ocuparé en el próximo apartado— se hace una clasificación análoga distinguiendo entre conflictos que ponen de relieve manifestaciones o pretensiones distintas respecto de un mismo derecho (intra-derechos) y conflictos entre dos manifestaciones o pretensiones concretas de derechos distintos (inter-derechos). Véase WALDRON (1993:217), MORESO (2005:161-162), ZUCCA (2005:103-106). Para una clasificación de los conflictos de derechos a partir del conflicto entre los deberes correlativos, véase F. M. KAMM (2001b).

[27] SINNOTT-ARMSTRONG (1988: capítulo 2). Véase también, MCCONNELL (2006:2); BARBERIS (2006:184).

Por otro lado, teniendo en cuenta el tipo de valores que entran en conflicto y apelando a la distinción señalada en el apartado anterior entre valores generales y valores específicos, los conflictos pueden producirse entre dos valores generales, entre dos valores específicos o entre un valor general y un valor específico. A su vez, cada uno de este tipo de conflicto puede tener lugar entre valores distintos —generales o específicos según sea el caso— o entre instancias de cada uno de ellos[28]. Una clasificación similar de los tipos de conflictos entre valores es la que realiza John GRAY, al señalar que en la obra de Isaiah BERLIN se pueden distinguir tres niveles de conflictos: conflictos entre valores últimos, conflictos que se presentan en el ámbito de un mismo valor general —como los que suscitan diversas concepciones de la libertad o la igualdad— y finalmente conflictos entre valores diversos generados a partir de distintas formas de vida o de cultura (GRAY, 1995:43).

Un conflicto entraña una dificultad que hay que superar para poder actuar guiados por razones morales. El grado de dificultad de los conflictos o, dicho de otro modo, la mayor o menor insatisfacción moral que un conflicto pueda generar está dada por el tipo de soluciones que la propia configuración del conflicto permita encontrar. Los casos más difíciles de resolución de conflictos son los que aparecen en los genuinos dilemas morales o también llamados elecciones trágicas. A este tipo de conflictos me voy a referir enseguida, pero antes se hace necesario decir algo más sobre cómo se caracterizan en general los conflictos de valores.

Dos valores —o dos acciones que entrañan la realización de dichos valores— entran en conflicto cuando aún teniendo ambos los méritos para ser realizados no pueden producirse conjuntamente. En otras palabras, un conflicto entre valores presupone que dos valores o dos manifestaciones de un mismo valor están igualmente cualificados moralmente para poder ser realizados, pero existen imposiciones fácticas que impiden su realización conjunta. Esto significa que debemos optar por realizar uno de los dos valores o una sola de las posibles acciones que conducirán a la realización, cada una de ellas, de uno sólo de los valores en conflicto. En la medida en que exista una solución que esté fundada en una justificación producto de razones que indiquen al agente cuál es el curso de acción a seguir, entonces estamos frente a un conflicto que no se ha configurado como genuino dilema moral o caso trágico[29]. Esto es así incluso si la solución final no es una solución óptima, en el sentido de que la solución pueda acarrear de todos modos consecuencias no deseadas o la pérdida de algo valioso.

En otras palabras, hay casos de conflictos en los que la solución entraña una pérdida no obstante no tratarse de un caso trágico ya que existe una solución moralmente justificada; por ejemplo, si observo que alguien va agredir mortalmente a otra persona, y para evitar que tal agresión se produzca tengo que intervenir golpeando al agresor, entonces la elección de la segunda opción difícilmente pueda decirse que genera una situación de conflicto trágico no obstante producirse una pérdida o un resultado con consecuencias no valiosas —alguien ha resultado dañado—, toda vez

[28] Aunque para simplificar la exposición solo me refiero aquí a los conflictos entre dos valores, los conflictos pueden producirse entre más de dos valores o instancias de valores generales o específicos.

[29] En palabras de MCCONNEL, «cuando una de las exigencias en conflicto supera a la otra o es más apremiante que la otra, no tenemos un genuino dilema» (2006:2).

que existe una justificación moral que avala la alternativa adoptada. Se trata de casos en los que las posibles soluciones entrañan todas ellas alguna pérdida pero tenemos razones para justificar por qué una de las posibles soluciones es mejor que las restantes[30].

Para ilustrar estos casos se suele recurrir a algunos ejemplos paradigmáticos. Uno de ellos es el caso en que cumplir una promesa puede ocasionar un daño a alguien, cuando la promesa consiste en devolver un arma a quien sabemos que tiene la intención de usarla para matar a otra persona. En un caso como éste, no dudaríamos en afirmar que la obligación de cumplir la promesa decae frente a la obligación de evitar un mal mayor como es la muerte de una persona. En los términos de SINNOT-ARMSTRONG, estamos ante un caso en el que una de las obligaciones supera a la otra y por tanto no llega a configurarse el dilema moral[31]. Se trata de un tipo de conflicto que nos permite sopesar los valores en cuestión y dar prioridad a uno sobre otro aunque pese sobre el agente la insatisfacción o incomodidad moral que provoca una solución imperfecta; llamaré a este tipo de casos conflictos de solución imperfecta[32].

Otro caso paradigmático lo encontramos en el conocido ejemplo de SARTRE, en el que un joven debe decidir entre enrolarse en el ejército para ir a la guerra y luchar por su patria o quedarse a cuidar a su madre enferma[33]. Aunque en este caso resulta menos claro que en el anterior determinar si una de las dos obligaciones en conflicto supera a la otra[34], la distinta naturaleza de las obligaciones parece dejar un margen para que el

---

[30] Dentro de este grupo de conflictos, se ubican los casos que señala STOCKER como conflictos en los que aunque existe una solución correcta y sabemos cuál es, la solución sin embargo sigue sin ser plenamente satisfactoria en la medida en que su realización entraña una pérdida importante. STOCKER afirma que esta forma de concebir el conflicto permite comprender muchos de los conflictos más freucentes: *«This formulation answers to many clear cases of dirty hands and other conflicts —for example, betraying a friend for overriding political reasons, or one's country for overriding personal reasons; during World War II, bombing German cities, and thus killing innocent German civilians; leaving a marriage that has gone dead for you but not for your spouse; and Aristotle's case in the Nicomachean Ethics III.1 of someone's having to do something base to save his family from a tyrant—»* (1997:198).

[31] Sobre «overriding moral requirements», véase SINNOT-ARMSTRONG (1988:15-22).

[32] A este tipo de conflictos que encuentran una solución moral se los ha llamado también conflictos aparentes; sobre la discusión en torno a si los conflictos resolubles son o no conflictos aparentes, y para una distinción entre los conflictos resolubles y los dilemas morales, véase BAYÓN (1991:386-392). Por otro lado, entre los casos de solución imperfecta, podemos identificar una ulterior clase de conflictos que tiene lugar en el nivel metaético: se trata de los conflictos entre las distintas exigencias de dos formas de fundamentación de la moral. El conflicto puede tener lugar entre los principios de una ética deontológica —que exigiría cumplir estrictamente con ciertas reglas como la que exige tratar a todas las personas por igual, o a todas las promesas como tales independientemente de su contenido— y los principios del consecuencialismo —que exigirían evaluar las consecuencias que se pueden seguir de nuestras acciones: en el ejemplo propuesto más adelante —nota 34 a pie de página—, no matar al prisionero tendría como consecuencia la muerte del propio prisionero amenazado y la consecuente imposibilidad de atender las obligaciones particulares de éste. Larmore analiza también este tipo de conflicto y apunta que en determinadas circunstancias los principios deontológicos y consecuencialistas deberían interpretarse conjuntamente, en la medida en que en algunos casos «lo que es deontológicamente mejor llevará a algo peor en términos consecuencialistas» (1987:146), y agrega que en tales casos estaremos ante un conflicto sin solución: «sabemos que tanto lo que es mejor en términos consecuencialistas como lo que es mejor deontológicamente constituyen obligaciones para nosotros y que no podemos realizar ambas. No se trata por tanto de que cualquiera de las opciones esté permitida, sino de que ambas son obligatorias» (1987:149).

[33] Para un análisis de este ejemplo véase, entre otros, SINNOTT-ARMSTRONG (1988:3-4); MCCONNELL (2006:1-2).

[34] Sobre las distintas respuestas frente a este caso, véase MCCONNELL (2006:2).

agente encuentre distintos tipos de razones a favor de una y otra, y pueda eventualmente conceder a una prioridad sobre la otra[35].

La dificultad mayor se presenta cuando la igual naturaleza de las obligaciones en conflicto provoca la imposibilidad de establecer cualquier orden de prevalencia entre las opciones. Se genera entonces el tipo de dilema que resulta al constatar que no se pueden realizar ambas opciones conjuntamente y que realizar sólo una u otra ni es plenamente satisfactorio en términos morales ni puede justificarse con relación a razones morales[36]. Esto es lo que sucede en los casos de conflictos simétricos, es decir aquellos en los que ambas obligaciones se refieren a un mismo valor o contenido moral. Uno de los ejemplos más claros para este supuesto es la decisión de Sophie[37]. Después de haber sido trasladada con sus dos hijos a un campo de concentración, un oficial nazi se dirige a Sophie diciéndole que tiene que optar por uno de sus dos hijos: el que escoja se quedará con ella en el campo, el otro morirá; si en cambio se niega a optar por uno de los dos, entonces ambos morirán[38].

---

[35] Veamos otro ejemplo de solución imperfecta. Tomemos el caso —parcialmente cinematográfico— de un prisionero en un campo de guerra. Supongamos que al prisionero se le ofrece la posibilidad de sobrevivir solo si él mismo se encarga de matar al otro prisionero retenido en dicho campo. Supongamos también que el prisionero tiene hijos pequeños que están enteramente bajo su custodia y cuyo futuro podría ser incierto y penoso si él no pudiera ocuparse de ellos. El prisionero tiene que escoger entre matar al otro prisionero para sobrevivir y así poder cuidar a sus hijos, o no hacerlo con la consecuencia de que lo maten a él —privando a sus hijos de sus cuidados—. Tal vez en este caso nos parezca posible jerarquizar los valores en disputa y ubicar la vida humana por encima de la responsabilidad paterna. Pero entonces podríamos agregar otro elemento al conflicto y preguntarnos qué pasa con la propia vida del prisionero amenazado: algunos sistemas morales podrían exigir la entrega de la propia vida si se trata de salvar la de otro ser humano, pero otros tal vez excusarían la actitud de quien intenta salvar la propia vida amenazada. Los sistemas morales no prevén soluciones específicas para conflictos particulares y los principios generales no siempre siguen un orden cerrado de importancia o prevalencia. En este caso el conflicto admite varios análisis. Por un lado, el conflicto entre los deberes de una moral universalista deontológica —que exige no dañar a otro ser humano— y las exigencias de deberes particularistas —que llevarían al agente a pensar en su propia vida y sus relaciones afectivas y de responsabilidad—. Por otro lado, también se podría entender el caso en términos del conflicto entre los principios de una moral deontológica que exige no matar al prisionero y los propios de una moral consecuenciaslista que tendría en cuenta el resultado final de los posibles cursos de acción del sujeto —no matar al prisionero llevaría a perder la propia vida y con ello a desatender deberes particulares—. Con referencia a este tipo de conflictos, LARMORE afirma que los únicos casos en los que deberes particulares o especiales podrían imponerse a las prohibiciones de una ética deontológia serían aquellos en que «no hacer caso al principio de parcialidad nos llevaría a violar una prohibición deontológica similar. Supongamos, por ejemplo, que sus únicas alternativas fuesen matar a X o a Y (ambos inocentes) y que X fuese su amigo. De otro modo, las exigencias deontológicas serán siempre decisivas» (1987:144).

[36] Véase STOCKER (1997:197).

[37] Véase, entre otros, FINKELSTEIN (2001:306); MCCONNELL (2006:2); Barberis (2006:184).

[38] El ejemplo pone de relieve cómo dos instancias distintas de un mismo valor —en este caso la vida— pueden bloquear la decisión en la medida en que ambas opciones reciben la misma calificación moral. Así, desde la perspectiva de la conmensurabilidad antes analizada, no se trataría de un caso de inconmensurabilidad, ya que se trata de un mismo valor —el valor de la vida—, sino de igual valor de las opciones comparadas. Cabría preguntarse, sin embargo, como hace J. C. BAYÓN (1991:428), si al hablar de inconmensurabilidad no estamos afirmando en realidad el igual valor de dos alternativas. Desde otra perspectiva, entonces, y si tomamos cada una de las vidas en conflicto como unidades distintas de valor, podremos decir que ante la inconmensurabilidad entre el valor de la vida del hijo y el valor de la vida de la hija Sophie puede intentar buscar razones —a través de un valor abarcativo— que la ayuden a tomar su decisión. De hecho, en el relato Sophie escoje preservar la vida del hijo ya que piensa que en el contexto en que se encuentra, el campo de concentración, él tendrá más posibilidades de sobrevivir que ella. Podemos ver la decisión de Sophie como el resultado de comparar ambas alternativas valiosas a la luz de un valor abarcativo, como sería la capacidad de sobrevivir en un contexto adverso. Sophie intenta redefinir las vidas de sus hijos a la luz de este valor para así explicar su decisión. El intento de comparación, sin embargo, no parece exitoso en este caso. Los valores en conflicto no parecen poder

La elección entre dos vidas —igualmente valiosas— se configura como una elección trágica: Sophie puede (1) salvar a su hija o puede (2) salvar a su hijo pero no puede (3) salvar a su hijo y a su hija, y visto que sólo (3) es moralmente satisfactorio, Sophie no sólo no tiene razones para preferir (1) a (2) o viceversa, sino que en cualquiera de los escenarios posibles —hacer (1) o hacer (2)— hace algo malo.

Lo que produce perplejidad en esta situación es que no obstante no poder hacer otra cosa que optar por una u otra de las opciones en conflicto —salvar a su hijo o salvar a su hija—, la realización de una sola de las alternativas en conflicto es desde el punto de vista moral una mala solución. En palabras de T. McConnell «el agente parece así condenado al fracaso moral; no importa lo que haga, hará algo incorrecto (o no logrará hacer algo que debe hacer)» (2006:2). Esta afirmación plantea problemas importantes en la medida en que señala que la existencia de dilemas morales cuestiona la coherencia de la ética como sistema normativo. ¿Cómo podemos afirmar que el agente haya actuado incorrectamente si no existía la posibilidad de un obrar plenamente satisfactorio, no existía siquiera una opción moralmente más satisfactoria que la realizada? En otras palabras, cualquiera de las opciones posibles son insatisfactorias, por lo que el agente solo puede optar por cursos de acción que son todos ellos moralmente malos. El dilema moral, por tanto, nos enfrenta con la obligación moral de hacer algo que las circunstancias de hecho hacen imposible[39]. Una vez que el agente reconoce esta imposibilidad, es decir que ante la necesidad de los hechos renuncia a lo que idealmente sería la solución moralmente óptima y escoge entre algunos de los

redefinirse acabadamente, tal vez porque el valor abarcativo escogido no es suficientemente abarcativo ——en cuyo caso estaríamos frente a un caso de valores inconmensurables e incomparables—.

[39] Cuando el dilema moral se plantea en términos de obligaciones revela con particular elocuencia problemas difíciles de resolver en la medida en que pone en cuestión la coherencia del sistema moral (nótese, sin embargo, y como señala Williams (1973:170-171), que no hace falta expresar el dilema en términos de «deber» para poner en evidencia el conflicto moral). Especialmente el dilema moral genuino, cuando se configura como consecuencia de la imposibilidad fáctica de realizar conjuntamente dos acciones que son cada una de ellas —al menos por separado— debidas, pero que dadas ciertas circunstancias de hecho no pueden ser realizadas conjuntamente, pone en cuestión el principio según el cual las acciones debidas presuponen que el agente puede llevarlas a cabo. Diversas soluciones han sido propuestas para eliminar los problemas de inconsistencia lógica que generarían los dilemas morales al poner en cuestión dicho principio. Una de las fórmulas que se ha propuesto para evitar la conclusión de incoherencia, es afirmar que existe la posibilidad de que las normas en conflicto se puedan realizar ambas desde una perspectiva teórica o «en algún mundo posible» (véase McConnell 2006:3); si esto fuera así el dilema se presentaría como una consecuencia de una conjunción de hechos o circunstancias fácticas y no como una inconsistencia normativa. Se ha afirmado también, siguiendo a McConnell, que «deber implica poder» es un «principio normativo sustantivo, no una verdad conceptual» (2006:5), o que en los dilemas morales las obligaciones en conflicto, dadas las circusntancias del caso, se transforman en una obligación disyuntiva: el agente debe hacer una u otra de las acciones debidas (2006:6). Sin embargo, las soluciones que se han propuesto para superar la inconsistencia lógica que generan los dilemas morales no eliminan para el agente el problema moral, el cual persiste de diversas maneras. Como afirma Williams, cualquiera sea la forma en que presentemos el problema, persiste para el agente la pregunta en torno a qué debe hacer; ninguna respuesta es concluyente en este punto, porque los deberes en conflicto persisten sin que se pueda eliminar sin más uno de ellos (1973:184-185). Sobre los problemas en torno al principio «debe implica puede», véase Sinnott-Armstrong (1988: chapter 4), McConnell (2006:4-5); sobre la relación entre dicho principio y el principio de conjunción o «principio de aglomeración» en los términos de Williams, véase Williams (1973:179-186), Bayón (1991:411-414), McConnell (2006:4-5); en general, sobre los dilemas morales y los problemas de inconsistencia en ética, véase Gowans (1987), Sinnott-Armstrong (1988), McConnell (2006). Para una argumentación en favor de la consistencia moral no obstante la existencia de dilemas, véase R. B. Marcus (1987); véase también Bayón (1991:405-409). Sobre los dilemas morales, la consistencia moral y los conflictos de derechos, véase Finkelstein (2001).

cursos de acción posibles, el agente sigue, sin embargo, sin poder proporcionar una justificación moral para su acción, no obstante haber estado guiada ésta por la necesidad de las circunstancias[40]. Sólo podemos entonces explicar por qué actuó como lo hizo, aportar argumentos que confirmen la configuración del dilema y podemos también excusar al agente por haber actuado como lo hizo ya que todas las posibilidades de acción eran malas.

En síntesis, un conflicto trágico es aquél en el que cualquiera sea la elección, cualquiera la línea de acción que se siga, se producirá un resultado insatisfactorio: no habrá solución alguna que proporcione al agente razones *morales* para la elección, en la medida en que todas las soluciones son moralmente incompletas —carecen de justificación moral—. Nótese que aunque la existencia de una pérdida, es decir, el hecho de que cualquiera sea la solución que adoptemos alguien perderá algo valioso, es un elemento que está presente en los dilemas morales, éste no es, sin embargo, definitorio del conflicto trágico. Lo que hace trágico el conflicto no es la pérdida sino la ausencia de una justificación moral de dicha pérdida, la imposibilidad de una solución moralmente satisfactoria, la falta de razones morales que expliquen por qué el agente ha actuado como lo hizo[41].

Aunque los conflictos trágicos revelan un límite de la moral en su tarea de proporcionar razones que nos sirvan para actuar y que de este modo justifiquen nuestras acciones, bien se podría replicar que este tipo de situaciones no son frecuentes[42]. Estos casos trágicos de conflictos entre valores que no son inconmensurables —ya que contamos con una unidad de medida común respecto de la cual evaluarlos— pero que reciben una valoración idéntica y sin embargo las circunstancias fácticas determinan que no se puedan realizar conjuntamente, podrían dejar paso así a otro tipo de conflicto entre valores inconmensurables pero comparables —véase apartado 1, pp. 3-7—.

En cualquier caso, y más allá de la imposibilidad de encontrar una solución que satisfaga todos los valores en disputa o que los satisfaga en grado máximo, en los casos de conflicto se impone la necesidad —práctica— de alcanzar una solución y de

---

[40] La cuestión que se quiere resaltar aquí es que, incluso si resolvemos la incoherencia o inconsistencia lógica que parecen presentar lo dilemas morales por algunas de las vías que se han propuesto —ver anterior nota a pie de página—, la insatisfacción moral persiste; el agente moral no ha resuelto satisfactoriamente el conflicto; las normas morales no han proporcionado al agente una solución moral. Puede ser que esta insatisfacción sea debida, como afirma WILLIAMS, a la presencia de sentimientos morales ligados con estados psicológicos del agente, como son la sensación de culpa o el remordimiento (1973:166); estos sentimiento tienen lugar porque el agente percibe la fuerza obligatoria de un deber que no puede satisfacer —aunque a veces se haya planteado que la percepción del agente podría no reflejar la efectiva existencia de un deber genuino—. En estos casos, la necesidad fáctica de la elección no eliminaría el conflicto entre deberes que se revela como moralmente insoluble (WILLIAMS 1973:179). Sobre la interpretación de los mencionados estados mentales del agente y lo que en general se ha llamado «residuo moral» o «efectos residuales», véase también BAYÓN (1991:395-400). Para una interpretación del conflicto no ya en términos de residuo moral, es decir a través de la presencia de remordimiento o sentimiento de culpa, sino como una situación en la que haga lo que haga el agente será culpable, ver MARCUS (1987); para una crítica a esta interpretación, véase FOOT (1987:259-261).

[41] Resulta claro en estos casos que es la necesidad de actuar la que ubica al agente en la encrucijada moral. En este sentido, BAYÓN puntualiza que el carácter trágico de los dilemas morales reside precisamente en «tener ineludiblemente que elegir» sin que podamos fundamentar dicha elección en una justificación basada en razones (1991:431), y MCCONNELL afirma que la presencia de dilemas causa especial insatisfacción porque estaría revelando la imposibilidad de las normas morales de servir como guías para la acción (2006:3).

[42] Véase STOCKER (1997:198).

dar cuenta de ella —aunque con esto no se elimine ni se solucione el conflicto moral en sí cuando éste se configura como genuino dilema moral—. La única forma de alcanzar dicha solución en el ámbito práctico es analizando cada caso en particular y sus especiales circunstancias, así como las posibilidades del agente. Toda vez que hay un conflicto su solución entraña, como se ha señalado ya, una pérdida del algún tipo para alguien. Una pérdida moral que implica la no satisfacción —o la satisfacción parcial— de algo que para alguien es valioso[43]. Pero si podemos contextualizar dicha pérdida y relacionarla con los demás elementos del caso concreto, incluyendo las pérdidas relativas que los distintos agentes involucrados puedan sufrir, nos acercaremos a un tipo de solución que se consigue a través de la comparación y la toma en consideración de las circunstancias particulares del caso. Tal vez se trate de algo similar al «absolutismo concreto» propuesto por A. GEWIRTH al defender la toma en consideración de las consecuencias que se pueden seguir en el caso concreto de la toma de determinadas decisiones, y la comparación entre escenarios posibles como forma de razonamiento ético[44] (1993:106-107).

Los conflictos son consecuencia de la inexistencia de un sistema único y jerárquicamente ordenado con referencia al cual poder resolver todas las situaciones que la rica e inagotable vida moral de las personas puede suscitar. Los conflictos son una consecuencia del pluralismo de valores. En la medida en que no existan clasificaciones que den cuenta de un orden taxativo de prioridad entre valores, con frecuencia sucederá que tengamos que sopesar los principios en conflicto y satisfacerlos sólo parcialmente. Es una característica de la ética imponer normas que a menudo pueden exigir de los individuos renuncias importantes y a pesar de ello encontrar soluciones óptimas para los dilemas de la ética práctica es un objetivo no siempre al alcance de los agentes morales. El reconocimiento del pluralismo moral pone en evidencia estas conclusiones: los valores relevantes requieren ser sopesados cuidadosamente y con la mayor consideración, y la idea de poder satisfacer todos los valores presentes en situaciones de conflicto o de resolver los conflictos apelando a prioridades invariables parece estar lejos de reflejar el modo en que los conflictos se presentan y la manera en que razonamos sobre ellos. Las formas de razonamiento son a menudo más complejas y, como señala STOCKER, pueden requerir que apelemos a nuevas categorías de análisis que faciliten la comparación[45]. En este sentido, incluso los principios generales o los valores no dependientes que hacen posible la interpretación y evaluación de valores particulares a veces pueden ser satisfechos solo parcialmente. La tarea de comparar nos enfrenta con problemas importantes que sin duda deberían ser abordados por la teoría, pero en cualquier caso, lejos de disuadirnos sobre las posibilidades del pluralismo confirman su

---

[43] STOCKER señala la noción de pérdida como una de la características del pluralismo, a la que añade la presencia de «consideraciones evaluativas cualitativamente diferentes» y un tipo específico de juicio moral distinto al de los sistemas monistas. Sobre esta última característica el autor señala que la tarea de sopesar valores distintos que debe enfrentar el pluralismo, nos lleva a realizar comparaciones que requieren «juicios evaluativos completos» —*out-and-out evaluative judgement*— (1990:168-174).

[44] El autor contrapone al absolutismo concreto el absolutismo abstracto, que no toma en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto ni las consecuencias de los posibles escenarios producto de tomar una u otra decisión: «*He [the abstract absolutist] views the alternatives as being both mutually exclusive and exhaustive. His sole concern is for the moral guiltlessness of the agent, as against the effects of the agent's choices for human weal or woe*» (1993:106).

[45] Véase STOCKER (1990:171-174).

presencia y nos advierten sobre una forma específica de juicio moral[46]. En los casos de conflicto los principios se deben someter a una evaluación contrastada a la luz del caso particular, su contexto moral y las posibilidades de realización conjunta de principios que comparten un mismo ámbito moral.

## 2. CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Voy a centrarme ahora en las características propias de los conflictos de derechos fundamentales, para lo cual será útil reflejar las semejanzas y diferencias respecto de los conflictos morales a que da lugar el pluralismo de valores que antes hemos analizado. Los derechos fundamentales o derechos humanos —tal como aparecen en los documentos constitucionales— se expresan a través de principios[47], es decir, a través de normas generales cuyo contenido refleja valores subyacentes. Esto hace que la distinción entre derechos, principios y valores resida no tanto en su contenido axiológico último —que es el mismo— como en la forma en que se presentan formulados y su relación con el sistema —jurídico o moral— de referencia[48]. Las similitudes entre principios y valores, llevan a R. ALEXY a afirmar que

> «Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores» ([1986]1993:138).

La posibilidad de colisión entre principios o derechos fundamentales se confirma una vez que hemos descartado la posibilidad de establecer entre ellos un orden jerárquico[49]. Como sucede con el pluralismo de valores, también la presencia de principios o derechos plurales que expresan un contenido valorativo idéntico en cuanto a su importancia, hace que detenten todos ellos el mismo rango y que por tanto no sea posible establecer un orden constante o abstracto de prioridades.

---

[46] NAGEL afirma que, sin abandonar los esfuerzos por alcanzar criterios o principios generales —producto de una perspectiva crítica y más o menos neutral—, es necesario incorporar la noción de «juicio»: una mirada que tome en consideración la singularidad de cada problema ético, una aproximación al caso particular, sus elementos distintivos, su especificidad. Todo ello conlleva el reconocimiento de que no existen soluciones únicas válidas para todos los conflictos éticos; el campo de la ética aparece así fragmentado pero no por ello deja de ser comprensible para la teoría ni abordable para la resolución de cuestiones prácticas (1979:135-136).

[47] Sobre la caracterización de los principios, véase DWORKIN ([1977]1969:61-145), ALEXY ([1986]1993:81-172), PRIETO SANCHÍS (1992), RUIZ MANERO (1996).

[48] Basándose en una distinción de VON WRIGHT, ALEXY señala que principios y valores se diferencian por su estructura o forma en que se expresan; así, los principios expresan mandatos y se colocan por tanto en el ámbito deontológico, mientras que los valores no se caracterizan por expresar deberes sino que se apoyan en la idea de lo bueno (1993:139-147). Esta distinción resulta útil en el sentido de diferenciar valores y principios en relación con su estructura o formulación. Resulta confusa, sin embargo, la vinculación de los valores exclusivamente con las concepciones de lo bueno, que da entender que ellos estarían ausentes, como tales, de las concepciones vinculadas no tanto a una idea de lo bueno sino de lo correcto. Me parece, en cambio, que se puede afirmar que los valores están presentes también en las teorías deontológicas —con la salvedad de su distinta formulación—, y que es precisamente porque se afirman ciertos valores que se puede derivar el deber de realizarlos o promoverlos tanto como sea posible.

[49] Sobre el orden jerárquico de los valores, véase ALEXY (1993:152-157).

En particular, dos derechos entran en conflicto cada vez que no es posible satisfacer completamente los efectos que se derivan de cada uno de ellos. Los derechos interfieren entre sí cuando no es posible para A ejercer su derecho sin afectar negativamente, restringir o perjudicar de algún modo el derecho de B. Pero los conflictos también pueden surgir cuando una misma persona no puede realizar plenamente dos derechos fundamentales distintos. A su vez, se ha señalado ya que —de manera similar a las clasificaciones de los conflictos morales que se han analizado— también los conflictos de derechos se pueden clasificar según que pongan de relieve pretensiones distintas respecto de un mismo derecho (conflictos intra-derechos: el derecho a la vida de A y el derecho a la vida de B) o pretensiones concretas de derechos distintos (conflictos inter-derechos: el derecho de libertad de expresión de A y el derecho al honor de B)[50].

Algunos autores, sin embargo, han sostenido que no es correcta esta caracterización de los derechos según la cual dos derechos entran en conflicto toda vez que no es posible su realización simultánea cuando ellos afectan a una o más personas que detentan intereses convergentes o comparten el mismo ámbito espacio-temporal. Así lo hace, por ejemplo, L. FERRAJOLI, cuando sostiene que hace falta distinguir entre distintos tipos de derechos fundamentales y que algunos de ellos, específicamente los derechos-inmunidad, no se verían afectados por el tipo de límites antes señalados, es decir, serían derechos ilimitados o absolutos. Tampoco habría conflictos entre los derechos sociales ni entre los derechos de autonomía «como los derechos de voto y los civiles de intercambio e iniciativa económica, y todos los demás derechos fundamentales»... «dado que los derechos de autonomía consisten en poderes jurídicos, su relación con los otros derechos fundamentales no es configurable como "conflicto", sino más bien como sujeción a la ley»; tratándose de «poderes, los derechos de autonomía están destinados ... a ser sometidos a límites de leyes que impidan su ejercicio *legibus solutus*» (2001:353). Esta especificación de FERRAJOLI se podría tomar como una cuestión conceptual: el autor entiende que no debemos llamar conflictos a los casos en los que ciertos derechos se ven limitados, por ejemplo, en razón de disposiciones jurídicas que directa o indirectamente autorizan restricciones a su ejercicio. El derecho se configuraría ya con unos límites precisos que vienen dados por los otros derechos del sistema y, por tanto, dados esos límites no existiría conflicto sino distinta configuración jurídica de los derechos en cuanto a su extensión. Esta conceptualización, sin embargo, me parece difícil de sostener. En el primer caso, el de los derechos-inmunidad (entre los que FERRAJOLI incluye «la libertad de conciencia, la inmunidad frente a la tortura o frente a las penas arbitrarias, o bien, en los ordenamientos que excluyen la pena de muerte y las penas corporales, el derecho a la vida y a la integridad personal»), y también en el caso de los derechos sociales (que FERRAJOLI entiende que no entran en conflicto ni entre sí ni con los derechos de libertad), no se puede perder de vista que al establecer el catálogo de derechos, cuya formulación general es además abstracta y altamente indeterminada en cuanto al contenido, se extiende su titularidad a todas las personas. Tal adscripción universal implica reconocer no solo la superposición en cuanto a su titularidad —todas las personas son titulares de los mismos derechos— sino también la superposición en cuanto a su ámbito de aplicación. De allí que no sea difícil hipotizar que tales derechos pue-

[50] Véase WALDRON (1993:217), MORESO (2005:161-162), ZUCCA (2005:103-106).

dan enfrentar problemas de incompatibilidad, es decir, de imposibilidad de realización simultánea de todos los efectos que de ellos se derivan[51]. En el caso de los derechos de libertad, sus límites vendrían dados por su configuración jurídica, y dicha configuración o caracterización conceptual es tan general que necesariamente no puede dar cuenta de todos los casos posibles, de modo que nuevas hipótesis de superposición en el ámbito de aplicación obligarían a reformular dicha configuración jurídica caso a caso. En fin, me parece difícil negar que incluso los derechos-inmunidad no son absolutos en la medida en que, como se ha dicho ya, se realizan en un espacio, un tiempo y unas circunstancias que pueden comprometer su realización. Si lo que se quiere decir es que tales situaciones escapan al ámbito de garantías que puede ofrecer el sistema jurídico, precisamente eso es lo que se intenta explicar: que la configuración jurídica —e incluso la evaluación moral— del conflicto, a menudo revela la imposibilidad de soluciones óptimas o plenamente satisfactorias[52].

Volvamos entonces a la hipótesis del conflicto. Los conflictos entre pretensiones normativas distintas son frecuentes entre las personas, y es precisamente la tarea del derecho darles una solución a través de las normas del sistema. En algunos casos, sin embargo, puede suceder que la solución que el sistema ofrece no sea plenamente satisfactoria. Como en el caso de los conflictos entre valores —recuérdese, por ejemplo, el caso del conflicto entre cumplir una promesa y evitar un daño—, puede suceder que aunque sepamos cuál es la solución adecuada al caso, o la solución que las normas del sistema prevén para el caso, ella no sea sin embargo la solución óptima —en la medida en que se sacrifican o recortan las pretensiones o intereses de alguien—, aunque sea mejor que las otras soluciones posibles[53]. Si A y B reclaman la custodia de su hijo C y las únicas soluciones posibles son (a) dar la custodia a A o (b) dar la custodia a B, y ambas soluciones son insatisfactorias en la medida en que sacrifican la pretensión de A o B respectivamente, pero (a) es mejor que (b) porque incorpora algún elemento de valor para

---

[51] Me parece oportuno aclarar aquí cuándo se produce tal incompatibilidad. A partir del análisis de HOHFELD sobre el derecho subjetivo, P. COMANDUCCI sostiene que «*c'e incompatibilita' in astratto tra due norme che entrambe conferiscono diritti fondamentale, se si danno due condizioni: 1) se le fattispecie alle quali si applicano (ossia se i loro ambiti di applicabilita') sono totalmente o parzialmente coincidenti; 2) se la prima norma ascrive ad una classe di soggetti una modalita' attiva e la seconda ascrive, ad un'altra classe di soggetti, la modalita' opposta a quella che dovrebbe essere la modalita' correlativa della modalita' ascritta dalla prima*» (2002-2003:322). En otras palabras, si se da el caso que las circunstancias de aplicación de dos normas coincidan, y que dichas normas reconozcan a dos —o más— sujetos la misma pretensión normativa, entonces quedan configurados los supuestos necesarios para la incompatibilidad.

[52] COMANDUCCI, analizando la compatibilidad o incompatibilidad en abstracto de los derechos, realiza dos críticas a la propuesta de FERRAJOLI. En primer lugar afirma que se trata de un modelo que quiere ser conjuntamente explicativo y normativo —esto último en la medida en que persigue la realización de ciertos fines ético-políticos— y que por tanto no recoge la distinción entre ser y deber ser; y en segundo lugar que si se trata de una propuesta «estipulativa» que no quiere reflejar lo que de hecho sucede en la práctica jurídica, entonces no serviría para dar cuenta de las cuestiones que nos ocupan (2002-2003:326). Las observaciones que he apuntado más arriba se inscribirían en esta segunda crítica de COMANDUCCI a FERRAJOLI, en la medida en que señalan problemas conceptuales que surgen de una caracterización de los derechos fundamentales que no tiene en cuenta todo el alcance de la incompatibilidad. Para una crítica a la tesis de FERRAJOLI, véase también A. PINTORE (2001:258).

[53] Tal es el caso en el ya mencionado ejemplo de la legítima defensa, en la que la agresión que lleva a cabo quien es atacado se antepone a la agresión del agresor originario, incluso si esta solución conlleva también una pérdida en el sentido de que alguien resulta finalmente agredido. En casos como éste en los que el conflicto encuentra una solución justificada, algunos autores prefieren hablar de conflictos aparentes. En torno a este ejemplo y las posibilidades de establecer prioridades entre derechos, véase KAMM (2001b: nota 1 a pie de página).

C que no está contenido en (b), entonces el conflicto se resuelve con una solución que, aunque no logre la satisfacción de todos los intereses legítimos en conflicto, expresa la mejor de las soluciones posibles. Cada vez que hay un conflicto, su solución suele acarrear algún tipo de sacrificio por parte de alguien, a menudo reforzado por la disposición contingente de los hechos.

La propia existencia del derecho como un sistema coercitivo implica una pérdida desde el punto de vista de la libertad individual —aunque, claro está, haya otras razones que nos lleven a aceptar o consentir así como a obedecer el derecho—. Esto pone de relieve que es propio del derecho como sistema normativo regular la conducta de las personas estableciendo en este sentido pautas que son límites al universo de acciones posibles que los individuos podrían llevar a cabo. Estas consideraciones quieren resaltar que la noción de pérdida, en el sentido de imposibilidad de realizar o conseguir algo valioso, está presente en toda solución jurídica a un conflicto. La mera imposición —o incluso auto-imposición— de normas daría cuenta de esta idea en el sentido de pérdida de cuotas más o menos importantes de libertad individual[54].

Ahora bien, la resolución de un conflicto puede resultar más o menos difícil en función de cómo se configure el conflicto mismo. Un primer elemento de dificultad en la resolución del conflicto lo introduce la posibilidad de que, como hemos visto antes, la respuesta alcanzada sea la mejor posible no obstante no poder satisfacer todos lo intereses protegidos —es decir avalados por un derecho— o deber sacrificar algo valioso. Recordemos que traducido al conflicto de valores esta situación no configura un genuino dilema moral en la medida en que una de las soluciones sea superior a la otra[55]. Un segundo elemento de dificultad —y la dificultad es ahora mayor— se da cuando no existe entre dos soluciones posibles ningún elemento que haga de una de ellas la solución preferible. Este tipo de casos surgen por lo general cuando dos agentes reivindican la satisfacción del mismo derecho —es decir que se trata de un conflicto simétrico- pero circunstancias de hecho impiden satisfacer ambas pretensiones—. Se trataría de casos en los que existe más de una solución posible y todas ellas están avaladas por razones igualmente válidas —siendo dichas razones pretensiones normativas igualmente válidas—. La dificultad es ahora mayor porque además no resulta indiferente escoger una u otra solución. Como en los genuinos dilemas morales, el conflicto estriba en que no obstante existir un deber de satisfacer las pretensiones contenidas en ambas soluciones posibles, solo podemos adoptar una de las dos soluciones enfrentadas y que al hacerlo, además, se produce una pérdida que tiene su causa directa en haber escogido esa solución y no la otra.

La dificultad que entraña la resolución de un conflicto de estas características se ve especialmente reflejada en algunos supuestos de conflictos de derechos fundamentales, lo cual ha hecho que a veces se haya definido el conflicto entre derechos fundamentales como un conflicto trágico y éste, a su vez, como aquel conflicto en el que cualquie-

---

[54] Nótese que aunque la noción de pérdida es normativa —agradezco a J. C. BAYÓN esta observación— y no meramente descriptiva —en la medida en que se define como imposibilidad de conseguir, mantener o realizar algo valioso—, no lo es la afirmación de que el derecho regula la conducta y en tal sentido la limita. Esta última noción es conceptual —como lo es el conflicto en el marco del pluralismo de valores—.

[55] Este tipo de soluciones alcanzarían lo que ATIENZA llama un «equilibrio óptimo» (1989:100), es decir el tipo de solución que logra ofrecer algún elemento por el que la decisión escogida supera a las otras posibles.

ra sea la solución que se adopte alguien pierde algo valioso[56]. Esta caracterización del conflicto trágico se centra en la idea de que las soluciones posibles para el caso no pueden evitar que se produzca una grave pérdida para alguien —que se refleja en la imposibilidad de dar satisfacción a un derecho fundamental—. Esta pérdida, a su vez, ha sido a veces atribuida a la imposibilidad de las normas constitucionales de proporcionar soluciones moralmente satisfactorias[57].

Sin embargo, la idea de «pérdida» no es suficiente para caracterizar los conflictos como trágicos. Como vimos al analizar los conflictos morales, y en la medida en que los conflictos de derechos fundamentales reflejan un conflicto entre valores morales, lo que les imprime el carácter trágico no es la existencia de una pérdida de algo valioso para alguien, sino la imposibilidad de poder justificar dicha pérdida. En este sentido el conflicto moral trágico es un conflicto sin solución moral. Siempre que exista una solución que logre superar a la otra u otras en conflicto, es decir que ofrezca mejores razones con referencia a los valores protegidos, entonces ella justifica la pérdida que conlleva adoptarla. De modo que aunque la resolución del conflicto entre derechos fundamentales ocasione efectivamente una pérdida para alguien, el conflicto no será trágico si existe una solución que supere a las otras soluciones posibles y sirva entonces de justificación de la pérdida[58]. Por otra parte, si el Derecho —como hemos afirmado— es pre-

---

[56] Para una caracterización de los conflictos de derechos fundamentales basada en la noción de pérdida véase ATIENZA (1989; 1991; 1998). ATIENZA afirma que un caso trágico es aquél en el que «no cabe encontrar ninguna solución (jurídica) que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral» (1991:252). Véase también L. ZUCCA (2005), quien caracteriza los conflictos de derechos fundamentales como «tragedias constitucionales» en la medida en que entrañan una elección trágica que conlleva necesariamente una pérdida y que no admite otra resolución que la vulneración de uno de los derechos en conflicto (2005:17; 47; 79).

[57] En el ámbito del Derecho constitucional a menudo se habla de «tragedias constitucionales», aunque esta expresión se utiliza con distintos significados. Siguiendo —en parte— las caracterizaciones de BALKIN (1998:121) y de J. FLAMING (1998:163), podemos reconstruir al menos cuatro sentidos en que se habla de tragedias constitucionales. En un primer sentido, se entiende que hay una tragedia constitucional cuando la propia Constitución —el texto constitucional— consagra normas contrarias a la moral. Se trataría de un conflicto entre normas constitucionales y normas no constitucionales (POST 1998:218) —en este caso normas morales— . Son numerosos los ejemplos que ilustran este tipo de conflictos, entre los cuales la protección constitucional de que gozaron las leyes sobre la esclavitud o la constitucionalidad de la pena de muerte en EEUU, cuentan entre los más citados; véase POST (1998:218); FLEMING (1998:163); BRADLEY (1998); STRAUSS (1998). Como consecuencia de este concepto de caso trágico, se entiende a veces que el caso trágico toma su calificación del hecho de que la juez se encuentra en una situación de elección trágica, en la que debe decidir entre la aplicación de las normas constitucionales o la aplicación de lo que considera moralmente justo; véase POST (1998:218-219). En un tercer sentido, se llama caso trágico a aquel que por vía de la interpretación constitucional llega a una decisión injusta, aunque la injusticia no esté consagrada por las normas constitucionales. Por último, se entiende que casos trágicos son aquellos que encierran conflictos entre derechos constitucionales. En sentido estricto es este último el significado que damos a los casos trágicos, aunque incluso dentro de este marco de significado se han resaltado distintos aspectos de los conflictos trágicos. CALABRESI y BOBBITT, por ejemplo, se centran en que el conflicto trágico encierra un enfrentamiento entre valores que no se pueden realizar conjuntamente produciéndose por tanto un gravoso daño que lo caracteriza. Sin embargo, sostengo aquí que este énfasis en el daño —o la pérdida— pierde de vista el elemento distintivo de este tipo de conflictos.

[58] Cuál sea el peso relativo de las soluciones posibles es objeto de la interpretación y constituye uno de los temas más debatidos en torno a las posiblidades de la ponderación para calibrar dicho peso. Lo que el argumento aquí presentado quiere expresar es que, más allá de los problemas de interpretación, cuando una solución ofrece mejores razones que otra, entonces el conflicto encuentra una solución que justifica la pérdida que conlleva. En el caso de los conflictos morales vimos el ejemplo de tener que escoger entre incumplir una promesa o provocar un daño: aunque el agente se encuentra ante la disyuntiva de tener que optar entre uno u otro deber moral —cumplir la promesa o evitar un daño— el caso no se configura como genuino dilema moral en

cisamente un sistema de normas que regula las acciones con vistas a prevenir o, llegado el caso, resolver el conflicto[59], vemos que la noción de pérdida es de alguna manera intrínseca al derecho en la medida en que para lograr dicho objetivo debe recortar o limitar los intereses de las personas. La indeterminación que plantean los conflictos entre derechos fundamentales, sin embargo, no equivale a la ausencia de solución jurídica —aunque sí pueda haber más de una posible solución jurídicamente justificada—. Frente al dilema que plantean dos derechos fundamentales enfrentados, la solución jurídica debe ofrecer una respuesta que será el producto de comparar los valores enfrentados y a partir de dicha comparación encontrar una respuesta jurídica. Cuando estamos frente a un caso que refleja el tipo de conflicto simétrico antes analizado, la insatisfacción moral producto del dilema moral que subyace al conflicto de derechos es ineliminable y en tal sentido podemos estar ante un dilema moral o conflicto trágico. Pero la solución que se alcanza en el marco del sistema jurídico evita que el conflicto jurídico sea un conflicto trágico, en el sentido de un conflicto sin solución[60] —y auque el dilema moral persista—[61].

En este sentido conviene hacer dos aclaraciones. En primer lugar, al afirmar que cuando dos derechos entran en conflicto es posible ofrecer una solución razonada —como consecuencia por ejemplo de la ponderación— se afirma también la posibilidad de comparabilidad entre derechos. Debemos retomar aquí la cuestión de la inconmensurabilidad, ya que los conflictos de derechos fundamentales nos enfrentan también con la cuestión en torno a la posibilidad de medir o calibrar el valor relati-

---

la medida en que evitar un daño es más importante que cumplir la promesa en cuestión. Muchos conflictos entre derechos fundamentales se resuelven de manera similar. En la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana sobre libertad de expresión, por ejemplo, la doctrina conocida como de las *«fighting words»* —establecida por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Chaplinsky v. New Hampshires en 1942, y extensamente desarrollada más tarde tanto en decisiones judiciales como en el análisis filosófico-jurídico—, ha sentado las bases para imponer un importante límite a la libertad de expresión cuando se trata del tipo de insultos que pueden provocar manifestaciones de violencia: *«[it] was designed to permit punishment of extremely hostile personal communication likely to cause immediate physical response»* (citado en Village of Skokie v. National Socialist Party of America 373 N.E.2d 21). Así, el conflicto configurado entre la libertad de expresión, por un lado, y la aparición de situaciones de violencia, por otro, se resuelve limitando la primera para evitar lo segundo. Sobre la interpretación de esta doctrina, véase GREENAWALT (1995); véase también SADURSKI (1999:113).

[59] Con respecto al papel central de la noción de conflicto en el Derecho, BARBERIS aifrma que en el ámbito de la interpretación constitucional *«il conflitto fra valori non puo' considerarsi certo patologico, bensi' fisiologico»,* y es por esta misma razón por la que señala que también en el ámbito jurídico el pluralismo ético adquiere una especial importancia (BARBERIS 2002-2003:19).

[60] Claro que la solución ofrecida por un tribunal podría ser insatisfactoria al menos por dos razones: jurídicamente insatisfactoria desde la perspectiva de los criterios de validez o pertenencia que rigen el sistema en el marco del cual tiene lugar el conflicto, o moralmente insatisfactoria desde la perspectiva de un sistema más extenso de valores morales —o incluso podríamos afirmar que a veces la invalidez jurídica contiene la invalidez moral—. La incorrección moral de una decisión judicial, sin embargo, no anula por sí sola su validez jurídica.

[61] ATIENZA señala dos razones por las que entiende que puede haber casos trágicos en el derecho: la primera tiene que ver con la existencia en el derecho de normas de fin o principios y su «mayor fuerza expansiva»; la segunda razón se refiere a la necesidad de lograr una solución correcta mientras que en los casos trágicos no existiría la posibilidad de ofrecer una solución razonada, o sería posible sólo en un sentido débil (1989:102-104). Esto, me parece, nos lleva a tener que sostener que la solución jurídica del conflicto no logra una respuesta moralmente satisfactoria, y parece coherente que así sea en la medida en que al conflicto de derechos subyace un dilema moral que como tal no tiene una solución plenamente satisfactoria en términos morales. Todo ello, sin embargo, no impediría la posibilidad de alcanzar una solución jurídica producto de la comparación contextualizada, a partir tal vez de elementos no centralmente relevantes moralmente, pero que pueden permitir la comparación con vistas a la solución jurídica.

vo de los derechos. Vimos ya que los valores en conflicto se pueden presentar como valores inconmensurables —no susceptibles de ser medidos con referencia a un criterio único común—. ¿Significa esto que los derechos fundamentales en conflicto son derechos inconmensurables? En la medida en que dichos derechos expresan valores subyacentes, ellos estarían sujetos al mismo tipo de inconmensurabilidad que hemos señalado para los valores. En este punto, sin embargo, cobra relevancia la noción de comparabilidad. Aunque los derechos fundamentales, en tanto valores, no puedan ser medidos con referencia a un criterio único común, en tanto derechos que forman parte de un sistema jurídico —con todo lo que ello implica en cuanto a la creación, identificación y adjudicación de las normas—, no pueden ser concebidos sino como títulos que deben hacerse compatibles unos con otros en el marco del sistema. Esto pone en evidencia la comparabilidad entre los derechos y revela además que no se trata de pretensiones con carácter absoluto[62]. Los derechos se definen y se ordenan a través de la comparación, la ponderación o la evaluación cualitativa que resulta de observar su importancia relativa en el conflicto.

Esto no quita que también en el ámbito del Derecho —como en la moral— podamos hipotizar casos en los que después de comparar las opciones —o derechos— en conflicto ninguna pueda ubicarse por encima de la otra, es decir casos en que las comparaciones posibles no permitan encontrar diferencias relevantes entre ambas. Esto sucede en casos de conflictos simétricos, en los que dadas las circunstancias de hecho no pueden realizarse ambas pretensiones, es decir, que se trata de casos de incompatibilidad —ver apartado 1—, en los que además la comparación entre ambos fracasa por la identidad en los otros elementos o características que rodean el caso. Tomemos el ejemplo de dos pacientes que se encuentran ingresados en un hospital, que presentan idéntico diagnóstico, cuyas circunstancias son idénticas en todos sus extremos, y que necesitan para curarse de la enfermedad que los aqueja una medicina de la cual hay disponible sólo una dosis[63]. En este caso, y admitiendo que no exista ninguna circunstancia de hecho ni de derecho que pueda hacer variar la configuración de las pretensiones en conflicto, se produce una colisión entre dos derechos que se configura como un verdadero dilema moral en el cual hacer prevalecer el derecho de un paciente sobre el de otro no puede encontrar ninguna justificación moral ni jurídica. Si asumimos que el derecho, en la medida en que se trata de derechos fundamentales, es decir de principios cuyo contenido es principalmente un contenido axiológico o valorativo, debe proporcionar soluciones no solo jurídicamente justificadas sino moralmente en sintonía con los valores de que se trata —lo que podría traducirse como proporcionar soluciones moralmente correctas—, y si además aceptamos que la presencia de dilemas morales

[62] La importancia de un derecho individual no descansa en el hecho de ser absoluto. Si los derechos fuesen absolutos, significaría que, por ejemplo, el derecho a la vida nunca podría medirse con otros derechos —como el derecho de legítima defensa o el propio derecho a morir—. Una perspectiva tal sobre la inconmensurabilidad de los derechos y su valor absoluto sólo sería posible en un mundo ideal, en el que las cosas tienen una existencia en sí mismas, pero en la medida en que la experiencia humana está determinada por el tiempo, el espacio y las circunstancias en general, también los derechos lo están. No hay derechos humanos absolutos; éstos forman parte de un sistema de relaciones recíprocas y es sólo en tal contexto que tienen sentido y son aplicables. Sobre el carácter absoluto de los derechos véase GEWIRTH (1984), LAPORTA (1987), RUIZ MIGUEL (1990).

[63] La formulación original del ejemplo se encuentra en KAMM (2001a:499; 2001b:251); véase también ZUCCA (2005:94).

revela precisamente la imposibilidad de la moral de establecer en dichos casos cuál es la acción correcta, entonces las elecciones trágicas habrán entrado en el Derecho, y el Derecho, como la moral, no podrá en estos casos ofrecer una respuesta justificada[64]. Admitir esta conclusión, sin embargo, podría dejar el sistema jurídico paralizado, sin capacidad para resolver conflictos. Este tipo de conclusiones alientan la perspectiva de quienes afirman la conmensurabilidad de los derechos[65]. F. SCHAUER, por ejemplo, ha señalado que la ponderación surge de la necesidad de tomar una decisión frente al conflicto de derechos, y que si admitimos la ponderación constitucional debemos entonces admitir la conmensurabilidad[66]. En este sentido, tal vez la idea de la respuesta correcta de R. DWORKIN, sea la que de manera paradigmática sugiere algún tipo de conmensurabilidad de los derechos: sólo si es posible comparar o sopesar el peso relativo de los derechos, será posible que el sistema —a través del juez— proporcione siempre una respuesta a los casos de conflicto[67] —aunque para afirmar esto no haga falta

---

[64] Desde otra perspectiva, esta afirmación hace referencia a la persistencia del conflicto incluso si asumimos una concepción del Derecho y de la interpretación jurídica que incorpore la argumentación moral. A veces se ha entendido que una forma de intentar superar los conflictos constitucionales sería abrir el razonamiento consitucional a la interpretación moral, es decir, no limitar los elementos que la juez tiene a su disposición para la resolución de los casos a los preceptos constitucionales en sentido estricto —a lo que podía ser una interpretación originalista de la constitución—. Esta vía, sin embargo, no resolvería los casos en los que el dilema constitucional es expresión de un dilema moral —como tal insoluble—. Véase POST (1998:219-221).

[65] J. BOMHOFF y L. ZUCCA analizan un sorprendente caso de la Corte Europea de Derechos Humanos en el que se alega la inconmensurabilidad de los derechos en conflicto como argumento para eludir lo que en otros casos suele ser el método habitual de resolución del conflicto, es decir la ponderación (2006:429; 434). El caso en cuestión es *Evans v. the United Kingdom* (Fourth Section, 07/03/2006, Application núm. 6339/05), en el que la demandante solicita que su ex-marido —con el que años atrás, y tras habérsele diagnosticado tumores en ambos ovarios que determinaron la extirpación de los mismos, habían tomado la decisión de congelar sus óvulos fertilizados con los gametos de su entonces marido de modo de poder tener hijos en el futuro— otorgue el consentimiento para poder llevar a cabo la inseminación. El caso se configura como un conflicto entre el derecho de la señora Evans a la maternidad y el derecho del señor Johnston —su ex marido— a no ser padre. Se trata, por tanto, de un conflicto simétrico, en el que el mismo derecho a la intimidad para decidir sobre la eventual maternidad o paternidad de sus titulares, pretende ser ejercido en direcciones opuestas y excluyentes por cada uno de ellos. Como señalan BOMHOFF y ZUCCA *«The interests of the two parties, therefore, are directly related (in a relation of inverse proportionality). The more we protect the interest of one, the more we interfere with the interest of the other»* (2006:428). Resulta sorprendente que la Corte apele a la inconmensurabilidad para evitar la posible comparación entre derechos o juicio de proporcionalidad, recurriendo en cambio a lo que BOMHOFF y ZUCCA llaman una metodología formalista, que remite a las consideraciones legales —en el caso en cuestión la ley inglesa exige el consentimiento de ambas partes para que se pueda llevar a cabo la inseminación— así como a la autoridad del parlamento para fijar los límites que deben regir para solucionar casos que, como éste, se configuran como genuinos dilemas. Como afirman los autores, el riesgo de este tipo de decisiones es que *«incommensurability could develop into a safe ground on which courts can claim deference to representative institutions»* (2006:434), eludiendo así una genuina interpretación constitucional.

[66] Véase SCHAUER (1993-1994:785; 795). Schauer propone analizar la cuestión de la inconmensurabilidad desde una perspectiva empírica, atendiendo a las consecuencias que se siguen de adoptar, respectivamente, la conmensurabilidad o la inconmensurabilidad de los derechos, en el sentido de observar de qué modo se pueden proteger mejor los derechos de las personas. En su opinión, «incluso si la inconmensurabilidad fuese correcta en el ámbito de la teoría moral ideal, adoptar o inculcar la creencia en la conmensurabilidad podría producir mejores resultados en un mundo no ideal [...]» (1993-1994:806). Para una perspectiva similar sobre inconmensurabilidad y derecho, véase SUNSTEIN (1997). Para una crítica a la posición de SCHAUER, véase J. WALDRON (1993-1994).

[67] Sobre la conmensurabilidad de los derechos en DWORKIN es interesante la interpretación de SCHAUER en el sentido que se podría tratar de una conmensurabilidad que —como la que propone el propio SCHAUER (ver la precedente nota a pie de página)— estuviese orientada por consideraciones que van más allá del análisis conceptual sobre los valores: *«[To this DWORKIN has respondend ... that] our ability to make comparisons may presuppose commensurability more than we think, for the making of comparisons is to impose a framework of commensurability on things that might, the need to compare aside, be conceptually incommensurate. Thus, even if we*

afirmar ni que existe *una* respuesta, ni que ella sea moralmente correcta, y baste con afirmar que existen respuestas jurídicas—.

En segundo lugar, cuando se afirma que el conflicto entre derechos fundamentales encuentra una solución jurídica no se señala sólo la necesidad de que el conflicto sea resuelto de alguna manera y que por tanto cualquier solución que provenga de los órganos competentes sea una solución satisfactoria. Se afirma, por el contrario, que aunque exista un conflicto, una colisión entre derechos que obligue a ponderar y eventualmente recortar la extensión o el alcance de uno de ellos, la solución y su justificación debe buscarse dentro del sistema jurídico como sistema de resolución de conflictos, y que, por tanto, los recursos —y las soluciones— jurídicas podrían no coincidir con los morales[68]. Por lo general, además, la argumentación jurídica cuenta con mayores elementos de comparación —valores abarcativos puramente jurídicos (como la seguridad jurídica, las garantías procesales, etc.), consideraciones de hecho con relevancia jurídica, etc.— y compensación[69] para ofrecer una solución jurídica. Tal vez esto responda en gran medida a que comparar pretensiones en conflicto es la tarea constante del derecho y que las soluciones así alcanzadas no pueden ser maximalistas —en un sentido moral— en la medida en que se parte de una situación de conflicto. En otras palabras, la solución jurídica puede ser jurídicamente correcta o jurídicamente fundada incluso cuando en los llamados casos trágicos persista la insatisfacción moral que genera el dilema moral que subyace al conflicto jurídico.

Recapitulando, se ha afirmado que los derechos fundamentales pueden entran en conflicto unos con otros, que el modo en que lo hacen pone de relieve la presencia de valores plurales, que por tanto el conflicto entre derechos fundamentales se configura como los conflictos morales que tienen lugar en el marco del pluralismo de valores, y que dado que éstos a veces pueden dar lugar a genuinos dilemas morales, también los conflictos de derechos pueden, dadas determinadas condiciones de hecho, reflejar el tipo de elección trágica que encierran dichos dilemas. Se ha afirmado también que, sin embargo, el marco jurídico en que tienen lugar los conflictos entre derechos fundamentales hace que el tipo de soluciones que puede —y debe— ofrecer el derecho se configure de manera diversa a como se presenta el conflicto de valores en el ámbito exclusivamente moral. Sin cancelar el dilema moral subyacente —ni sus trágicas consecuencias morales—, la elección jurídica no tendría que asumir como propio el componente trágico que entraña para la moral la presencia de dilemas genuinos —definidos éstos no

---

*cannot say that a rock is more (or less) heavy than a line is long, we can say whether we would rather have one hundred pounds of gold or two strings of pearls. Thus it may be that all comparisons to* DWORKIN *are teleological, necessarily involving a comparison for some purpose, and thus necessarily imposing a commensurating value on a possibly incommensurable world»* (SCHAUER 1993-1994:796 nota a pie de página).

[68] Una mirada a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales puede completar esta observación, en la medida en que se entienda que dicha interpretación debe contener consideraciones sociales e históricas que junto con las propiamente jurídicas acompañen la interpretación de los principios en tanto principios morales. Analizando los principios constitucionales a la luz de lo que prescribe la teoría rawlsiana sobre el nivel constitucional de concreción de los principios alcanzados en la posición original, SCANLON afirma que no sólo la historia y la teoría social deben tener un lugar en dicha etapa constitucional, sino también cuestiones como el orden público o la seguridad; se trata, en definitiva, de una definición institucional de los derechos, que surge de un balance entre consideraciones diversas (SCANLON 2003-2004:1480-1481).

[69] Sobre la compensación como forma para incentivar una mayor atención respecto de los derechos o los valores —incluso si se admite su inconmensurabilidad—, véase SCHAUER (1993-1994:806).

por la presencia de una pérdida sino por la ausencia de una solución moralmente justificada—.

Llegados a este punto se plantea la cuestión de cómo debe proceder el Derecho para resolver los conflictos así configurados. No me voy a referir aquí a esta cuestión, aunque tal vez convenga dejar sólo planteadas algunas ideas en torno a la forma en que se interpretan los derechos en situaciones de conflicto. Podemos señalar al menos dos criterios para limitar los derechos cuando éstos entran en conflicto: 1) las consideraciones relativas a los valores que subyacen a los derechos, 2) el peso de los deberes impuestos por ellos.

Según el criterio 1) establecer un orden de preferencias entre derechos en conflicto requeriría un consenso respecto de los valores que sustentan los derechos. Pero como señala A. MARMOR, en las sociedades plurales tal consenso podría resultar especialmente difícil de obtener —incluso si existe un consenso sobre los derechos[70]—. Además, tal vez establecer un orden constante de valores dentro de un sistema jerárquico no sea una buena idea en la medida en que la relevancia de cada valor o derecho pueda variar de acuerdo con el contexto y las circunstancias en que surjan los potenciales conflictos[71].

Según el criterio 2) debería llevarse a cabo un análisis de los costes con vistas a establecer la medida de las trabas impuestas a otros según que se potencie uno u otro de los derechos en conflicto. Una combinación de 1) y 2) es precisamente lo que resulta de la ponderación: se calibran o comparan los valores que sustentan los derechos, se calculan los costes de los deberes impuestos a los demás, y sólo entonces, utilizando las palabras de SCANLON, «ajustamos o redefinimos» los derechos[72].

Con frecuencia los conflictos ponen en evidencia la fuerza relativa de los derechos. Mientras que limitar el alcance de un derecho implica evaluar su ámbito de ejercicio en un determinado contexto y restringir eventualmente su aplicación, hacerlo más específico, limitar la fuerza de un derecho implica limitar su importancia relativa, y esto resulta normalmente de sopesar o comparar dos derechos y medir su relevancia en un contexto dado[73]. Al final, este último parece ser el modo más plausible de resolución de conflictos de derechos[74].

Esta forma de interpretar los derechos con vistas a la resolución del conflicto jurídico conlleva generalmente una pérdida para alguien. Sin embargo, no debería acen-

---

[70] MARMOR señala que tampoco un «orden lexicográfico» en los términos sugeridos por WALDRON sería fácil de establecer en un contexto plural: «*In pluralistic societies, and it is in those societies that rights are most needed, people are bound to disagree about the point of having a right to free expression, even if they agree that they should have the right. [...] the lexical ordering of rights' conflict is only possible in the framework of a shared culture of moral and political views, but it is precisely in such cases that rights have relatively little cultural and political significance*» (1997:16-17).

[71] Sobre la noción de «jerarquía móvil» en la interpretación de principios, véase GUASTINI (1996:145).

[72] SCANLON (2003-2004).

[73] Sobre la relación entre fuerza y alcance de los derechos en casos de libertad de expresión, véase SCHAUER (1982:134-135). Sobre la fuerza relativa de los derechos y las formas de medirla, véase KAMM (2001b:251-255).

[74] WALDRON propone otra vía para la dilucidación de los casos de conflictos centrándose en lo que llama «relaciones internas» entre los juicios morales que subyacen a los derechos individuales. De este modo se podría llegar a establecer una «prioridad lexicográfica» entre ellos que preste atención a los argumentos sustantivos y a la calidad de los valores en cuestión, antes que a un mero intercambio resultante de una ponderación cuantitativa (WALDRON 1993:203-224).

tuarse de forma innecesaria la noción de pérdida. En la configuración frecuente de los conflictos —aunque no así en los casos que encierran dilemas morales o elecciones trágicas— no se trata de un juego de suma cero en el que los titulares de derechos en conflicto ganarán o perderán todo, conservarán sus derechos o serán despojados de ellos. Una interpretación de los derechos como facultades o títulos de cumplimiento o ejercicio gradual, ofrece la posibilidad de concebir la solución del conflicto desde la perspectiva de una pérdida parcial. Se tratará entonces de un ejercicio reforzado o atenuado, tal vez condicionado, de un derecho. Los derechos y los principios jurídicos admiten una satisfacción parcial, acorde con los otros derechos y principios del sistema[75].

En este sentido, dada la configuración de los conflictos entre derechos fundamentales y con el propósito de conseguir una solución atenta a la tutela de los valores que sustentan dichos derechos, la ponderación se ha presentado como la forma o instrumento idóneo para interpretar los principios en conflicto[76]. Ponderar es en este sentido, y dicho de manera muy simplificada, calibrar la importancia relativa de los principios enfrentados y determinar cuál de ellos prevalece en el caso concreto. Sin embargo, como señala B. CELANO[77], esta idea simple sobre cómo se llevaría a cabo la ponderación no resuelve sin más la cuestión en torno al tipo de razonamiento o interpretación a seguir, ya que hay distintas formas de ponderar. Por otra parte, y tal como hemos caracterizado los conflictos de derechos fundamentales que reflejan dilemas morales, habría que analizar si verdaderamente la ponderación puede tener lugar en dichos casos[78]. Pero estas cuestiones, otra vez, exceden el propósito de este trabajo. He querido plantear aquí el modo en que se configuran los conflictos entre valores y cómo éstos entran en el Derecho a través de los conflictos de derechos fundamentales, resaltando las semejanzas y peculiaridades de unos y otros.

Agradezco los comentarios y observaciones de los participantes en el seminario realizado en la Universidad Pompeu Fabra, en el que tuve oportunidad de discutir un

[75] Esta interpretación resulta más coherente si se adopta una concepción de los derechos ligada no tanto a los intereses de las personas sino a su estatus como tales. En este sentido los derechos pueden verse afectados en su capacidad para proteger los intereses del titular y dar cuenta, sin embargo, de su valor como persona. Ver KAMM (2001b:245); sobre la teoría del estatus en KAMM y NAGEL, véase ZUCCA (2005:67-70).

[76] Además, como señala BARBERIS, la ponderación estaría justificada por la presencia de valores o principios constitucionales plurales que no se pueden reducir a una jerarquía axiológica capaz de resolver sin más los conflictos entre ellos (2006:19)

[77] Nótese que los dos modelos de ponderación que presenta CELANO no son sólo dos modelos distintos de resolución de conflictos sino también dos visiones distintas sobre cómo se configura el conflicto mismo. De manera muy esquemática, mientras el primer modelo —*modello irenistico*— afirma que los aparentes conflictos encuentran en realidad una solución previsible y coherente con el conjunto de las normas del sistema, el segundo —*modello particolarista*— señala la presencia en el Derecho de genuinos conflictos entre principios y la posibilidad de que para su resolución haya que apelar a nuevas formulaciones o revisiones de las reglas existentes (2004:71-74). Sobre la indeterminación en los casos de conflicto y la posibilidad de revisiones estables, véase también CELANO (2002) y MORESO (2002; 2003).

[78] En este sentido, cabe mencionar la definición de ponderación que ofrece BAYÓN como el proceso a través del cual se hace explícita la «metanorma» que establece cuál es el criterio de prevalencia en el caso concreto. Dada esta definición, agrega el autor que «por supuesto, puede haber situaciones en las que entren en colisión varios principios y no quepa hallar metanorma de prioridad alguna. Pero en tal caso no habrá ningún fundamento jurídico para sopesar y hablar de "ponderación" no pasará de ser un abuso verbal con el que se encubre lo que no podrá ser sino decisión pura y simple tomada en un espacio de indeterminación» (2001:23).

primer borrador de este trabajo; agradezco también a mis compañeros de la Universidad Autónoma de Madrid por las sugerencias y aportaciones realizadas en el seminario de área en el que discutimos dicho borrador.

## BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. ([1986] 1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, revisión de Ruth Zimmerling). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALVAREZ, S. (2002a). *La racionalidad de la moral*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— (2002b). «La autonomía personal», en E. DÍAZ y J. L. COLOMER (eds.), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza, pp. 153-175.

ATIENZA, M. (1989). «Sobre lo razonable en el derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre.

— (1991)(1997). *Las razones del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— (1998). «Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos», en R. VÁZQUEZ (comp.), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*, México: Fontamara.

BALKIN, J. M. (1998). «The Meaning of Constitutional Tragedy», en W. ESKRIDGE, Jr. y S. Levinson (eds.), *Constitutionsl Stupidities, Constitutional Tragedies*. New York University Press.

BARBERIS, M. (2002-2003). «Leterogeneita' del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico», *Analisi e diritto* 2002-2003, a cura di P. Comanducci e R. Guastini.

— (2006). *Etica per giuristi*. Roma-Bari: Editori Laterza.

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

——-(2001). «Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», *Doxa* 24.

BERLIN, I. ([1969] 1998). *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press. Traducción castellana de B. URRUTIA, J. BAYÓN y N. RODRÍGUEZ SALMONES, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid: Alianza.

BESSON, S. (2005). *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*. Portland, Oregon: Hart Publishing.

BOMHOFF, J. y ZUCCA L. (2006). «The Tragedy of Ms. Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights, *Evans v. the United Kingdom*, Fourth Section Judgment of 7 March 2006, Application No. 6339/05», *European Constitutional Law Review*, 2:424-442.

CALABRESI, G. y BOBBITT, P. (1978). *Tragic Choices*. W.W. New York: Norton and Company.

CELANO, B. (2002). «Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilita' di revisioni stabili», *Ragion Pratica*, 18.

— (2004). «Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto», *Analisi e diritto* 2004, a cura di P. Comanducci e R. Guastini.

COMANDUCCI, P. (2002-2003). «Problemi di compatibilita' tra diritti fondamentali», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto* 2002-2003.

DWORKIN, R. ([1977] 1969). *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977. Traducción castellana de Marta Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel.

FERRAJOLI, L. (2001). «Derechos fundamentales», «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho» y «Los fundamentos de los derechos fundamentales» en A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Mafrid: Trotta.

FINKELSTEIN, C. O. (2001). «Two Men and a Plank», *Legal Theory*, 7, 279-306.

FLEMING, J. E. (1998). «Constitutional Tragedy in Dying: Or Whose Tragedy Is It, Anyway?», en W. ESKRIDGE, Jr. y S. LEVINSON (eds.), *Constitutionsl Stupidities, Constitutional Tragedies*. New York University Press.

FOOT, P. (1987). «Moral Realism and Moral Dilemma», en C. W. GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*. Oxford University Press.

GALSTON, W. A. (2002). *Liberal Pluralism. The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*. Cambridge University Press.

— (2005). *The Practice of Liberal Pluralism*. Cambridge University Press.

GEWIRTH, A. (1984). «Are there nay absolute rights?», en J. WALDRON (ed.), *Theories of Rights*. Oxford University Press.

GOWANS, C. W. (ed.) (1987). *Moral Dilemmas*. Oxford University Press.

GRAY, J. (1995). *Isaiah Berlin*. London: Harper Collins.

GREENAWALT, K. (1995). *Fighting Words*. New Jersey: Princeton University Press.

GRIFFIN, J. (2001a). «Discrepancies between the Best Philosophical Account of Human Rights and the International Law of Human Rights», *Proceedings of the Aristotelian Society*.

— (2001b). «First Steps in an Account of Human Rights», *European Journal of Philosophy* 9:3.

GUASTINI, R. (1996). *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli.

HAMPSHIRE, S. (1983). *Morality and Conflict*. Oxford: Basil Blackwell.

HILL, T. E. Jr. (1992). «Kantian Pluralism», *Ethics* 102 (July 1992), pp. 743-762.

KAMM, F. (2001a). «Rights», en J. COLEMAN y S. SHAPIRO (eds.), Oxford Handbook of Jurisprudence, Oxford University Press.

— (2001b). «Conflicts of Rights: Typology, Methodology, and Nonconsequentialism», *Legal Theory*, 2001:239-255.

KEKES, J. (1989). *Moral Tradition and Individuality*. New Jersey: Princeton University Press.

— (1993). *The Morality of Pluralism*. New Jersey: Princeton University Press.

LAPORTA, F. (1987). «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, núm. 4, pp. 23-46.

LARMORE, Ch. E. (1987). *Patterns of Moral Complexity*. Cambridge University Press.

LUKES, S. (1989). «Making Sense of Moral Conflict», en N. L. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

— (1991). *Moral Conflict and Politics*. Oxford: Clarendon Press.

MACCONNELL, T. (2006). «Moral Dilemmas», *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*.

MARCUS, R. B. (1987). «Moral Dilemmas and Consistency», en C. W. GOWANS (ed.), *Moral Dilemmas*, Oxford University Press.

MARMOR, A. (1997). «On the Limits of Rights», *Law and Philosophy* 16: 1-18.

MORESO, J.-J. (2002). «A proposito di revisioni stabili, casi paradigmatici e ideali regolativi: replica a Celano», *Ragion Pratica*, 18.

— (2003). «Conflictos entre principios constitucionales,» en M. Carbonell (ed.), Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta.

— (2005). «Sobre los conflictos entre derechos», en M. Carbonell (ed.), *Garantismo*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

NAGEL, T. (1979). *Mortal Questions*. Cambridge University Press.

— (1986). *The View from Nowhere*. Oxoford University Press.

PINTORE, A. (2001). «Derechos insaciables», en A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.

POST, R. (1998). «Tragedy and Constitutional Interpretation. The California Civil Rights Initiative», en W. ESKRIDGE, Jr. y S. LEVINSON (eds.), *Constitutionsl Stupidities, Constitutional Tragedies*. New York University Press.

PRIETO SANCHÍS, L. (1992). *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Raz, Joseph (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford University Press.

— (1999). *Engaging Reason*. Oxford University Press.

— (2001). *Value, Respect, and Attachment*. Cambridge University Press.

— (2003). *The Practice of Value*. Oxford University Press.

ROSENFELD, M. (1998). «A Pluralist Critique of Contractarian Proceduralism», *Ratio Iuris*, 11.4, 1998.

RUIZ MANERO, J. (1996). «Principios jurídicos», en Ernesto GARZÓN VALDÉS y Francisco LAPORTA (eds.), *El Derecho y la Justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*. Madrid: Trotta-CSIC-BOE.

RUIZ MIGUEL, A. (1990). «Los derechos humanos como derechos morales», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, pp. 149-160.

SADURSKI, W. (1999). *Freedom of Speech and Its Limits*. Kluwer, Dordrecht.

SCANLON, T. M. (2003-2004). «Adjusting Rights and Balancing Values», 72 *Fordham L. Rev*. 1477.

SCHAUER, F. (1982). *Free Speech: a Philosophical Enquiry*. Cambridge University Press.

— (1993-1994). «Commensurability and Its Constitutional Consequences», 45 *Hastings L.J.,* 785-812.

SINNOTT-ARMSTRONG (1988). *Moral Dilemmas*. Oxford: Basil Blackwell.

STOCKER, M. (1990). *Plural and Conflicting Values*. Oxford: Clarendon Press.

— (1997). «Abstract and Concrete Value: Plurality, Conflict, and Maximization», en R. CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

STRAUSS, D. A. (1998). «Tragedies under the Common Law Constitution», en W. ESKRIDGE, Jr. y S. LEVINSON (eds.), *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*. New York University Press.

SUNSTEIN, C. (1997). «Incommensurability and Kinds of Valuation: Some Applications in Law», en R. CHANG (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

WALDRON, J. (1993). *Liberal Rights*. Cambridge University Press.

— (1993-1994). «Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer», 45 *Hastings L.J.*, 813-824.

WILLIAMS, B. (1973). «Ethical Consistency», en B. WILLIAMS, *Problems of the Self*, Cambridge University Press.

WOLF, S. (1992). «Two Levels of Pluralism», *Ethics* 102 (July 1992), pp. 785-798.

ZUCCA, L. (2005). *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, PhD thesis submitted at the European University Institute, Florence. Ahora, con el mismo título, en Oxford University Press, 2007.

# LOS EFECTOS DIVERSOS DEL DERECHO COMUNITARIO: EL CASO DE LAS DIRECTIVAS *

Joxerramon Bengoetxea
*UPV/EHU*

**RESUMEN.** La clásica distinción del Derecho comunitario europeo entre aplicabilidad directa y efecto directo se enfoca desde la no menos clásica distinción entre disposición y norma elaborada por la teoría jurídica analítica. El análisis de los distintos efectos, los efectos diversos, que pueden producir las normas de Derecho comunitario, especialmente las contenidas en directivas, ayuda a entender cuestiones como los efectos directos horizontales, o incluso los efectos indirectos o triangulares que han ido apareciendo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que tantas dificultades han provocado en la doctrina comunitaria. La riqueza de materiales sobre los que puede volcarse la teoría analítica del Derecho abre nuevas avenidas para la investigación y el mutuo entendimiento entre estas disciplinas.

**Palabras clave:** directiva, aplicabilidad directa, efectos de las normas, efectos directos, efectos indirectos, efectos triangulares.

**ABSTRACT.** The classical EC law distinction between direct applicability and direct effect is here analysed from the standpoint of analytical jurisprudence, and especially the distinction it has put forward between provisions and norms, with interpretation as the key factor in the transition. Direct applicability is here seen as a feature of the instruments of the legal order containing provisions whereas direct effect is thought to be a quality of the norms contained in such instruments. These ideas are then carried forward to analyse the diversity of effects which can be produced by norms of Community law and especially by those norms contained in directives depending on the different legal relationships they govern. These approaches shed some light on the new effects produced by directives' norms, according to the case law of the European Court of Justice, like triangular or indirect effects, and which have caused some difficulties to EC legal literature

**Keywords:** directive, direct applicability, effects of the norms, direct effects, indirect effects, triangular effects.

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

## I. INTRODUCCIÓN

En esta modesta contribución pretendo abordar uno de los aspectos más debatidos de la teoría del Derecho comunitario, el efecto «directo» de las directivas, desde una perspectiva novedosa, como la que aporta la teoría analítica del Derecho, en especial la distinción entre disposiciones y normas, que pondré en relación con la distinción entre aplicabilidad directa y efecto directo. Propondré hablar de los efectos de las normas en general y considerar que la hasta ahora conocida como teoría del defecto directo de las directivas no es más que una de las posibilidades o de las variedades que pueden adoptar los efectos de las normas en el derecho comunitario. Deberíamos hablar entonces de una diversidad de efectos de las normas, de todas las normas, y también lógicamente de las normas de Derecho comunitario. Para ello será necesario, aunque sea brevemente, explicar la teoría del efecto directo en Derecho comunitario.

El principio inspirador del efecto directo es una manifestación de lo que podríamos considerar un principio más general del Derecho comunitario, el principio de efectividad. Este principio jurídico general de efectividad conecta con principios más políticos como el de integración, la unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, como reza el preámbulo del Tratado constitutivo de la CE. Se puede observar cómo la pura efectividad no es suficiente si no va acompañada de un consenso sobre la finalidad de las normas cuya efectividad se busca y si no va acompañada de otros valores jurídicos que justifiquen o legitimen dichos fines u objetivos de las normas.

El efecto directo en Derecho comunitario europeo puede caracterizarse como la cualidad de sus normas para crear o generar derechos subjetivos directa y autónomamente en la esfera jurídica de los particulares; derechos que éstos pueden invocar ante las jurisdicciones nacionales y que éstas deben salvaguardar[1]. Esta definición nos sirve como aproximación al fenómeno jurídico conocido como efecto directo del Derecho comunitario aunque deja sin explicar algunos de los desarrollos jurisprudenciales (y posteriormente doctrinales) recientes relacionados con el efecto directo. Es interesante y acertado que se considere al efecto directo como una cualidad de las normas, una cualidad que implica invocabilidad ante los órganos jurisdiccionales. La definición que aporta la Wikipedia va en la misma dirección pero refuerza aún más la idea al extenderla no ya a la posibilidad de ser invocadas sino a la posibilidad de ser ejecutadas, *enforceability*, lo cual presupone ya la previa alegación de aplicabilidad de dichas normas. Las palabras clave de estas definiciones son: normas comunitarias —derechos subjetivos— creación directa de derechos —esfera jurídica de los particulares— invocabilidad —jueces nacionales u órganos jurisdiccionales internos— obligación judicial de velar por el respeto a dichos derechos.

Algunos de estos conceptos se analizarán más en detalle posteriormente, pero desde este momento se puede apuntar que estos conceptos clave implicados en el efecto directo son los rasgos o componentes esenciales de toda relación jurídica: nos encon-

[1] Véase P. Andrés Sáenz de Santa María, 2006, «Desarrollos recientes de la eficacia directa de las normas comunitaria», en A. Saiz Arnaiz y M. Zelaia (eds), *Integración Europea y Poder Judicial*, Oñati, pp. 131-156.

tramos con el titular de una obligación, con su correlativo titular de un derecho, con un objeto de la relación, con su alcance y contenido, con un espacio y un tiempo en los que puede exigirse el cumplimiento de dicho objeto o al menos invocarse ante los órganos judiciales, con las características semióticas del objeto de la relación, es decir la claridad, precisión, certeza, completud, y carácter incondicional de la obligación, la posición institutcional del órgano ante el que se invoca la obligación y que tiene la jurisdicción para hacerla efectiva. Y por supuesto, puede haber más elementos en esta relación jurídica típica, como los terceros afectados, interesados o los terceros con expectativas legítimas, etcétera.

El análisis de la relación del efecto directo debe comenzar siempre con la obligación (elemento deóntico *O*) que se impone a una persona *X* para hacer, no hacer o asegurar algo *F* a otra persona *Y* en ciertas condiciones espaciotemporales T. La intensidad del elemento deóntico se convierte en un elemento crucial pero las cuestiones que se deberán resolver no serán siempre las mismas en todas las circunstancias y en algunas situaciones la cuestión a analizar es si una persona Y tiene el derecho a demandar a *X* para que ejecute una obligación pero en otras la cuestión será la Comunidad tiene un derecho o un interés en que la obligación *F* sea ejecutada en las circunstancias *T*. El mismo razonamiento, o lo que parece ser el mismo razonamiento, se aplica así a situaciones potencialmente muy diversas. Las cuestiones que afectan al efecto del Derecho comunitario europeo no son, desde un punto de vista material, muy distintas de las situaciones que surgen conforme al efecto del Derecho interno de un Estado miembro y sería interesante proyectar esta exploración a las normas de derecho interno, algo que escapa del propósito aquí fijado.

El efecto directo no indaga sobre la validez de las normas. Si deseamos analizar las cuestiones de validez no reparamos en aspectos de efectividad, aunque algunas teorías realistas tienden a identificar validez con eficacia o al menos a cuestionar la validez de la norma si se constata su ineficacia[2]. Obsérvese que estamos tratando de conceptos que no siempre se distinguen con nitidez en el lenguaje común, por lo que recurrimos a definiciones postulativas.

Por una parte tenemos la «efectividad» que es la mera capacidad de producir efectos y podríamos asemejar a la operatividad. Por otra parte tenemos la eficacia, que es la capacidad de obtener resultados u objetivos imputables a las normas o al ordenamiento. La eficacia es, al igual que la efectividad, una cuestión de grado en el sentido de que una norma puede ser más o menos eficaz no tanto según el nivel de su observancia sino más bién según se obtengan los resultados u objetivos que persigue. Una norma puede producir efectos mediante su aplicación o incluso mediante su mera validez o existencia y sin embargo no ser eficaz por no alcanzar los resultados que persigue. Por fín está la *eficiencia* que es una cuestión de economía dentro de la eficacia: es decir, conseguir los resultados con economía de medios, de tiempos o de normas. La eficiencia sería entonces la cualidad valorativamente superior al producir con mayor rapidez y menor costo los resultados perseguidos por la norma. Puede haber eficacia de la norma en el sentido de obtención de resultados y sin embargo no haber eficiencia de la norma por haber desplegado más medios de los necesarios para conseguirlos según

[2] La eficacia de las normas.

se puede descubrir posteriormente, aunque ésta es en realidad una cuestión empírica y en este punto el lenguaje ordinario no hila tan fino y tiende a considerar ambas cualidades, eficacia y eficiencia, como análogas. Sin embargo desde un enfoque teórico jurídico analítico interesado en las funciones, los efectos y la eficacia de las normas, así como desde una perspectiva de legisprudencia, la distinción puede ser de gran valor.

El «efecto directo» en el sentido más amplio de la expresión nos proporciona criterios para seleccionar las normas que serán aplicadas o para descartar la aplicación de otras normas, cuya validez no se cuestiona, y para aclarar o precisar el ámbito de la competencia y de la jurisdicción a la hora de aplicarlas haciendo valer derechos e intereses e imponiendo obligaciones. Aunque no afecten a la validez de las normas, estas cuestiones de efectividad y aplicación o inaplicación de las normas siguen siendo de máxima importancia constitucional (federal) ya que implican una interacción entre el legislador supraestatal comunitario que ha adoptado tales normas y el órgano judicial interno que les otorga efectividad y deja sin aplicar normas internas o modifica su ámbito de operatividad, estando ambos órganos situados en planos competenciales distintos y ejerciendo poderes también distintos.

La indagación sobre los efectos jurídicos se puede también poner en relación con la discusión sobre el derecho blando o *soft law*. El efecto jurídico puede entenderse como un concepto paraguas que abarca no sólo la fuerza jurídica vinculante en sentido estricto sino también otros posibles efectos jurídicos como los que se producen cuando se habla de *soft law,* o los que incidentalmente se producen por la entrada en escena de otros mecanismos jurídicos como los principios generales del Derecho y de la interpretación jurídica como la certeza jurídica. En esos casos se habla de la producción indirecta de efectos o de efectos jurídicos indirectos[3]. El estudio de la intensidad de los efectos de las normas se convierte así en un tema crucial. Es una tarea que acometeremos más adelante al analizar los efectos de las normas contenidas en las directivas. Una norma puede, en virtud de la relación jurídica que regula y en función de su operador deóntico, vincular a todos los destinatarios de forma plena e incondicional o puede fijar marcar un marco o un espectro de opciones o recomendaciones. Desde un enfoque semántico, conceptual o pandectista, sólo tendremos una aproximación burda de la complejidad de efectos de las relaciones jurídicas. El enfoque pragmático, el análisis institucional y los métodos del análisis sociológico del derecho cobran entonces especial importancia para captar los matices y la amplitud de gama de los efectos jurídicos. Estas ideas deberán cobrar más sentido en el resto de la presente contribución, a la hora de analizar los efectos producidos por las normas contenidas en las directivas.

## II. UN CONCEPTO MUY MANIDO EN EL DERECHO COMUNITARIO

El efecto directo es objeto de una riquísima literatura en el Derecho comunitario, especialmente en trabajos que comentan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No debemos olvidar que nos encontramos ante un concepto de filiación jurisprudencial.

[3] L. SENDEN, 2004, *Soft Law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, pp. 236-7. SENDEN trata de analizar tales efectos. Pero el análisis presupone que los efectos jurídicos *stricto sensu* no se discuten o son pacíficos, lo que supone una premisa demasiado fuerte.

Sacha PRECHAL, uno de los autores que más extensamente ha escrito sobre el particular, llegó a sugerir hace unos años que era prácticamente imposible aportar algo nuevo sobre el efecto directo[4]. La idea principal en el efecto directo es la posibilidad para un particular de invocar las normas jurídicas comunitarias con el objeto de proteger sus intereses. Interesa resaltar que PERCAL introduce así un Nuevo concepto clave en el análisis del efecto directo, es decir los intereses de un particular mientras que la teoría clásica centraba su atención en los derechos subjetivos.

El análisis de los intereses dentro de la relación jurídica deberá ser aún más sutil que el de los derechos, sobre todo si tenemos en cuenta que los intereses, como los efectos, pueden tener un espectro de grados, intensidades o niveles distintos y que los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar el Derecho comunitario tienen que tratar no sólo con normas que reconocen derechos o crean obligaciones sino con todo tipo de normas, incluso aquellas que, sin crear derechos u obligaciones de forma directa, regulan situaciones que dan lugar a que determinados operadores o particulares en determinados momentos invoquen la existencia de dicha regulación para derivar «derechos» e intereses. Equiparar el concepto de efecto directo con la creación de derechos, ignorando elementos como los intereses, restringe innecesariamente el espectro de posibles efectos producidos por las normas jurídicas[5].

Además de ser muy abundante la literatura científica, nos encontramos con una impresionante riqueza y casuística jurisprudencial. Lo que ocurre es que la cantidad de sentencias no se ve necesariamente correspondida con su calidad, y menos aún con su claridad. En todo caso, la casuística jurisprudencial va provocando un número cada vez mayor de matizaciones y distingos que van declinando la teoría del efecto directo en virtud de los distintos modos de las relaciones jurídicas afectadas. Esta riqueza convierte a este concepto en uno de los favoritos del análisis doctrinal comunitario, incluido el realizado de forma más estipulativa por los Abogados Generales[6]. Los recovecos adoptados por la teoría o doctrina del Derecho comunitario durante la última década nos presagian que, a fin de cuentas, quizá no se haya dicho aún todo lo que se puede decir sobre el efecto directo: hay espacio para la innovación. La desviación de los derechos hacia los intereses y las distintas intensidades de efectos resultantes son buena prueba de ello. Pero la innovación también es posible desde la perspectiva de la teoría analítica del Derecho y se relaciona con la ya clásica distinción entre disposiciones y normas, las más recientes teorías sobre la *derrotabilidad* de las normas, o las cuestiones más constitucionales como el principio de lealtad federal previsto en el art. 10 del Tratado CE o el principio de la separación de poderes y de la distribución de competencias entre los

---

[4] «Direct effect reconsidered, redefined and rejected», en J. M. PRINSSEN and A. SCHRAUWEN, 2002 (eds), *Direct Effect, Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, University of Amsterdam.

[5] La existencia de intereses derivados de situaciones normativas no es exclusiva del derecho como sistema normativo. También en la ética puede suceder que una persona alege un interés concreto que se derive de una situación normativa. Así, dentro de una familia, los hijos tienen interés en la buena comunicación y el cariño entre los progenitores pues ello crea un ambiente propicio para su desarrollo personal y emocional. La obligación jurídica no va más allá del respeto, pero la obligación moral, en al menos una de sus posibles interpretaciones, puede extenderse al cariño o al amor.

[6] Los ejemplos clásicos son las conclusiones de LENZ, VAN GERVEN o JACOBS y sus repetidas admoniciones al Tribunal para que extienda el efecto directo a las relaciones horizontales, algo que el Tribunal rechazó con autoridad en la sentencia Faccini Dori, C-91/92, [1994] ECR I-3325. Sobre este particular, véase A. ARNULL, 2006, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd Edition, Oxford, pp. 225-8

distintos legisladores: entre el poder legislativo y el judicial y entre el plano federal supra-estatal en el que se sitúan los legisladores comunitario (normalmente Consejo y Parlamento europeo que adoptan las directivas) y el estatal (legislador interno que debe transponer la directiva pero puede no hacerlo y el órgano jurisdiccional ordinario de aplicación del Derecho comunitario).

Los grados o intensidades de los efectos de una norma pueden depender de la cuestión si dicha norma se había adoptado con la intención de ser invocada por los particulares ante los tribunales domésticos sin necesidad de una ulterior intervención por parte del legislador doméstico o interno propio del Estado (el central o el regional, según los casos). Aquí nos encontramos con algunos de lo tópicos de la interpretación y el razonamiento jurídicos: todo dependerá de la interpretación sistemática de la norma dentro del ordenamiento, pero el alcance de dicha interpretación puede llevar a prescindir de la necesaria intervención legislativa, lo que nos lleva a una cuestión político-constitucional.

Más allá de la cuestión constitucional y analítica, nos encontramos también con las explicaciones del efecto directo desde las teorías de Derecho internacional público que giran en torno a la distinción entre monismo y dualismo. Mediante esta distinción se explican las relaciones entre los ordenamientos jurídicos doméstico e internacional. Bajo la teoría monista, no es necesario un acto concreto de recepción del tratado internacional, bastando con su validez y su asunción por parte del Estado. Mediante las teorías dualistas, de hecho mayoritarias, el Tratado internacional es ratificado e integrado expresamente dentro del ordenamiento jurídico interno. La distinción no debe confundirse con otra igualmente fundamental cual es la de la naturaleza de dichos tratados internacionales como *self-executing,* en cuyo caso no precisan la intervención ulterior del legislador para ser ejecutables o implementables o *non-self-executing,* en cuyo caso la precisan antes de poder ser invocados ante los tribunales. Como se ve esta distinción es muy cercana a la del efecto directo de las directivas.

Por todas estas razones, todo análisis del efecto directo del Derecho comunitario deberá adoptar un enfoque no ya pluri-disciplinar sino inter-disciplinar, contrastando sistemáticamente las sugerencias explicativas aportadas por cada enfoque disciplinar.

## III. APLICABILIDAD DIRECTA Y EFECTO DIRECTO; DISPOSICIONES Y NORMAS

«En todos los Estados miembros existe bastante Derecho (bastante parte del Derecho) que no se puede ejecutar puesto que las reglas que contiene no tienen como su objeto el reconocer derechos ejecutables a los particulares o porque son demasiado vagas o incompletas para ser ejecutadas judicialmente»[7]. Esta intrigante proposición formulada por el profesor Jan WINTER en su artículo seminal sobre el efecto directo abre interesantes avenidas para la teoría del Derecho: problemas de interpretación, sobre todo los relacionados con la intención del legislador, con la vaguedad o la completitud,

[7] J. WINTER, 1972, «Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law», 9 *Common Market Law Review* 425.

problemas sobre la naturaleza de las reglas y las normas, problemas relacionados con la ineficacia de las normas, problemas de política judicial relacionados con el activismo o la auto-limitación judicial, en fin, la perplejidad de tratar con un derecho que no es ejecutable pero sigue siendo «derecho» válido y existente. Detrás de este compendio de problemas se encuentra la cuestión que nos ocupa: el estudio de los distintos efectos que pueden producir las normas jurídicas insertadas en órdenes normativos altamente institucionales.

Jan WINTER distinguía entre aplicabilidad directa y efecto directo de un modo que sigue siendo válido en la actualidad, como intentaré explicar sucintamente[8] poniéndola en relación con otra distinción, entre disposiciones y normas. Las líneas que siguen parten de muchos presupuestos que resultan familiares a los juristas analíticos y por ello no desbrozaré todos ellos. La aplicabilidad directa es una característica de los instrumentos jurídicos, de las fuentes del Derecho y que contienen los textos brutos oficialmente aprobados, es decir el conjunto de disposiciones jurídicas tal y como las formula el legislador. Los instrumentos contenidos en las categorías de fuentes oficiales del derecho comunitario pueden ser vinculantes, como es el caso de los reglamentos o las directivas, o no vinculantes como es el caso de las recomendaciones y los dictámenes. Pueden además ser aplicables directamente o *self-executing,* como en el caso de nuevo de los reglamentos o no serlo como en el caso de las directivas, que requieren *normalmente* un desarrollo normativo, una transposición o incorporación en el Derecho interno siguiendo los procedimientos constitucionales internos sobre adopción de instrumentos legislativos, *usualmente*[9] mediante la adopción de un instrumento legislativo previsto en la lista de fuentes del Derecho interno: ley (o ley de bases); decreto legislativo, decreto ley, incluso decreto, ley autonómica, etcétera.

Cuando los instrumentos son directamente aplicables o *self-executing,* como en la tradición monista, se produce una penetración directa del instrumento en cuestión, perteneciente al ordenamiento jurídico supraestatal o internacional dentro del ordenamiento jurídico estatal y todas las normas que pueda contener dicho instrumento a través de sus disposiciones son automáticamente normas del ordenamiento jurídico interno, nacional o estatal o municipal o doméstico, como se le quiera llamar. El caso clásico son los reglamentos, instrumentos comunitarios que, desde su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea,* se integran directamente en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En cambio, como es bien sabido, las directivas no operan de esta manera; son fuentes del ordenamiento jurídico comunitario europeo que vinculan a los destinatarios, los Estados miembros, en cuanto a los resultados u objetivos que persiguen y contienen por tanto obligaciones de resultado, pero no son instrumentos monistas: no tienen la capacidad de penetrar directamente en su ordenamiento jurídico a pesar de retener toda su validez dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Para pasar a formar parte del ordenamiento jurídico estatal deben ser

---

[8] He tratado de estas cuestiones en J. BENGOETXEA, 2003, «Direct Applicability or Effect» (hereafter DAOE) in M. HOSKINS and W. ROBINSON, 2003 (eds), *A True European, Essays for Judge David Edward*, Oxford, Hart Publishing.

[9] Subrayo las palabras «normalmente» y «usualmente» por una razón: no siempre será obligatorio que el Derecho interno se adapte a la directiva tras la adopción de la misma; de hecho puedo ya estar adaptado y conformarse a los objetivos de la directiva, en cuyo caso no será necesaria ninguna intervención legislativa.

transpuestas a dicho Derecho, traducidas a un instrumento característico de dicho ordenamiento, reconocido como fuente de Derecho en una regla de reconocimiento del Derecho interno. La lógica de las directivas es alcanzar los resultados previstos por la misma sin reparar en la formalidad de la fuente que los contenga, cuestión que competerá exclusivamente al ordenamiento jurídico interno. Desde el momento en que la directiva se transpone en el ordenamiento interno, las relaciones jurídicas que contempla se gobiernan a través del instrumento o los instrumentos que han incorporado dichas relaciones jurídicas al derecho interno, pasando la directiva a una especie de *stand-by* en el ordenamiento comunitario: las directivas siguen manteniendo su vigencia en dicho ordenamiento salvo que ellas mismas prevean su propia caducidad.

Los instrumentos que tienen aplicabilidad directa no precisan de ningún tipo de publicación en el diario oficial del ordenamiento jurídico estatal y pueden por tanto ser considerados como instrumentos que existen en el ordenamiento interno del mismo modo que existen los instrumentos adoptados conforme a dicho Derecho mientras que las directivas no tienen la consideración de instrumentos de Derecho interno y sólo los instrumentos de Derecho que las transponen son los que se publican en el diario oficial estatal. Los particulares no pueden ignorar las disposiciones formuladas en los reglamentos comunitarios ya que éstos reciben la misma consideración que las leyes internas, sin embargo los ciudadanos pueden ignorar las directivas en su totalidad y las disposiciones que formulan ya que se trata de instrumentos dirigidos a los Estados que no tienen, en su cualidad de instrumentos, la virtud de penetrar en el ordenamiento jurídico interno.

En cambio, el efecto directo es una característica no ya de los instrumentos sino de las normas que contienen sus disposiciones. En este sentido, las normas son resultados de interpretaciones de los textos contenidos en las fuentes oficiales, es decir, en las disposiciones que contienen. Las normas son pues el resultado de la interpretación de las disposiciones formuladas por los instrumentos reconocidos como fuentes oficiales de Derecho. Cuando se ordenan y sistematizan las normas se obtiene el concepto de sistema jurídico y las normas cobran su significado institucional, su validez, su vigencia, su ubicación y su alcance dentro del sistema jurídico al entrar en relaciones sistémicas con otras normas. Estas relaciones sistémicas son de jerarquía, de generalidad, de universalidad, de territorialidad, de temporalidad, etc. Las normas jurídicas, derivadas generalmente de una o varias disposiciones contenidas en los instrumentos que conforman el sistema jurídico, pueden también derivarse de otro tipo de fuentes, escritas o no escritas, como por ejemplo, los principios jurídicos o la costumbre o instrumentos no reconocidos como fuente oficial de Derecho pero provisto de normatividad (conocidos como *soft law*). En este caso no se derivan de disposiciones jurídicas sino de otros elementos. Siempre será necesario examinar si el contenido normativo de un acto se corresponde con el rango formal que pueda haber adoptado, como reconoció con una mezcla de perplejidad y lucidez el Tribunal de Justicia de las CE en la sentencia Grimaldi [10].

Las normas producen efectos sobre los particulares, sobre todos sus destinatarios (y sobre otros particulares que puedan entrar en relaciones jurídicas con los destinata-

[10] *Grimaldi* v. *Fonds des maladies professionnelles* Case 322/88 [1989] ECR 4407.

rios), dependiendo de múltiples factores como su claridad y precisión, su carácter incondicional o absoluto, la naturaleza o posición institucional de sus destinatarios, sus previsiones temporales (plazos, límites, caducidad, suspensión, vacación), y otros factores como su jurisdicción y territorio o factores procesales como las condiciones de su invocabilidad. Los efectos de las normas dependen sobre todo de sus relaciones con otras normas del sistema, ya que en función de dichas relaciones sistémicas la norma en cuestión podrá ser reformulada, o incluso derrotada, dejada inaplicable en un caso concreto, o ser ella la que derrote total o parcialmente a otras normas del sistema.

El sistema jurídico en la UE es bastante complejo, más aún que el sistema jurídico de los Estados miembros, y del mismo modo que las normas jurídicas entran en relación sistémica con otras normas del mismo sistema, también pueden entrar en relación con otras normas del sistema jurídico interno. En realidad es una cuestión debatible si existen los sistemas jurídicos comunitario y estatal como sistemas separados que entablan relaciones entre sí, o si se trata más bien de constelaciones de sub-sistemas coordinados según el ámbito competencial del que se trate, pero esta cuestión requeriría un análisis separado y detenido que no es el objeto de esta contribución. Nos encontramos en todo caso con un sistema jurídico comunitario que trata de las relaciones federales entre sistema jurídicos distintos y que además debe articular sus propias relaciones con el o los sistemas jurídicos de derecho internacional, por ejemplo, con el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o con los sistemas derivados de ciertos tratados internacionales (Kyoto, OMC, etc.) o con el Derecho internacional público *ius cogens*. Se produce una compleja división de competencias e incluso en aquellos ámbitos en que los Estados miembros retienen sus competencias siguen teniendo la obligación de respetar y observar el Derecho comunitario, al igual que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, o el propio *ius cogens* internacional. Por ejemplo, aunque los Estados conserven su competencia en materia de imposición directa de las personas físicas, no pueden adoptar normas que supongan una discriminación de los ciudadanos comunitarios: ¿significa esto entonces que el Derecho comunitario prima sobre el estatal por muy competente que sea el Estado miembro en una materia reservada? Sin la primacía del Derecho comunitario, ¿cómo asegurar su unidad? La primacía parece más fácil de asimilar en las materias que los Estados miembros han cedido o transferido a la Unión, bastante más difícil en las competencias mixtas, compartidas pero no asumible en las materias reservadas al Estado.

### *Breve «divertimento» sobre la primacía del derecho comunitario*

Se produce una unidad última o de última instancia en el sistema jurídico, pero no se trata de una unidad aportada por soberanía o superioridad normativa *ex ante* del Derecho comunitario uniforme sino más bien por la interpretación y la sistematización jurídicas. No es una unidad político-jurídica determinada por la relación jerárquica entre en Derecho europeo y los Derechos internos. La unidad no se produce *ipso facto* en el sistema jurídico europeo por el mero hecho de proclamar su primado pero tampoco en el Derecho interno en virtud de la soberanía de la Constitución, pre-existente lógicamente al Derecho comunitario ya que es la Constitución estatal la que habilita la adhesión o integración en el ordenamiento comunitario mediante la cesión de soberanía

en ciertas materias. Cada una de estas fuentes de unidad está mirando a su propio sistema, y no logra la adhesión incondicional del otro sistema, que por su parte, reivindica su propia soberanía. Estamos entrando aquí en un terreno delicado donde cada sistema se considera supremo y tolera la operatividad del otro, más por un acto de *comity* o de graciosa concesión que por supeditación o dependencia. El problema puede surgir cuando se trata de elevar la unidad y la primacía al rango de principio consagrado del derecho comunitario, como ocurrió con el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa; entonces emergieron voces críticas.

La primacía del Derecho comunitario declarada reiteradamente por vía jurisprudencial se venía asumiendo por una parte importante de los operadores jurídicos de los Estados miembros, aunque no universalmente y no acríticamente, pero cuando se formuló constitucionalmente, aparecieron las dificultades, especialmente en el Reino Unido, y no sólo por parte de los euro-escépticos. Lo que hasta entonces había sido una práctica jurisprudencial de desplazamiento o dislocación de la norma interna incompatible pasaba a convertirse en una exigencia sistémica de eliminación de la norma interna. Pues bien, se mencione o no el principio de primacía del Derecho comunitario en los textos fundacionales constitucionales como principio básico que gobierna las relaciones entre los sistemas jurídicos implicados[11], siempre quedará la cuestión compleja de la competencia sobre la competencia, de la aplicación uniforme del Derecho, de la equivalencia de los derechos subjetivos y los remedios procesales, y todas estas cuestiones nos conducen a principios sistémicos que atañen a la interpretación de las normas y sus posibles y diversos efectos o a la diversa intensidad de sus posibles efectos.

Si la primacía se entiende como superioridad jerárquica normativa del derecho comunitario sobre el estatal, es muy posible que cree dificultades: la *lex superior* parece requerir la derogación de la *lex inferior* incompatible con ella y la derogación es invasiva; es decir, requiere la eliminación de la norma contraria. Pero puede obtenerse la unidad del sistema mediante otras concepciones de la primacía. Entonces la unidad se produce más bien caso a caso, según las competencias que estén en juego y según la decisión judicial. La norma incompatible de Derecho estatal se deja inaplicada para facilitar la aplicación de la norma comunitaria; es decir, le cede el paso para que pueda aplicarse y gobernar la relación jurídica concreta conforme a sus preceptos, pero no lleva hasta eliminar o derogar la norma interna del ordenamiento jurídico; eso ya no es una exigencia del Derecho comunitario, sino en todo caso, del propio Derecho interno.

## IV. LOS EFECTOS DEL DERECHO EUROPEO: DIVERSIDAD DE EFECTOS

### *Efectos directos verticales y horizontales*

Los trabajos clásicos sobre el efecto directo distinguen esencialmente dos variedades de efecto directo: el efecto directo vertical —que ocurre cuando las normas de De-

[11] *The heated debates over the question whether the Constitutional Treaty or the «reform Treaties» should explicitly mention the primacy of community law have more to do with symbols and tactics than with debats on defeasibility of domestic law and the structural principles of the European legal system.*

recho comunitario se invocan y se aplican en las relaciones jurídicas entre uno o varios particulares y el Estado, en tendido en su sentido más amplio— y el efecto directo horizontal, que se obtiene cuando las normas de Derecho comunitario se invocan y se aplican para gobernar la relación jurídica entre particulares, *inter privatos*. El concepto de «estado» en Derecho comunitario, para los fines de la aplicación de las normas contenidas en las directivas que se destinan precisamente a los Estados miembros, es muy amplio pues abarca cualquiera de las emanaciones o ramificaciones del Estado desde el conjunto de las administraciones públicas hasta órganos públicos o empresas públicas o empresas con participación pública o cualquier órgano que ejerza, incluso por delegación o subcontratación, autoridad o funciones encomendadas al estado; en general todos los servicios de interés general público[12]. El Estado se trata como una unidad institucional para los fines de la aplicación del Derecho comunitario, que en este caso sigue un principio de personalidad única del Estado, como en el Derecho internacional público, la administración general del Estado personifica al Estado en cualquiera de sus manifestaciones, sin entrar en distinciones sobre cuál pueda ser el órgano concreto que viene afectado directamente por la directiva: es todo el Estado como una personalidad jurídica única aunque se trate de un Estado federal o descentralizado.

Frente a estas distintas expresiones del Estado se pueden invocar las normas contenidas en una directiva: la relación es vertical pues implica a los particulares con los órganos del Estado al que se dirigen las normas. Los efectos horizontales de las normas del Derecho comunitario se producen cuando éste gobierna directamente las relaciones entre los particulares para lo cual es necesario que las normas en cuestión se ubiquen en instrumentos que tengan la capacidad de regular las relaciones inter-subjetivas penetrando en los ordenamientos jurídicos estatales. Como es sabido, estos instrumentos pueden ser los tratados o los reglamentos, o las decisiones individuales dirigidas a los particulares (una decisión en materia de Derecho de la competencia dirigida a las empresas que se encuentran en una entente o cartel o en una propuesta de fusión, etc.).

### *Efectos verticales ascendentes*

En las relaciones verticales, podemos introducir una matización dependiendo de que la norma se invoque hacia arriba por un particular frente al Estado o hacia abajo por el Estado contra un particular. Así se habla de efectos verticales ascendentes o descendentes. Los efectos verticales ascendentes presuponen la existencia de una obligación clara, precisa e incondicional dirigida al Estado y que no le reconoce a éste ningún ámbito de discreción respecto al alcance, al contenido, a las condiciones de aplicación y a los destinatarios de la obligación. Aquí los efectos se entienden como derechos subjetivos invocables ante los órganos jurisdiccionales internos sobre la base de una obligación que vincula al Estado bien ante los particulares directamente como sería el caso de las normas contenidas en instrumentos o fuentes directamente aplicables —tratados, reglamentos, decisiones— o bien ante otros Estados y ante la propia Comunidad Europea como sería el caso de las normas contenidas en fuentes o instrumentos que no

[12] *Foster* v. *British Gas*, Case C-188/89 [1990] ECR I-3133.

son directamente aplicables como las directivas. En todo caso el esquema de razonamiento jurídico es hohfeldiano[13].

En este segundo supuesto, la fuente de la obligación que vincula al Estado miembro y que genera un correlativo derecho subjetivo en el seno de los individuos es el principio de respeto hacia los compromisos contraídos *pacta sunt servanda*, que impone al Estado honorar u observar sus obligaciones frente a los restantes Estados contratantes y frente a la entidad supra-estatal creada de la cual emana las obligaciones correspondientes (en realidad de un sistema de adopción de decisiones aceptado por todos los Estados miembros donde la Comisión propone y el Consejo y el Parlamento Europeo disponen y en el que todos ellos tienen la oportunidad de participar a través del Consejo). Los particulares pueden invocar la existencia de estas obligaciones contraídas por los Estados en su cualidad de terceros interesados; es decir los particulares derivan derechos e intereses, expectativas, inmunidades, privilegios, a partir de las obligaciones contraídas por los Estados entre sí, adoptadas por la Comunidad Europea y dirigidas a dichos Estados. Un Estado que no respeta las obligaciones que le son impuestas por una directiva está en realidad contraviniendo sus propios actos (venire *contra actum propium*): es dicho Estado quien ha asumido la obligación correspondiente ante los restantes Estados y ante el ente supra-estatal.

La relación jurídica principal o primaria contemplada por la directiva tiene al Estado como destinatario: impone obligaciones al Estado para que asegure que su ordenamiento jurídico regula las relaciones jurídicas previstas en la directiva del mismo modo que la propia directiva: esas relaciones jurídicas previstas en la directiva son el objeto de la relación jurídica primaria dirigida al Estado. Estas son las coordenadas principales de la relación jurídica primaria de la directiva: su emisor es el legislador comunitario, la CE, su destinatario es el Estado miembro al que se dirija, normalmente cada uno de los Estados miembros y su objeto es la obligación de incorporar las relaciones jurídicas secundarias contempladas en la directiva que supondrán en reconocimiento de derechos o la imposición de deberes. Por tanto, toda pretensión formulada por un particular de derivar un derecho subjetivo a partir de tal relación jurídica será una pretensión basada en la conclusión o derivación lógica a partir de la norma primaria dirigida al Estado miembro; se trataría de una pretensión basada en una norma derivada, como resultado de una operación de interpretación sistémica de la relación normativa primaria.

### *Efectos verticales descendentes*

Los efectos verticales descendentes operan de forma distinta. Existen instrumentos o fuentes oficiales del Derecho que son capaces, por sí solas, de imponer obligaciones, cargas o prohibiciones a los particulares. Las leyes de los Parlamentos son el ejemplo clásico en los sistemas estatales de fuentes del Derecho. Los Tratados y los reglamentos (también las decisiones) son los instrumentos de Derecho comunitario que pueden penetrar en el ordenamiento jurídico interno y vincular directamente a los par-

[13] W. H. HOHFELD, 1913, Fundamental Legal Conceptions, *Yale Law Journal*.

ticulares: imponerles obligaciones, cargas o incluso sanciones. Por el contrario, las directivas son fuentes que no pueden integrarse en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, no tienen fuerza ni rango para ello. Se dirigen a los Estados miembros y son éstos los que deben asegurarse que sus efectos, las normas que contemplan se integrarán en su ordenamiento jurídico interno a través de los instrumentos internos adecuados según el sistema de fuentes vigente en dichos ordenamientos. Las directivas por tanto no afectan a los particulares, no les pueden imponer obligaciones ni prohibiciones ya que sólo se dirigen a los Estados y no a los particulares.

Si a un particular se le pretende imponer una obligación prevista en una directiva, éste podrá oponer una excepción de inaplicabilidad. Es lo que en la técnica jurídica del *common law* se conoce como *estoppel*. Es decir, el particular es inmune frente a la directiva, de la cual no es destinatario ni tiene obligación alguna de conocerla. Por tanto la directiva no puede vincular al particular. Las autoridades públicas no pueden por tanto fundarse sobre una directiva para pretender un cumplimiento o una observancia de la misma por parte del particular. Primero deberá transponer o desarrollar o traducir la directiva a su Derecho interno mediante el instrumento jurídico necesario y sólo entonces las relaciones jurídicas tipo previstas en la directiva podrán preverse como relaciones jurídicas tipo en el Derecho interno y sólo entonces tendrán los particulares la obligación de ajustar sus conducta y sus relaciones jurídicas concretas a las previsiones normativas de las relaciones jurídicas tipo. Si el Estado no ha incorporado la directiva, no podrá invocar dichas relaciones jurídicas tipo sin venir contra sus propios actos[14].

Desde la perspectiva de los particulares, se puede decir que éstos tienen unas expectativas legítimas en el sentido de que las obligaciones que les impone el ordenamiento jurídico vengan contenidas en instrumentos que integren directamente dicho ordenamiento y que les sean destinados a tales particulares. La obligación de los particulares de conocer el Derecho y el principio según el cual la ignorancia del Derecho no exime de su cumplimiento no pueden extenderse a los instrumentos que no van destinados o dirigidos a los particulares. Por el contrario, los particulares pueden ignorar tranquilamente y con la conciencia tranquila aquellos instrumentos que no les van dirigidos sino que se dirigen explícitamente a los Estados. Más concretamente, en el ámbito sancionador el principio general del Derecho que asegura la certeza jurídica, *nulla poena sine lege*, es de aplicación absoluta: si no existe una *lex,* no se puede imponer una obligación. Por tanto las directivas que no han sido implementadas no producen, por sí solas, efectos verticales descendentes y no generan obligaciones en el seno de los particulares.

### *Los efectos directos horizontales*

Una lógica similar a la del *estoppel* se aplica a la cuestión de los efectos horizontales de las directivas: si las directivas no transpuestas en Derecho interno son incapaces de engendrar obligaciones o cargas en el seno de los particulares, entonces los restantes particulares afectados por las relaciones jurídicas-tipo previstas en las directivas tampoco podrán invocar ante los órganos jurisdiccionales internos la existencia de una obli-

[14] *Oficier van Justitie* v. *Kolpinghuis Nijmegen*, case 80/86 [1987] ERC 3969.

gación de la cual derivarían los correlativos intereses o derechos subjetivos (lo que HOHFELD posiblemente llamaría *no-claim*)[15].

Esto deja al potencial beneficiario de la relación jurídica que no resulta regulada en Derecho interno en una situación de perjuicio o indefensión y al potencial sujeto obligado por la relación jurídica no transpuesta en una cómoda situación de inmunidad. Esta inmunidad y este perjuicio se podrían corregir con la transposición de la directiva, por lo que todo depende de la voluntad o de la decisión del Estado miembro en cuestión de transponer la directiva. Si no lo hace, podrá declararse que está incurriendo en una responsabilidad por los daños que su non transposición pueda ocasionar a los perjudicados por privarles de los derechos subjetivos que hubieran derivado de la correcta transposición o de la correcta regulación de la relación jurídica. La directiva se dirige al Estado miembro y le concede un plazo para la transposición y si no respeta el plazo, podrá declararse que el Estado está incurriendo en un incumplimiento del Derecho comunitario, de la obligación contenida en la relación jurídica primaria de la directiva[16].

Parece por ello coherente que el Tribunal de Justicia haya desarrollado hace ya tiempo la doctrina de la responsabilidad de los Estados miembros en este tipo de situaciones[17]. La lógica que gobierna este desarrollo jurisprudencial es la de maximizar los efectos de las normas del sistema jurídico comunitario aunque no hayan sido transpuestas al Derecho interno. Las normas contenidas en las directivas no pierden su validez en el sistema jurídico comunitario por el hecho de no haber sido transpuestas al ordenamiento interno. Dicho sea de paso, tampoco la pierden por haberlo sido, sino que mantienen su validez y su existencia en el sistema jurídico europeo y pueden seguir produciendo efectos en dicho derecho y en el derecho de los Estados miembros. La solución contraria supondría que las normas del Derecho comunitario tendrían un *handicap* o un defecto que sólo se subsanaría con su correcta transposición donde por arte de magia resucitarían. Sin embargo como argumentamos en este trabajo, el problema no reside en las normas, sino en los instrumentos en que se contienen.

### *Efecto de reparación*

Nace así un tipo especial de efecto de las directivas: el efecto de reparación, de corrección o de compensación: se invoca ante el Estado miembro incumplidor y su objeto es que compense al particular por los daños que le haya podido generar la falta de transposición de la directiva y la consiguiente privación de los derechos o intereses o beneficios que derivaría de la relación jurídica. Este efecto de corrección o reparación se ha extendido después a otros supuestos análogos de generación de daños a los particulares por el incumplimiento del Derecho comunitario imputable al Estado miembro, elevándolo a principio general del Derecho comunitario, de cuña jurisprudencial.

---

[15] *Marshall* v. *Southampton Area Health Authority*, Case 152/84 [1986] ECR 723.

[16] Normalmente, el Estado miembro habrá aceptado el plazo de transposición al negociar la directiva en el Consejo, salvo que haya formado parte de una minoría de voto, lo que resulta muy raro ya que los restantes Estados miembros intentarán adoptar plazos que no resulten demasiado difíciles de cumplir.

[17] *Francovich and Bonifaci v. Italy*, Joined cases C-6/90 and C-9/90 [1991] ECR I-5357 and *Faccini Dori v. Recreb Srl* Case C-91/92 [1994] ECR I-3325.

*Los efectos de conformidad*

Coherente también con la lógica de otorgar máximo efecto posible a las normas de Derecho comunitario contenidas en las directivas, es la doctrina de la interpretación conforme del Derecho comunitario en general y de las directivas en particular. El Tribunal de Justicia ha derivado esta doctrina de un modo que la aproxima a los efectos directos horizontales aunque la sistemática es bien distinta. En principio, la(s) norma(s) contenida(s) en la directiva prevé(n) o regula(n) una relación jurídica. El resultado que debe alcanzarse por el Estado miembro es la correcta transposición de dicha relación jurídica dentro del plazo fijado por la directiva; ese es el alcance de su obligación. En situaciones normales, el legislador del Estado miembro destinatario adoptará nuevos instrumentos para adaptar su Derecho a las exigencias de la directiva, es decir para asegurarse de que regula las relaciones jurídicas tipo previstas en la directiva de un modo conforme con ésta. Puede resultar que el Derecho interno de un Estado miembro ya regule las relaciones jurídicas del modo previsto por la directiva, en cuyo caso lógicamente no necesitará proceder a la transposición pues la obligación impuesta por la directiva al Estado miembro habrá sido ya satisfecha y el Estado miembro habría estado en conformidad con la directiva desde el momento en que ésta fuera adoptada.

Pero puede ocurrir también que el Estado miembro en cuestión no adopte ningún instrumento de transposición y que su Derecho interno no regula las relaciones jurídicas del modo previsto por la directiva. La pregunta que se puede plantear entonces es si su Derecho interno, las disposiciones de sus distintos instrumentos jurídicos pueden interpretarse de un modo tal que se consiga el resultado impuesto por la directiva al Estado[18]. Estamos ante la problemática de la interpretación conforme. Para los teóricos analíticos de la interpretación jurídica no es ningún misterio que las disposiciones jurídicas contenidas en los instrumentos jurídicamente válidos del Derecho interno sean susceptibles de varias interpretaciones posibles y que potencialmente al menos cada una de estas interpretaciones pueda dar lugar a distintas normas jurídicas. Tampoco es ningún misterio que la elección de una u otra interpretación, y por tanto de una u otra potencial norma se desenvuelva conforme a criterios interpretativos o incluso ideologías de la interpretación que en los supuestos concretos pueden desembocar en resultados bastantes alejados. Pues bien, la doctrina de la interpretación conforme viene a guiar la interpretación introduciendo la máxima según la cual ante varias interpretaciones posibles del Derecho interno se escoja aquella que alcance como resultado la relación jurídica regulada por la directiva. En realidad, como todo analítico de la interpretación habrá observado, estamos ante un campo de minas ya que la propia directiva será a su vez susceptible de interpretación y para saber cuál es o cuáles son las interpretaciones posibles del Derecho interno es necesario haber realizado una interpretación estricta del mismo. La doctrina parece aceptar la corrección de la visión clásica de la interpretación según la cual es posible hablar de una *interpretatio contra legem* o de una *interpretatio praeter legem* o *secundum legem*. En realidad sabemos que se trataría en todo caso de *interpretatio contra interpretatio* o *praeter interpretationis* o *secumdum interpretationis*. Pero lo que la doctrina añade es que si debe forzarse la interpretación

[18] *Von Colson and Kamann* v. *Land Nordrheinland-Westfalen*, Case 14/83 [1984] ECR 1891 and *Marleasing*, Case C-106/89 [1990] ECR I-4235.

del Derecho interno para hacerlo decir algo que no puede decir según los cánones o la práctica de interpretación habitualmente aceptada, entonces no se debe forzar la interpretación ya que muy posiblemente se comprometería la certeza jurídica. Pero si cabe interpretar el Derecho interno de un modo consonante con la interpretación «aceptable» o habitual u ordinaria de la directiva, es decir, si cabe una *interpretatio secumdum directivam* entonces debe preferirse dicha interpretación sobre las restantes posibles interpretaciones. Como se intuirá, caben múltiples matizaciones sobre las que debemos pasar con rapidez[19]. De lo que se trata esencialmente es de dar efectos máximos a la directiva no transpuesta mediante la interpretación del Derecho interno de un modo conforme a la interpretación de la directiva: una disposición de Derecho interno *D* no puede ser forzada a librar la norma *N* que equivale a la norma (interpretada) de la directiva *N'* si la norma N no es una de las interpretaciones aceptables del a disposición *D*. El criterio de aceptabilidad nos remite a consideraciones de orden pragmático sobre la teoría, la doctrina o la ideología de la interpretación comúnmente aceptada en una jurisdicción concreta o en una comunidad concreta de intérpretes jurídicos o en una cultura jurídica concreta[20].

*Otros efectos diversos: triangulares, excluyentes, sustituyentes, escondidos...*

Los efectos del tiempo sobre la operación de la norma forman otro de los interesantes efectos diversos que pueden producir las normas de las directivas, hayan sido éstas transpuestas o no o transpuestas correcta o incorrectamente. Como hemos mencionado de pasada, la directiva sigue vinculando a los Estados miembros destinatarios incluso después de su transposición; y es por ello precisamente que se puede contrastar si la transposición ha sido correcta o no, completa o incompleta, algo que la Comisión realizará de oficio y que, en caso de detectar problemas llevará a un cruce de opiniones técnicas con los responsables del Estado miembro. Las normas contenidas en la directiva no dejan de existir o de tener validez dentro del sistema jurídico comunitario por el hecho de haber sido transpuestas al ordenamiento interno. Lo que ocurre es que existirán en instrumentos peculiares que no podrán integrarse en los ordenamientos internos. Uno de los efectos más palpables de las normas de las directivas y de todo el Derecho comunitario será el control de la compatibilidad y por ende la validez de las normas de Derecho interno. Así un Estado miembro, haya o no transpuesto la directiva no podrá adoptar normas que la contradigan pues la directiva sigue vinculando al Estado destinatario, salvo que se haya derogado.

Del mismo modo, la interpretación conforme siempre seguirá inspirando al Derecho interno y el control judicial de la validez del Derecho interno por referencia al Derecho comunitario incluirá las normas contenidas en las directivas, hayan sido transpuestas o no, pues desde la sentencia Foto-Frost dicho control está centralizado en el Tribunal de Justicia que realizará el análisis de la validez (del Derecho comunitario) en función de las normas que integran el sistema jurídico comunitario, donde las directi-

[19] La inspiración en autores como WRÓBLEWSKI, o IGARTUA o GUASTINI no pasará desapercibida.

[20] Me he ocupado de estas cuestiones en distintas publicaciones, entre otras, 2003, «The Scope for Discretion, Coherence and Citizenship» en O. WIKLUND (ed.) *Judicial Discretion in European Perspective*: Stockholm, Norstedts Juridik/Kluwer Law International.

vas tienen su vigencia, existencia y validez. Incluso al analizar la interpretación del Derecho interno, el juez comunitario interno o supra-estatal podrá decidir que la interpretación correcta de la norma comunitaria derrota o excluye la interpretación habitual de la norma de Derecho interno de forma que esta última deba dejarse inaplicada.

Una cuestión conexa es la de los posibles efectos de las normas contenidas en las directivas aún no transpuestas pero cuyo plazo de transposición tampoco ha vencido. Nos preguntamos entonces por el momento a partir del cual pueda considerarse que las normas contenidas en una directiva cobran su existencia de forma que puedan producir efectos. Esta cuestión se planteó en el asunto *Inter-environnement Wallonie*[21]. En este caso, una normativa adoptada por la región de Wallonie contradecía claramente las normas de una directiva comunitaria. Pero la normativa valona se había adoptado durante el plazo concedido a los Estados miembros para la transposición de la directiva y no estaba claro si la mera existencia de la directiva publicada, ya en el Diario Oficial impedía la adopción de normas contrarias hasta que se hubiera cumplido el plazo. El Tribunal de Justicia respondió de un modo coherente con la doctrina de los efectos máximos: las normas contenidas en una directiva válidamente adoptada producen efectos desde su adopción y su integración en el ordenamiento jurídico comunitario: obligan a los Estados miembros a no adoptar normas contrarias, aunque les permiten no cumplir con la obligación de transponerlas al Derecho interno hasta que expire el plazo. Las normas de la directiva pueden derrotar a las normas internas incompatibles y son susceptibles de guiar la interpretación conforme de las disposiciones de Derecho interno. No crean obligaciones de adopción de normas de Derecho interno exigibles a los Estados miembros hasta el final del plazo, pero pueden perfectamente usarse como parámetro en el control de la validez de los actos adoptados por los órganos del Estado.

Las obligaciones que imponen las directivas a los Estados miembros pueden generar diversas situaciones que algunos autores califican como efectos de *sustitución* o efectos de *exclusión*, o incluso efectos *escondidos* o efectos *triangulares* o *incidentales* y que implican la posibilidad de invocar las normas de una directiva para derivar efectos sobre un particular. Quizá no se trate de la derivación de un derecho subjetivo, pero sí de efectos relacionados con los intereses legítimos que se derivan de las relaciones jurídicas previstas por dichas normas y por el hecho de que se trate de normas que son plenamente vigentes en el Derecho comunitario, aunque no puedan integrarse directamernte en el ordenamiento jurídico interno al no estr contenidas en un instrumento que tenga la capacidad de penetrar dicho ordenamiento[22].

Estas situaciones analizan las consecuencias normativas que se producen sobre las relaciones jurídicas en el Derecho interno cuando, como resultado de la entrada en escena de una norma contenida en una directiva, las normas de Derecho interno contenidas en legislación interna o en actos administrativos internos se invalidan de forma que los intereses de los particulares afectados por dichos actos o normas quedan afec-

---

[21] C-129/96 [1997] ECR I-7411.

[22] Refiriéndose a casos como S*mith & Nephew and Primecrown*, C-201/94 [1996] ECR I-5819; *CIA Security* v *Signalson y Securitel* C-194/94 [1996] ECR I-2201; *Luxembourg* v *Berthe Linster* e.a. [2000] ECR I-6917; *Lemmens* C-226/97 [1998] ECR I- 3711; *Unilever Italia SpA* v *Central Food SpA*, [2000] ECR I- 7535; *Wells* C-201/02, sentencia de 7 enero 2004 —algunos de estos asuntos implicaban relaciones contractuales otros no, pero todos ellos implicaban la intervención de las autoridades administrativas en el ejercicio de actividades económicas por particulares o la concesión de licencias, autorizaciones de distintos tipos— autores como A. AR-

tados: en algunos casos se derrota la norma interna y pasa a aplicarse la norma comunitaria y en otros casos no es posible que se aplique dicha norma al no poder penetrar el ordenamiento interno e imponer obligaciones, pero se elimina la norma interna interna que concede algún privilegio de forma contraria a Derecho comunitario. Como resultado de la operación de la norma comunitaria se puede activar una norma interna universal o individual distinta (efectos de sustitución) pero como hemos dicho, en otros casos puede ocurrir que la norma de Derecho comunitario derrote a la norma interna y ninguna otra norma de Derecho interno pase a regular la relación jurídica (efectos de exclusión). En estas situaciones, los efectos sobre los particulares son incidentales, tangenciales, colaterales o escondidos ya que no son los efectos declarados o visibles de las normas. Por eso también se les llama efectos indirectos o inversos. Los efectos de la norma N1 contenida en la directiva es en todos estos casos la derrota de la operación o en una lectura más fuerte la derrota de su existencia-validez de una norma N2 del ordenamiento jurídico interno con el resultado que la relación jurídica gobernada por N2 se altera o se transforma: a veces puede pasar a ser gobernada directamente por N1, otras veces no. Si esta situación puede llevar hasta anular en Derecho interno un contrato jurídico hasta entonces válido es una cuestión que afecta en realidad al Derecho interno y que deberá resolver según su Derecho de obligaciones y contratos, pero desde la perspectiva del Derecho comunitario, lo que sucede es sencillamente la operatividad o efectividad de sus propias normas que pueden derrotar a las internas sin necesariamente llevar a la declaración de su invalidez o inexistencia [23] sino simplemente a su inaplicación lo cual puede ocasionar una laguna o no, si entran en acción otras normas del Derecho interno, incluido sus principios, o si se interpretan de manera conforme.

Como apuntábamos más arriba, estamos tratando aquí con una derrotabilidad de los efectos de las normas, no tanto de una cuestión de jerarquía entre ordenamientos jurídicos. La derrotabilidad se relaciona así más con los efectos que en la soberanía, o la jerarquía, un término que el tribunal de Justicia ha evitado sistemáticamente en su jurisprudencia. Al dejar inaplicables en los casos concretos las normas incompatibles del Derecho interno se asegura la efectividad de las normas de Derecho comunitario. Para la norma de derecho interno, el resultado no tiene porqué ser ni la invalidez absoluta (inexistencia *ex tunc*) ni la anulación (invalidez *ex nunc* en la que algunos efectos pueden mantenerse), pero sí la inaplicación.

NULL, *op cit.* o S. WEATHERILL, 2006, *Cases and Materials on EU Law*, Oxford, usan estos términos. Véase también M. DOUGAN:, 2007, «When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy», 44 *Common Market Law Review.*

[23] G. SARTOR, 1995, «The Defeasibility of Legal Norms», in C. CIAMPI, F. SOCCI, G. TADDEI ELMI (eds), *Atti del V. Convegno InternazionaleI DG Verso un sistema esperto giuridico integrale, Firenze 1993*, Padova: Cedam.

# DOS DEBATES Y UNA PROPUESTA PARA LA DISTINCIÓN ENTRE NEGOCIAR Y ARGUMENTAR *

Raúl Calvo Soler[1]

*Universidad de Girona*

**RESUMEN**. El artículo desarrolla un concepto de negociación a partir de una específica combinación de modos, entendidos como formas de finalización de un conflicto, e instrumentos, concebidos como los recursos que pueden usar los actores para resolver un conflicto. También se considera la relación que media entre el concepto de negociación y los de argumentación y diálogo. Además, se analizan dos debates posibles en torno al concepto de negociación propuesto; el tema de la relación entre la negociación y los diferentes tipos de argumentación y el análisis de los supuestos de no negociabilidad.

**Palabras clave:** negociación, conflicto, argumentación, negociabilidad.

**ABSTRACT.** The article develops a concept of negotiation from a specific combination of modes, understood as forms of ending of a conflict, and instruments, conceived as the resources that the actors can use to solve a conflict. The relationship between the concept of negotiation and those of argumentation and dialog is also considered. In addition, the article analyzes two possible debates around the concept of negotiation proposed, as well as the relationship between negotiation and the different types of argumentation, and also the cases of non-negotiability.

**Keywords:** negotiation, conflict, argumentación, negotiability.

---

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

[1] Este trabajo ha sido posible gracias a la ayuda del proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia SEJ2004-07136-02/JURI.

El objetivo de este trabajo es presentar una propuesta conceptual de la negociación que permita distinguirla, por un lado, de otros procesos de resolución de conflictos como el diálogo o la deliberación y, por el otro lado, de uno de los instrumentos que pueden ser usados por los actores en estos procesos: la argumentación.

Esta propuesta conceptual apunta a su vez a dos objetivos ulteriores que sólo serán tangencialmente considerados en este trabajo: 1) establecer las implicaciones prácticas que se siguen de la utilización de un método u otro, esto es, definir a qué nos estamos comprometiendo al postular el desarrollo de un proceso de negociación o un proceso de diálogo en diferentes ámbitos, y 2) presentar un análisis comparativo respecto de las virtudes y defectos que ostentan cada uno de ellos en referencia a diferentes finalidades.

Sin embargo, antes de presentar esta propuesta creo conveniente realizar tres consideraciones con el objeto de aclarar el contexto en el que voy a desarrollar el análisis.

## 1. ARGUMENTACIÓN Y NEGOCIACIÓN

No es extraño que en los ámbitos en los que ha surgido la confrontación entre estos dos métodos suela contraponerse a la negociación la noción de «argumentación». En mi opinión, y por razones que desarrollaré más extensamente en este trabajo, esta contraposición puede conducir a ciertos equívocos en relación con dos categorías distintas. Por un lado, está el tema de los procesos o métodos que, siguiendo a VON WRIGHT, son hechos que se caracterizan por su continuidad[2] en el tiempo. A esta categoría pertenecen, en mi opinión, las nociones de negociación y diálogo. Pero, por el otro lado, están aquellos elementos que en el contexto de un proceso o método determinado son usados por los actores. Éste es el caso, por ejemplo, de la promesa, la amenaza, el compromiso, la advertencia y los argumentos.

Cuando se establece la contraposición entre argumentación y negociación surgen dos cuestiones problemáticas: en primer lugar, está la cuestión de en qué medida la noción de argumentación recepta adecuadamente el aspecto de continuidad de los procesos. Y, en segundo lugar, aparece la duda acerca de si se está distinguiendo claramente entre el tema del proceso y el de los elementos o instrumentos usados en él. Para evitar estas posibles confusiones plantearé mi análisis en referencia a la contraposición entre negociación y diálogo y dejaré el término de argumentación para referirme al plano de los elementos usados en un proceso.

## 2. NEGOCIACIÓN, DIÁLOGO Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

En mi opinión, cuando se pretende establecer un análisis comparativo entre estos dos métodos es importante tener en cuenta la diferencia de alcance o amplitud de cada uno de ellos. Creo que sea cual sea la definición que se proponga del proceso negocial ésta está

[2] G. H. VON WRIGHT, 1971: *Norma y acción*, Madrid: Tecnos, pp. 44 y 45.

ineludiblemente vinculada a la preexistencia de un conflicto, o dicho de otra manera, me resulta difícil de comprender la noción de negociación al margen de su consideración en términos de un método de solución de conflictos[3]. Por el contrario, creo que la caracterización de los procesos de diálogo y deliberación no está ineludiblemente vinculada al tema de la búsqueda de una solución del conflicto sino que puede ir más allá. Por ejemplo, para decirlo con la terminología de la teoría de juegos, y aunque seguidamente volveré con mayor detalle sobre las nociones de conflicto y de solución, creo que tiene perfecto sentido sostener la existencia de un proceso de diálogo en el contexto de un juego de pura coordinación[4]; podemos dialogar para tomar decisiones en escenarios no conflictivos.

Si se acepta esto, resulta importante que al caracterizar la noción de proceso de diálogo para un futuro desarrollo comparativo lo hagamos a partir del ámbito del proceso más específico, esto es, tomando en consideración las propiedades del diálogo relacionadas con su caracterización como un método de solución de conflictos. En caso contrario corremos el riesgo de asignar a éste proceso ciertas virtudes frente a las cuales el proceso de negociación no puede decir nada.

## 3. LA CARGA EMOTIVA NEGATIVA DE LA NEGOCIACIÓN

El debate entre el proceso de negociación y el de diálogo es, por momentos, un debate dispar. Esta disparidad viene dada fundamentalmente por la diferente carga emotiva con la que cuentan cada uno de estos términos; la negociación tiene una carga emotiva negativa, mientras que el diálogo cuenta con una carga emotiva positiva. Ahora bien, en mi opinión, el problema de la disparidad se plantea en tanto que esta carga emotiva, especialmente la referida a la negociación, pareciera ser suficiente como para que muchos autores, por no decir la mayoría, que han discutido sobre estas temáticas despachen la cuestión de la definición de la negociación y de los defectos de ésta con un mínimo de discusión. Por ejemplo, es curioso notar cómo en muchas de las publicaciones que presuponen la distinción conceptual entre negociación y diálogo hay una patente falta de referencias respecto de la importante literatura sobre la negociación como método de resolución de conflictos[5].

---

[3] Un ejemplo claro de que muchas veces el debate gira en torno a la cuestión de las decisiones colectivas y no estrictamente sobre las decisiones colectivas conflictivas puede verse en J. L. MARTÍ, 2006: *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid-Barcelona: Marcial Pons. El autor insiste con claridad, a partir del trabajo de ELSTER, en la reconstrucción del principio de negociación como un principio democrático de toma de decisiones (pp. 41 y ss.). La cuestión clave, y sobre la que insistiré en este trabajo, es si todas las virtudes atribuidas a la argumentación pueden seguir siendo sustentadas cuando ésta está referida en exclusividad al ámbito de las decisiones colectivas conflictivas.

[4] La teoría de juegos distingue tres clases de juegos: los juegos de puro conflicto, los juegos de pura coordinación y los juegos mixtos. Los juegos de puro conflicto, que incluirían como una subclase a los conocidos juegos de *suma cero*, se caracterizan porque los intereses de los jugadores son opuestos. Esta idea responde al enunciado «el aumento de la utilidad de un movimiento por parte de un jugador depende de la pérdida de utilidad por parte del otro u otros jugadores» o en otros términos «lo que uno gana lo pierde el otro y lo que el otro gana lo pierde uno». Por el contrario, los juegos de pura coordinación se caracterizan porque los intereses de los jugadores son comunes. Esto puede representarse mediante la idea de «siempre que yo gano ganas tú y siempre que yo pierdo pierdes tú». Finalmente, un juego es mixto si combina perfiles de juegos de puro conflicto y perfiles de pura coordinación.

[5] Un ejemplo paradigmático de este tipo de situaciones es la compilación de J. ELSTER, 2001: *La democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa. En diferentes artículos de esta compilación se hace referencia a la negocia-

Si vamos a caracterizar la negociación, me parece que será importante comprender cómo definen la negociación aquellos que la tienen como objeto de estudio, aunque sea como un presupuesto para posteriormente mostrar los problemas que plantea esa definición y proponer una alternativa. En caso contrario, creo que se corre el riesgo, como a veces parece ocurrir en este debate, de presentar una definición de negociación que ninguno de los investigadores que trabajan en este campo aceptaría y que suele ser una caricaturización que muestra la peor presentación posible del proceso negocial.

## 4. ALGUNOS ÁMBITOS DEL DEBATE

La confrontación entre los procesos negociales y los procesos de diálogo ha surgido en una pluralidad de ámbitos temáticos de entre los cuales quizás quepa resaltar los tres siguientes:

1. *El ámbito de los conflictos internacionales.* En este contexto se suele plantear la discusión en referencia a cuál es el mejor método para avanzar en la consecución de acuerdos que permitan a las partes superar la contienda.
2. *Procesos de paz con movimientos terroristas.* También en este espacio de discusión ha surgido la cuestión entre los dos procesos. En este segundo caso la clave del debate normalmente gira en torno a la legitimidad que cada uno de estos métodos otorga a un proceso de paz teniendo en cuenta los límites que impone la condición del Estado de Derecho.
3. *La democracia deliberativa.* En este último ámbito se suele encarar el problema de los mecanismos de toma de decisiones colectivas y la cuestión acerca de cuál de éstos potencia las características propias de los sistemas democráticos.

Hay una diferencia sustancial, que ya he mencionado con anterioridad, entre los dos primeros ámbitos y el último: el rol del conflicto. En los dos primeros se parte con absoluta claridad de la idea de conflicto y se consideran los dos procesos en términos de métodos de solución de estos conflictos. Sin embargo, en el tercero de estos ámbitos no siempre la distinción resulta clara. Como he sostenido anteriormente, en mi opinión no todo problema de decisión colectiva, que es normalmente el ámbito en el que desarrollar el debate de la democracia deliberativa, implica la existencia de un conflicto. Para evitar posibles confusiones comenzaré desarrollando las nociones de conflictos y de solución de conflictos en función de las cuales presentaré la distinción conceptual entre el proceso de negociación y el de diálogo.

## 5. CONFLICTO Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La caracterización de lo que ha de ser entendido por «conflicto» no es una cuestión sencilla. Diferentes teorías han puesto el acento en distintos rasgos para delimitar una

---

ción en términos negativos. A modo de ejemplo se relaciona la negociación con la manipulación (p. 18), la tergiversación de las preferencias (p. 19) o el contubernio (p. 20). Sin embargo, cabe resaltar que no hay en todo el libro una cita de algún texto vinculado con el estudio de los procesos negociales ni hay un mayor intento de los participantes en sustentar o defender estas afirmaciones.

definición de este fenómeno tan complejo. No es mi intención realizar aquí un análisis exhaustivo de las distintas categorías que han sido presentadas para dar cuenta del concepto de conflicto[6]. Centraré mi análisis en los aspectos que considero más relevantes.

El punto de partida que utilizaré para definir «conflicto» son las *relaciones sociales*[7], esto es, un comportamiento *recíproco* de dos o más individuos que orientan, comprenden y resuelven sus conductas *teniendo en cuenta* las de los demás, con lo que dan sentido a sus actos[8]. De esta idea me parece importante señalar dos aspectos:

1. *Comportamiento recíproco*. La idea de comportamiento recíproco hace referencia a la vinculación de las conductas de los sujetos. De esta manera, lo que el otro hace supone una afectación a lo que yo haré. Hablamos en este sentido de «comportamiento recíproco» en términos de interacción entre dos o más actores. Por supuesto, la cuestión que queda por dilucidar es el criterio definitorio de una situación de interacción. Volveré seguidamente sobre este aspecto.
2. *Tener en cuenta la conducta de los otros*. La idea de *tener en cuenta* parece apuntar, fundamentalmente, a la cuestión de la intencionalidad de las conductas. Puede ser que un determinado comportamiento afecte, de alguna manera, a un determinado actor. Pero, si esa afectación no fue realizada de forma intencional, no habrá interacción social. Por ejemplo, supóngase que choco mi auto con otro. Hasta aquí no hay interacción social y, por ende, no hay conflicto en tanto que la afectación entre las conductas se ha producido de forma fortuita. Ahora bien, cuando yo veo que el otro conductor sale del auto realizando gestos de desaprobación, puedo generar una interacción social si decido cómo actuaré a partir de cómo actuó el otro. Si por el contrario, salgo del coche sin observar al otro y mi acción no toma en cuenta la conducta (o potencial conducta) del otro conductor, no habrá interacción social entre nosotros[9].

De las diversas formas de agrupar las relaciones sociales, el criterio de la «incompatibilidad de objetivos» como definitorio de la interacción ha resultado especialmente prolífico. A partir de este criterio es posible diferenciar dos tipos de relaciones sociales: relaciones sociales donde los actores sustentan la consecución de objetivos que son compatibles y aquéllas en las que los objetivos son incompatibles:

1. *Relaciones sociales con objetivos compatibles.* Dos objetivos son compatibles cuando la satisfacción de uno de ellos por parte de un actor no afecta a la satisfacción del objetivo de otro actor. En adelante denominaré a este tipo como *relación social cooperativa* puesto que en estos casos no queda excluida la relación de cooperación entre actores.
2. *Relaciones sociales con objetivos incompatibles*. Dos objetivos son incompatibles cuando la satisfacción de uno de los objetivos de un actor supone la no satisfacción del objetivo del otro actor. En adelante denominaré a este tipo como *relación social conflictiva*.

---

[6] Puede verse un análisis pormenorizado de las diferentes teorías en J. A. SCHELLENBERG, 1996: *Conflict Resolution,* New York: State University of New York Press.

[7] Por todo véase J. FREUND, 1995: *Sociología de los conflictos*, Madrid: Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica.

[8] M. WEBER, 1992: *Economía y Sociedad,* México: Fondo de Cultura Económica. Trad. de José Media Echavarria.

[9] Sobre el tema de la intencionalidad en la definición de las relaciones sociales según la propuesta de WEBER véase la propuesta del autor así como los ejemplos utilizados. Por todo, M. WEBER, 1992: *Economía y Sociedad, op. cit.,* pp. 21 y ss.

En lo que sigue consideraré como conflicto una relación social en la que dos o más sujetos sustentan objetivos incompatibles o percibidos como incompatibles.

Una vez desarrollada la noción de «conflicto» que usaré en este trabajo es necesario analizar qué se entiende por «solucionar un conflicto».

Es un lugar común en el discurso de los conflictos que puede intervenirse en tres planos distintos: intervenir para prevenir, para gestionar o para solucionar conflictos. La distinción entre el primer supuesto y los otros dos es clara; en el primero el conflicto aún no ha aparecido y la intervención puede tener dos objetivos distintos: intervenir para corregir aquellos elementos que causarían el surgimiento del conflicto (evitar el conflicto) o intervenir para encauzar dichos elementos de forma tal que el conflicto surja de una manera controlada (conducir el conflicto). En el caso de la distinción entre gestión y solución la distinción es algo más controvertida. En principio, la intervención para gestionar supone que el conflicto ya ha surgido (existe la percepción de al menos uno de los actores de estar en un conflicto) pero incluye ciertos elementos que obstaculizan cualquier posible avance hacia su solución. Por ejemplo, uno de los actores no reconoce al otro como actor o ambos consideran que lo que está en juego es una cuestión de principios o valores que no puede ser resuelta. En este sentido, la gestión supone una intervención para conducir ciertos aspectos del conflicto hacia un estadio en el que sea posible iniciar la intervención en términos de resolución[10]. Finalmente, la intervención puede estar centrada en la solución del conflicto, esto es, en la búsqueda e identificación de aspectos que permitan la superación de la incompatibilidad y la configuración de un nuevo tipo de relación social entre las partes.

Una de las cuestiones que han animado el debate de las teorías de conflictos ha sido el referido a cuándo cabe considerar que un conflicto ha concluido. La historia de las relaciones, tanto internacionales como personales, está llena de casos en los que un conflicto surgido en un tiempo presente se encuentra directamente relacionado con algún conflicto de tiempos pasados. Esta vinculación se genera con independencia de la amplitud del lapso que media entre estos dos momentos. Por ejemplo, es un dato conocido que la firma del tratado de rendición de Francia durante la Segunda Guerra Mundial se realizó en el mismo vagón de tren, que fue expresamente transportado hasta París, en la que los franceses hicieron firmar a los alemanes la rendición en la Primera Guerra Mundial. No tratándose de una cuestión meramente estética, hasta qué punto se puede afirmar que en casos como éste estamos ante *el mismo* conflicto es una cuestión que no trataré en este trabajo. En cambio, sí me parece importante establecer algunas concreciones sobre el concepto de solución de un conflicto.

La idea de solución de un conflicto, si se acepta la definición de conflicto anteriormente presentada, está vinculada con la consecución de los objetivos por parte de alguno o de todos los actores implicados en él. En este sentido es importante señalar tres propiedades de esta noción de conclusión de un conflicto:

*a)* Esta noción no implica la consecución conjunta de los objetivos de todos los actores del conflicto; un conflicto puede concluir porque uno de los actores consiga su

[10] Puede verse un desarrollo específico sobre el tema de la gestión de conflictos en referencia al control de la escalada (proceso de aumento de la intensidad en los recursos que utilizan los actores del conflicto) en D. G. Pruitt y S. H. Kim, 2004: *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement*, Boston: Mac Graw Hill.

objetivo en detrimento del otro actor al carecer este último de recursos para mantener la defensa de su objetivo.

*b)* La noción de solución no requiere el mantenimiento de los objetivos por parte de los actores y acepta la posibilidad del cambio de éstos; un conflicto puede concluir por la modificación de los objetivos de uno o varios actores.

*c)* Un conflicto puede solucionarse por la eliminación de alguno de los elementos constitutivos (por ejemplo, la eliminación de uno de los actores del conflicto o la desaparición de aquello que es objeto del conflicto) en cuyo caso me referiré a esta situación como proceso de *disolución* del conflicto. O mediante la consecución de un acuerdo entre los actores sin que se haya producido la eliminación de alguno de estos elementos (por ejemplo, por la consecución de un acuerdo entre los actores). Me referiré a este último supuesto como caso de *resolución* del conflicto.

A partir de la combinación de estas tres características es posible establecer una clasificación de lo que se ha dado en llamar *modos de un conflicto*.

## 6. MODOS DEL CONFLICTO

Cuando se habla de los modos se está haciendo referencia al *tipo de resultado o a la forma como concluye el conflicto*. La clasificación más tradicional de los modos en que puede concluir un conflicto se limita a cuatro supuestos: 1) imposición; 2) retirada o desistimiento; 3) conversión o allanamiento, y 4) compromiso[11].

1. *Imposición*. Un conflicto termina por imposición cuando uno de los actores logra la consecución total de sus objetivos frente al otro actor, el cual ve frustrada la obtención de los suyos. La imposición supone entonces la prevalencia de los objetivos de una de las partes frente a los de la otra sin que el otro deje de considerarlos como objetivos (no hay modificación).

2. *Retirada o desistimiento*. Un conflicto termina por retirada cuando uno de los actores logra la consecución total de su objetivo frente al otro actor, que abandona la confrontación y la defensa de sus reclamaciones. En este segundo caso, y a diferencia de la imposición, la prevalencia de los objetivos de uno de los actores se produce porque el otro renuncia a la defensa de su objetivo, aunque no hay una modificación de éstos.

3. *Conversión o allanamiento.* Un conflicto termina por conversión cuando uno de los actores asume como suyos los objetivos defendidos por el otro actor. Este tercer caso se diferencia de los dos anteriores en el hecho de que desaparece uno de los objetivos incompatibles: el del sujeto que se allana o convierte. Especialmente, la diferencia con el caso del desistimiento es que la modificación de la situación no supone que el actor que se allanó siga defendiendo su objetivo.

4. *Compromiso*. Un conflicto termina por compromiso a partir del intercambio de concesiones entre los actores. La concesión es posible a partir de un conjunto de in-

[11] La caracterización que aquí presento de esta clasificación difiere de la que tradicionalmente se ha venido utilizando. El problema que plantea en mi opinión la propuesta tradicional es que construye los modos de forma no excluyente. Al introducir en la definición la no renuncia de la otra parte se salva este inconveniente. Para una visión de la forma clásica de presentar estas categorías véase R. ENTELMAN, 2001: *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona: Gedisa.

dividualizaciones diferentes de un mismo objetivo genérico. Por ejemplo, si mi objetivo es comprar una casa por no más de 200.000 euros, la concesión se produce cuando frente a una primera oferta de 150.000 euros estoy dispuesto a pagar 160.000.

Ahora bien, una cuestión sobre la que han insistido los autores que trabajan sobre el conflicto es la de si cabe establecer algún tipo de relación entre los modos de finalización de un conflicto y los métodos de resolución. En este trabajo defenderé que efectivamente existe esta relación y, además, que ésta es de carácter conceptual, esto es, que un elemento definitorio de los diferentes métodos de solución de un conflicto es el modo o modos a los que conducen la utilización de cada uno de ellos.

Pero, para poder completar el conjunto de elementos que conforman la definición de un método de solución de conflictos es necesario introducir un segundo elemento: los instrumentos.

## 7. INSTRUMENTOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Entiendo por instrumentos de la solución de un conflicto al conjunto de recursos que las partes pueden utilizar para conseguir sus objetivos. Los ejemplos de instrumentos en la solución de un conflicto son múltiples y variados y van desde el armamento, pasando por las promesas, los compromisos, las advertencias y las amenazas, hasta llegar a los argumentos.

Sin embargo, dentro del amplio abanico de posibles instrumentos hay dos que, en lo que aquí interesa, conforman dos referencias clásicas cuando nos referimos al tema del diálogo y de la negociación: las amenazas y la argumentación. Veamos someramente cada uno de ellos.

La amenaza es un instrumento de tipo coactivo que pretende condicionar la decisión del interlocutor a partir de un cálculo fundamentado exclusivamente en el análisis de costos y beneficios. La idea del sujeto que emite la amenaza es la siguiente: la propuesta de solución del conflicto respaldada en este elemento coactivo tiene sentido para el otro actor en tanto que el costo que para él significará que se cumpla la amenaza es mayor que el beneficio de rechazar la oferta de solución que se le realiza.

Lo relevante para entender el funcionamiento de este instrumento es que la amenaza actúa con independencia de las razones que puedan darse *a favor de la aceptación de la propuesta*. En este sentido, es irrelevante si el sujeto que amenaza tiene buenos argumentos para respaldar la idoneidad de su propuesta; se puede emitir una amenaza aunque no haya ninguna razón que justifique o explique por qué es interesante la propuesta como una forma de finalizar con el conflicto. Dicho en otros términos, la fuerza de la propuesta se agota en los costos que traería aparejados el cumplimiento de la amenaza.

Por su parte, los argumentos, en tanto que un instrumento para la resolución de conflictos, pretenden producir una reflexión en el interlocutor; se trata de explicar o justificar la propuesta que se hace. Las razones funcionan, en el contexto de la solución de conflictos, como fundamentos acerca de la idoneidad de la propuesta como un marco de superación de la controversia.

Así planteada, la distinción entre argumentos y amenazas radica en que mientras que las primeras están relacionadas (a favor o en contra) con el contenido específico de la solución del conflicto, las segundas, con ser relevantes para entender la dinámica de solución del conflicto, carecen de referencia en lo que hace propiamente a su contenido[12].

Aunque volveré posteriormente sobre algunas cuestiones vinculadas con el tema de la relación entre argumentación, amenazas y negociación creo que es posible con estos elementos presentar dónde radica la diferencia entre los procesos de negociación y de diálogo.

## 8. LA DEFINICIÓN DEL MÉTODO

En lo que sigue voy a considerar la definición del método de la negociación en términos de una específica combinación de modos e instrumentos.

En líneas generales podría decirse que las característica que mayoritariamente los investigadores de este ámbito le atribuimos a la negociación son tres: *a*) es un método cuyo objetivo es la expectativa de encontrar una solución para un conflicto; *b*) en el que tiene sentido el uso de los instrumentos de corte coactivo (la amenaza, el compromiso, la advertencia) que operan más allá del contenido de la solución, y c) en donde el valor de la solución pasa únicamente por la voluntad de los actores[13]. Veamos cada una de estas propiedades.

### 8.1. La expectativa de solución del conflicto

En primer lugar, en una negociación las partes implicadas tienen una *expectativa*, más o menos fundada, de que el proceso les conducirá a un escenario en el que podrán superar el conflicto. Por supuesto, esta expectativa puede fallar y el proceso concluir sin que se haya modificado la situación conflictiva. En estos casos diremos que la negociación ha fracasado.

Esta primera característica se utiliza para distinguir lo que sería un proceso de negociación propiamente dicho de los casos en los que los actores acuden al proceso simplemente por razones estratégicas; para saber qué información tiene el otro, para dilatar en el tiempo el proceso judicial, para disuadir al otro de que inicie un juicio, etcétera.

---

[12] Ahora bien, hay otro instrumentos que en él ámbito de la solución de conflictos parecen constituir una categoría intermedia entre la amenaza y la argumentación: las advertencias. Por ejemplo, supongamos que un acreedor sostiene algo como lo siguiente: «si no me pagas ahora el 70 por 100 de la deuda, no podré seguir produciendo en la cantidad que lo he hecho hasta ahora porque necesito ese dinero y tendré que dejar de suministrarte productos». ¿Es esto una amenaza o un argumento? No me ocuparé aquí de esta cuestión ya que a los efectos de este desarrollo no es relevante.

[13] Hay una cuarta propiedad que suele introducirse a la hora de definir la negociación: no hay ningún tercero que intervenga en el proceso, esto es, alguien que no es un actor o representante de un actor del conflicto. En todo caso ésta es común al diálogo así que no será aquí considerada.

### 8.2. El uso de las amenazas

Prácticamente la totalidad de modelos de negociación y de autores que discuten en torno a este método aceptan como un elemento indefectiblemente vinculado al proceso negocial el uso de instrumentos coactivos, como por ejemplo la amenaza. Ahora bien, me parece que no hay que confundir el reconocimiento del rol que juegan las amenazas en el proceso de negociación con: 1) la afirmación según la cual la ausencia de amenazas indefectiblemente niega la condición de negociación al proceso, y 2) la afirmación según la cual no es posible el uso de argumentos en el contexto negocial.

Lo que aquí sostengo es que la identificación del proceso negocial depende de una actitud interna de los actores conforme a la cual tiene sentido el uso de estas tácticas coactivas en el proceso. Si alguien está interactuando para solucionar un conflicto y no acepta la posibilidad de usar las amenazas, entonces no está negociando. Pero esto no dice nada acerca de la posibilidad de que dos actores negocien, lleguen a un acuerdo y finalicen el conflicto sin que *de hecho* hayan efectivizado las amenazas que estaban dispuestos a usar.

Un ejemplo característico de procesos negociales en los que no hay efectivización de las amenazas son las *negociaciones de una tirada*. En este tipo de negociaciones lo que suele ocurrir es que la oferta de uno de los negociadores supera con creces las expectativas iniciales del otro negociador. En este punto, una fuerte animadversión al riesgo, por ejemplo, puede conducir a la aceptación de la oferta sin que concurran amenaza o argumentación alguna.

Tampoco el reconocimiento del rol de la amenaza en los procesos negociales dice nada acerca de la ausencia del uso de los argumentos en la negociación. El rol de la argumentación en los contextos negociales ha adquirido una gran trascendencia en lo referente al ámbito del regateo. En este sentido, resulta ilustrativa la distinción entre ofertas y propuestas. Se entiende por *oferta* a una potencial solución del conflicto expresada por uno de los negociadores. Por ejemplo, pagar en dos meses el 100 por 100 de la deuda, establecer un régimen de visitas para los fines de semana o la entrega del armamento del que dispone un país. La aceptación de una oferta por parte del otro negociador implica automáticamente la constitución de un acuerdo que supone la resolución total o parcial del conflicto. Por su parte, se entiende por *propuesta* a una oferta que incluye la totalidad de premisas que la explican o justifican. Por ejemplo, pagar en dos meses el 100 por 100 de la deuda porque el ciclo de mi negocio requiere de ese tiempo para poder cancelar la deuda.

Los casos en los que concurre la argumentación en una negociación pueden ser de dos tipos: en primer lugar, está el caso en que uno de los dos negociadores presenta una propuesta en la mesa de negociación. En segundo lugar, está el caso en que habiendo realizado el negociador una oferta se le reclama la explicitación de las premisas explicativas y/o justificativas de dicha oferta, es decir, la conversión de la oferta en una propuesta.

Si se acepta esto, entonces la relación entre instrumento y método puede ser resumida de la siguiente manera:

1. Es condición necesaria para la negociación la actitud interna respecto al sentido que tiene el uso de la amenaza en el proceso de resolución.

2. No es condición necesaria para referirnos a la negociación la ausencia del uso de argumentos.

Por supuesto, un caso extremo de procesos negociales son aquellos en los que la amenaza no se efectiviza ni hay argumentos entre las partes. El ejemplo paradigmático de este tipo de situaciones son las denominadas *negociaciones tácitas*, esto es, «...aquella en la que la comunicación es incompleta o imposible...»[14].

Ahora bien, llegado este punto surgen dos cuestiones que considero relevantes en la medida en que pueden condicionar lo hasta aquí desarrollado: el tema de los tipos de argumentación y la cuestión de lo no negociable.

La primera de estas cuestiones creo que puede ser planteada en los siguientes términos: si bien es cierto que en los procesos negociales puede concurrir la argumentación, es necesario acotar que ésta tiene características diferenciales respecto de la argumentación que se da en el plano de otros métodos, como por ejemplo el diálogo. La diferencia sustancial entre ambos tipos de argumentación radica en la actitud de aquel que ofrece los argumentos. En la negociación la actitud interna de quien ofrece razones es siempre de corte egoísta (no imparcial), sus argumentos aunque externamente puedan parecer imparciales, responden a un único parámetro: la búsqueda de la satisfacción de sus propios intereses[15]. Por el contrario, cuando la argumentación se da en otros ámbitos el conjunto de razones ofrecidas responde, en la actitud interna, a un esquema de imparcialidad.

El problema fundamental que plantea una objeción de estas características es el concepto de «imparcialidad» que se utiliza[16]. En mi opinión en este contexto caben tres posibles interpretaciones de la noción de imparcialidad.

La primera posibilidad es sostener que la ausencia de imparcialidad significa que cada actor construye sus ofertas para la resolución del conflicto sin tener en cuenta los intereses de la otra parte. Si es ésta la noción de imparcialidad que se está manteniendo, me parece que la crítica no se sostiene. Muchos modelos de negociación[17] incorporan un conjunto de metodologías (empatía, cambio de roles, búsqueda de criterios externos, escucha activa) cuyo último objetivo es la presentación de propuestas que recepten los intereses de todas las partes participantes en el conflicto. En este sentido, un detentador de los modelos de negociación basados en estos requisitos procederá, en el aspecto externo, a construir propuestas sustentadas en razones que recepten los intereses de ambas partes, y, en el aspecto interno, lo hará en la medida en que concibe al proceso negocial como una búsqueda de la mejor solución para ambas partes. Por

---

[14] Para un desarrollo pormenorizado de este tipo de negociaciones véase Th. SCHELLING, 1971: *La estrategia del conflicto*, Madrid: Tecnos, pp. 71 y ss.

[15] Creo que una excelente presentación de este tipo de objeciones es la presentada por Cristina REDONDO en un artículo no publicado titulado «Sobre la fuerza civilizadora de la argumentación estratégica». En este artículo puede leerse: «Desde este punto de vista, cabe distinguir entre quien ofrece razones imparciales con la actitud interna típica de quien negocia (buscando satisfacer intereses egoístas) y quien lo hace con una actitud que mira a la comprensión y que está dispuesto a aceptar la conclusión avalada por las mejores razones» (p. 3)

[16] En el citado artículo de Cristina REDONDO se reconoce la problemática que plantea la definición del requisito de imparcialidad.

[17] Existe una importantísima bibliografía en este sentido pero a modo de ejemplo puede citarse URY, BRETT y GOLBERG, 1988: *Getting Disputes Resolved,* San Francisco: Jossey-Bass.

supuesto, es posible que algunos negociadores pretendan sacar partido participando de estos procesos mediante un planteamiento puramente hipócrita, sin la convicción que requiere el aspecto interno. Pero, esto es contingente y en todo caso nada dice acerca de si la negociación puede receptar o no este tipo de argumentación[18].

Una segunda forma de reconstruir la imparcialidad sería la siguiente: que las razones sean imparciales quiere decir que los actores (internamente) sustentan argumentos motivados por la búsqueda de una solución que es independiente a los intereses *de las partes que conforman el conflicto*, esto es, hay intereses fuera del conflicto que de ser la argumentación imparcial deberían incorporarse al discurso de la solución. Si es ésta la interpretación de la imparcialidad creo que cabría aceptar que la negociación presupone y está limitada por el juego de los intereses que efectivamente concurren en el conflicto. Para decirlo en el caso extremo no tiene sentido postular conceptualmente como proceso negocial un ámbito en el que las partes buscan soluciones a un conflicto con independencia de los intereses que conforman.

Sin embargo, creo que el reconocimiento de este punto importa en realidad una consideración menor de lo que a primera vista pudiera parecer en lo referente al rol y trascendencia del método negocial. Esto es así porque creo que hay un punto en el que ambas nociones pueden colapsar.

Partamos de la aceptación de que en los procesos de negociación es posible construir propuestas de solución sustentadas en argumentos que consideran relevante, tanto externa como internamente, que ésta recepte todos los intereses implicados en el proceso. Pues bien, si esto es así, la posibilidad de que la argumentación sea imparcial en el segundo de los sentidos dependerá simplemente de que todos los intereses empíricamente dados estén receptados en el conflicto. En este sentido, la argumentación en la negociación vulnerará el reclamo de imparcialidad sólo en aquellos casos en que existan intereses que no estén adecuadamente incorporados en el escenario conflictivo. Por lo tanto, en el proceso negocial habrá casos de argumentación imparcial y casos de argumentación no imparcial.

Lo que en todo caso sí me parece aceptable de esta disquisición es que en aquellos supuestos en los que ciertos intereses queden fuera del halo del conflicto, la negociación, en tanto que un método de solución, no *exigirá* su incorporación a los efectos de evaluar la adecuada o pertinente finalización del conflicto.

Hay finalmente una tercera posibilidad de establecer la imparcialidad; un argumento es imparcial cuando es independiente de cualquier interés sea que éste concurra o no en el conflicto. Si es esto lo que se está sosteniendo me parece que también cabría aceptar la matización; en el proceso negocial la idea de solución y de valoración de la solución está condicionada por los intereses de los actores (de las partes o de terceros).

Pero, una propuesta de estas características creo que exige, al menos, la respuesta a dos preguntas por parte de aquellos que la sostienen; si se mantiene la caracterización de la negociación como un método de solución de conflictos, sería necesario

[18] Ya he defendido en otro lugar que este tipo de consideraciones sólo puede ser defendido a partir de una caricaturización de los procesos de negociación. Por todo véase «Entre ángeles y demonios anda el juego», en www.latrama.com.

identificar, por un lado, ¿qué noción de conflicto sostiene una propuesta como la anteriormente expresada? Y, por el otro lado, ¿a qué le estamos llamando solución del conflicto? Sinceramente, no tengo claro que una respuesta a estas cuestiones no vaya en detrimento de la caracterización de la negociación como un método de solución de conflictos.

La segunda de las cuestiones que condiciona el alcance de la caracterización del proceso negocial podría ser planteada en los siguientes términos: aunque se aceptase que en el proceso de negociación cabe el uso de argumentos existen una cantidad de elementos que pueden ser relevantes para la solución de un conflicto que no son susceptibles de una solución negociada. En este sentido, habría un ámbito para la argumentación que necesariamente excluiría a la negociación entre las partes; dicho de otra manera, cuando las partes tienen un conflicto en estos ámbitos no pueden negociar.

Una forma tradicional de establecer la cuestión de lo no negociable ha sido tomar en consideración ciertas propiedades de las conclusiones del argumento en cuestión. Por ejemplo, un autor como ELSTER sostiene que no se puede negociar sobre cuestiones de hecho «...de la misma manera que uno no puede negociar sobre el clima...» [19].

Ahora bien, me parece que esta intuitiva afirmación de ELSTER requiere un análisis más detallado. ¿Qué quiere decir que no se puede negociar sobre el clima? En mi opinión, caben cuatro respuestas posibles a esta cuestión:

1. No se puede negociar sobre el clima porque no es posible un conflicto sobre el clima, en el sentido anteriormente expresado; la producción de la lluvia, del sol o de la niebla no depende de nuestras acciones con lo que difícilmente puede darse una situación de interacción entre los actores. Pero lo que sí se puede hacer es argumentar en referencia a la producción de estos fenómenos atmosféricos.

Es importante señalar que, al menos en lo referente al clima, esta imposibilidad es fundamentalmente técnica (ni lógica, ni física). En el mismo momento en que esto sea posible podremos considerar al clima como objeto de una negociación, si es que, en algún sentido no estamos ya en ese momento en el que el hombre puede, si no controlar, al menos condicionar con sus acciones el clima.

Más allá de la cuestión del clima me parece que lo que sí cabe reconocer es que no es posible una negociación en los casos en los que la satisfacción de los objetivos de uno de los actores no depende de las acciones del otro actor. Por ejemplo, yo no puedo negociar la venta de la empresa Coca-Cola si esto no depende de mis acciones. Por supuesto, el término «dependencia» puede plantear casos difíciles en los que tengamos problemas para saber si un determinado estado de cosas del mundo depende o no de mis acciones. Pero no me ocuparé aquí de esta cuestión.

2. Una segunda forma de entender la idea de «no negociabilidad del clima» es pensar que lo que no es susceptible de negociación es el valor de verdad del enunciado referido al clima, es decir, no tiene sentido afirmar que vamos a negociar «si el enun-

[19] J. ELSTER, 1995: «Strategic Uses of Argument», en ARROW, MNOOKIN, ROSS, TVERSKY y WILSON (eds.), *Barriers to Conflict Resolution*, New York: Norton, p. 238 (la traducción es mía).

ciado "está lloviendo" es verdadero o falso», aunque sí tendría pleno sentido argumentar respecto a esta cuestión[20].

Es importante señalar que si bien la razón de la no negociabilidad en ambos casos es la misma (la no disponibilidad), existen diferencias sustanciales entre ambos supuestos. Por ejemplo, supongamos que contamos con una máquina que nos permite producir lluvia. En este caso, puedo negociar la producción de ese fenómeno atmosférico. Pero lo que sigo sin poder negociar es el valor de verdad del enunciado. Creo que esto es así, por razones conceptuales, es decir, la noción de la verdad como correspondencia implica la no disponibilidad.

3. La tercera forma de interpretar la frase «uno no puede negociar sobre el clima» pondría el acento en el tema de las creencias; de esta manera diríamos que no es negociable mi creencia acerca de si está lloviendo.

Cabe resaltar la distinción que media entre la afirmación según la cual «la verdad de cierto enunciado no es negociable» de la afirmación acerca de la «no negociabilidad de las creencias en referencia a cierto hecho». Basta para ello admitir que el enunciado «cierto sujeto tiene razones para creer que es verdadero un hecho falso» tiene perfecto sentido. Por ejemplo, «Juan puede tener razones para creer que ayer llovió» y ser falso el enunciado «ayer llovió». Y esto con independencia de que la razón para sostener la no negociabilidad de las creencias vuelva a ser la misma; su no disponibilidad por parte del sujeto.

En un artículo titulado «Bargaining over Beliefs», GOODIN y BRENNAN[21] han propuesto un modelo de negociación sobre creencias. La idea de estos autores es que el cambio de creencias está basado, generalmente, en la persuasión, es decir, en el proceso argumentativo. En estos contextos existen dos formas generales de modificar, condicionar o pulir las creencias de un individuo; mediante la aportación de nueva información disponible o mediante la técnica de ensayo-error. Sin embargo, a veces esto no es posible o los costos de este proceso son tan elevados que lo hacen irracional.

Un caso especial de este tipo de situaciones son los problemas en los que un conjunto de individuos tienen un fin común que sólo puede conseguirse si todos utilizan el mismo medio. Sin embargo, estos individuos discrepan acerca de cuál es el mejor medio para alcanzar dicho fin. Además, los costos de unificar dichas creencias (percepciones) son tan elevados que ponen en peligro la consecución del objetivo preferido por todos («convergencia interrumpida»)[22].

---

[20] Por supuesto, aquí se presupone una determinada noción de verdad (verdad como correspondencia) pero no es claro que esto sea igual para otras nociones de verdad, por ejemplo, la verdad como convención. De todas maneras no me ocuparé aquí de las otras nociones de verdad.

[21] GOODIN y BRENNAN, 2001: «Bargaining over Beliefs», en *Ethics*, vol. 111, n.º 2, pp. 256 y ss.

[22] Es importante no confundir lo que es un juego de cooperación (como el que presentan estos autores) con lo que es un juego de pura coordinación al que me he referido con anterioridad. La diferencia sustancial es que en los juegos de pura coordinación los sujetos son indiferentes respecto de las alternativas y respecto del modo de resolver la coordinación de éstas. Por el contrario, en los juegos cooperativos hay algún elemento en donde no es que haya indiferencia sino que hay un problema en referencia a la ordenación, en el caso de los autores, respecto de los medios de elección. En este sentido, un juego de pura coordinación excluye la noción de conflicto mientras que un juego cooperativo no.

La idea que proponen estos autores es que en los casos de «convergencia interrumpida» la disputa sobre creencias puede ser resuelta mediante la negociación. En estos casos el acuerdo se produce, no en referencia a cuál es la creencia correcta, sino respecto a qué harán y por qué lo harán. El objeto del acuerdo en estos casos consiste, según GOODIN y BRENNAN, en tratar ciertas proposiciones «como si fuesen verdaderas» en referencia a una específica propuesta.

Sin embargo, creo que la propuesta de estos autores es incorrecta en la medida en que este planteamiento acerca de la negociabilidad de las creencias confunde, para decirlo rápidamente, la creencia con su aceptación, es decir, se confunde el enunciado «creo que ayer llovió» con el enunciado «aceptaré que ayer llovió». Si esto es así, creo que no cabe la negociación sobre las creencias. Ahora bien, lo que me parece interesante de la propuesta de estos autores es que ponen sobre la mesa una cuarta forma de analizar la afirmación de ELSTER.

4. Un cuarto, y último, ámbito de análisis de la negociabilidad es el tema de la aceptación. En lo que aquí interesa la característica más importante de la aceptación, frente a la creencia o a la verdad de un enunciado, es que ésta sí que es disponible, es decir, la aceptación es el resultado de una decisión. Siguiendo una ya clásica definición presentada por Jonathan COHEN, entenderé por aceptación «...de una proposición *p* un estado mental consistente en tener o adoptar la política de usar *p* en el razonamiento en algunos o en todos los contextos...»[23].

Si admitimos esta definición, entonces negociar la aceptación de una proposición es negociar la política de usar dicha proposición en el razonamiento, esto es, en aquellas argumentaciones que se generan en el contexto de una negociación.

Podemos resumir lo hasta aquí dicho, pero ahora en referencia a las cuestiones de hecho de la siguiente forma:

1. No son susceptibles de negociación ni la verdad de un enunciado ni su creencia.
2. Una forma débil de entender la negociabilidad de una «cuestión de hecho» es vincularla con la negociabilidad de las acciones que pueden producir o condicionar ese hecho. Por ejemplo, siguiendo con ELSTER no sería negociable la tasa esperada de la inflación pero puedo negociar las acciones que condicionan o fijan dicha tasa.
3. Una segunda forma de entender la negociabilidad de una «cuestión de hecho» es relacionarla con la negociabilidad de la aceptación de una proposición. Volviendo sobre el mismo ejemplo, no es posible negociar la tasa pero sí es posible negociar la aceptación de la tasa esperada de inflación.

Me parece que es interesante resaltar que todos aquellos aspectos que quedan fuera de la negociación están vinculados con la «no disponibilidad» por parte del sujeto respecto a su conformación: ni los hechos, ni la verdad de los hechos, ni las creencias acerca de los hechos son elementos que puedan ser objeto de decisión por parte de un actor. Pero, si esto es así, entonces tampoco cabe sustentar la noción de conflicto, o al menos la noción que aquí he presentado en referencia a ellos. Esto concluye en mi opinión en la siguiente idea: no cabe predicar la negociación de estos elementos porque no hay posibilidad de dar cuenta de un conflicto de estos elementos. Puede haber discu-

[23] L. J. COHEN, 1989: «Belief and Acceptance», en *Mind,* vol. XCVIII, n.º 391, p. 368.

siones, disputas, disparidad de opiniones u otros elementos controvertibles[24] pero lo que no cabrá es la concurrencia de un conflicto.

Si esto es así, cabría entonces que aquellos que ponderan a la negociación negativamente porque excluyen estos ámbitos presenten una noción de conflicto y de solución de conflictos que permita considerar esta discusión.

Pero además, hay una segunda cuestión que me parece relevante vinculada con la introducción del elemento de la aceptación como un aspecto negociable. No es extraño que en diferentes ámbitos se sostenga que hay un *prius lógico* de los procesos deliberativos o de diálogo frente a los procesos negociales. Pero si se incorpora la idea de que es posible negociar la aceptación de una proposición en el razonamiento, entonces cabría pensar en diferentes conflictos (como el ejemplo de GOODIN y BRENAN) donde la negociación puede funcionar previamente a la utilización de otros métodos de solución de conflictos; negociamos qué es lo que vamos a aceptar en el discurso y una vez hecho esto podemos avanzar en el contexto de otras metodologías[25].

### 8.3. Los modos en la negociación

Fuera del ámbito más especializado no es extraño hallar consideraciones que parecen reforzar la idea según la cual el único modo posible para un proceso de negociación es el compromiso. En este sentido, se defiende que todo proceso negociador, así como todos los objetivos de una negociación, concluyen o en la falta de una solución o en una solución que es necesaria y exclusivamente un resultado por compromiso, es decir, un resultado a partir de las concesiones recíprocas de los participantes.

Sin embargo, en mi opinión no es claro que la negociación excluya el resto de modos anteriormente señalados. Veamos esto con mayor detalle.

He indicado anteriormente que existen cuatro modos de finalización de un conflicto: la imposición, el desistimiento, la conversión y el compromiso. De estos cuatro modos considero que los tres últimos no resultan problemáticos en su relación con la negociación.

*Compromiso:* el compromiso es ciertamente uno de los modos tradicionales de resolución de conflictos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la trascendencia de este modo está muy vinculada con el tema de los modelos negociales al uso y en especial con el denominado modelo distributivo de negociación. Creo que algunas ideas generales servirán para entender mejor esta relación que algunos han considerado casi conceptual.

Las características primordiales de la propuesta distributiva de negociación son dos: por un lado, limita cualquier resolución a la definición del conflicto *tal y como las partes lo presentan*. Este límite se concreta fundamentalmente en dos elementos: *a)* los ob-

---

[24] Puede verse una interesante discusión respecto de la diferencia entre estos conceptos en B. S. MAYER, 2004: *Beyond Neutrality. Confronting the Crisis in Conflict Resolution,* San Francisco: Jossey-Bass.

[25] Ya he defendido en otro lugar las ventajas que tiene esta estructura (negociación-diálogo) en referencia con un proceso de paz con una banda terrorista. Véase R. CALVO SOLER, 2006: *La negociación con ETA. Entre la confusión y los prejuicios,* Barcelona: Gedisa.

jetivos de los actores, y *b)* el objeto del conflicto. Y, por el otro lado, la propuesta de resolución sólo intentará fijar qué porcentaje de objeto o atributo corresponderá a cada uno de los actores según los objetivos por ellos expresados. El negociador no intenta redefinir la relación social entre los actores, ni establecer una ampliación de aquello que es objeto del conflicto a los efectos de procurar una plena satisfacción de los objetivos de cada actor.

Un ejemplo servirá para mostrar cómo funciona el elemento distributivo y el modo de compromiso en la negociación. Dos socios discuten por los beneficios generados en su empresa y por la cantidad que le corresponde a cada uno de ellos. Supóngase que los beneficios a repartir son de 5.000 euros. En este punto pueden pasar dos cosas: *a)* que cada actor defina su objetivo exclusivamente en términos de maximizar su beneficio en detrimento de la cantidad que le corresponde al otro actor («cuanto más se quede el otro menos me quedaré yo y viceversa»), o *b)* que cada actor defina su objetivo en términos de una distribución de la cantidad de objeto según algún criterio que ella defiende.

Este tipo de ejemplos paradigmáticos de la negociación potencia la idea de que el proceso negocial está vinculado con la solución por compromiso. Pero en la negociación también tienen su lugar otros modos.

*Desistimiento:* el desistimiento también puede formar parte de los modos de finalización del conflicto por el método negocial. Un ejemplo paradigmático sería la utilización de las promesas como un mecanismo para que el otro actor desista en la defensa de sus objetivos. Ahora bien, es importante recordar que, como indiqué anteriormente, el desistimiento no implica una modificación de los objetivos por parte del actor que desiste. En este caso uno de los negociadores cede en la defensa de éstos. Por ejemplo, supongamos un conflicto entre un padre y su hijo por la hora de llegada a casa. El hijo decide llegar a la hora que el padre le ha dicho porque le ha prometido que le comprará una moto si cumple con los horarios de llegada a casa. La muestra de que el objetivo del hijo de «llegar más tarde a casa» no ha cambiado es que si el padre retirase su promesa o si, simplemente, no la vinculase al tema del horario de llegada a casa, él llegaría más tarde. Éste es el punto de diferencia con la conversión.

*Conversión:* si acepta como he sostenido anteriormente que la argumentación tiene o puede tener un lugar en el contexto de los procesos negociales, el ejemplo paradigmático de este modo de finalización sería el caso en que la propuesta (razones + oferta) convence al otro actor. El conflicto finaliza porque la modificación de los objetivos de uno de ellos supone la desaparición de la incompatibilidad entre ellos.

Ahora bien, quizás el tema más complejo a la hora de identificar los modos de finalización de un conflicto mediante un proceso de negociación es la cuestión de la imposición. En mi opinión, y en coherencia con la noción de negociación que he defendido en este trabajo, es posible vincular la noción de negociación a la de imposición. Creo que negar esto sería tanto como pensar que cuando uno negocia la compra de un piso debe estar dispuesto a comprometerse (a establecer concesiones) con todo lo que proponga el vendedor. Cuando se negocia cabe la posibilidad de imponer, y de hecho generalmente lo hacemos, ciertos elementos que han de ser aceptados por el otro actor. La inclusión en el concepto de negociación de los instrumentos de presión, como por ejemplo las amenazas, apunta precisamente a este aspecto posible de todo proceso ne-

gociador. En este sentido, creo que no sería intuitivo negar la existencia de una negociación porque el vendedor impuso, mediante una amenaza, la condición de que el pago fuese en efectivo, o porque el padre amenazó con que a partir de cierta hora el hijo debería volver en taxi.

Lo único que, en mi opinión, requeriría una negociación es que todos los actores admitan la existencia de algunos puntos que, dentro de la mesa de negociación, no podrán ser resueltos mediante la imposición, el desistimiento o la conversión. Por ejemplo, no habría negociación si el vendedor presenta un contrato cerrado en el que no es posible modificar ninguno de los elementos que lo conforman o si el hijo desiste en todas y cada una de las condiciones del conflicto por la hora de llegada a casa. Tampoco creo que hubiese negociación, como señalé anteriormente, si todo lo que quiere hacer el vendedor es convencer a su cliente de lo bueno que es su producto y no considera posible la utilización de las amenazas, promesas u otros recursos. Pero todo esto es distinto a afirmar que negociar implica asumir que todas las cuestiones o aspectos del conflicto han de ser objeto de concesiones.

Podemos expresar estas ideas en los siguientes términos:

1. Es condición necesaria para hablar de negociación el modo del compromiso (concesión).
2. No es condición suficiente para negar la existencia de un proceso de negociación que haya imposición, desistimiento o conversión.

En este sentido, podemos negociar mientras que imponemos, desistimos o nos convertimos durante el proceso. Por supuesto que, en el juego negociador, también es posible oponerse a las reclamaciones sustentadas en estos tres modos de finalización del conflicto. Pero eso es parte del proceso de negociación.

Creo que la razón de que esto funcione es que la negociación opera sobre las voluntades de los actores como único sustento de la solución del conflicto. Y, por esta razón, la inclusión de la imposición, del desistimiento o de la conversión, junto con la ineludible concesión, no impide el proceso negociador.

# UN DILEMA EN TORNO A LA NATURALEZA DE LAS NORMAS*

Ricardo Caracciolo

*Universidad Nacional de Córdoba*

**RESUMEN.** En la actual literatura filosófica se aceptan de manera generalizada un conjunto de ideas relativas a la naturaleza de las normas, a la vez que se admite una cierta concepción de la acción que se origina en HUME. Estas ideas se pueden expresar en una serie de proposiciones notoriamente plausibles. En especial, la afirmación según la cual las normas —y los deberes constituidos por normas— son objetivos en un definido sentido, y la tesis de que el concepto de «norma» implica la posibilidad de cumplimiento y, también, de incumplimiento de los requerimientos normativos. El problema es que se puede mostrar que esas proposiciones no se pueden sostener simultáneamente, lo que conduce a un genuino dilema. Se analizan varias alternativas de evasión las que, sin embargo —de acuerdo al argumento de este trabajo—, no son suficientes para clausurar el problema.

**Palabras clave:** naturaleza de las normas, concepción de la acción, deberes constituidos por normas, requerimientos normativos.

**ABSTRACT.** Most philosophical theories accept, generally, a set of ideas concerning the nature of norms together with a certain conception of action that can be traced back to HUME. These ideas can be expressed clearly through several propositions that are notoriously plausible. On the one hand, the thesis that norms —and the duties constituted by norms— are objective in a certain sense; and, on the other hand, the thesis that the concept of «norm» implies the possibility of complying (or not complying) with the relevant normative requirements. The problem is that these theses cannot be held simultaneously, and that this gives rise to a genuine dilemma. The paper explores several ways of avoiding the dilemma, and argues that they are ultimately unsuccessful.

**Keywords:** the nature of norms, the conception of action, duties constituted by norms, normative requirements.

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

## I

1. La idea según la cual existen normas y que, al menos en parte, nuestro comportamiento cotidiano está determinado por normas que seguimos de hecho, forma parte —sin duda alguna— de la percepción que tenemos de nuestro entorno social y de nuestras acciones. Esta es, literalmente, una obviedad, acerca del contenido de nuestra autocomprensión. Es más, la constatación de la existencia de la moral y del Derecho parece depender de esa forma de concebir el mundo. Asimismo, como se sabe, también se acepta que no sólo las acciones tienen que ver con normas de un modo u otro. También existen —o mejor, se supone que existen— normas que se refieren a las creencias, actitudes, e incluso a la forma que tenemos de comunicarnos mediante el lenguaje. Esta percepción cotidiana provoca, como se sabe, complejos problemas de índole filosófica de la máxima importancia, que todavía requieren elucidación y respuesta. Aquí me propongo presentar sólo uno de esos problemas, referido únicamente a las normas destinadas a regular el comportamiento.

2. Es preciso limitar aún más el ámbito de la discusión, porque el término «norma» se usa en múltiples sentidos y se supone que las normas están destinadas a cumplir funciones diversas. En un sentido, suministran criterios de evaluación, lo que significa que habilitan distinguir acciones «correctas» y acciones «incorrectas» (o acciones justificadas o injustificadas). En otro sentido, no necesariamente incompatible con el primero, las normas proporcionan guías del comportamiento. O lo que es lo mismo, constituyen herramientas para resolver cuestiones prácticas, esto es, cuestiones acerca de la acción que *debe* ser elegida en contextos en los que hay que optar por acciones alternativas. Si se limita todavía más el enfoque a la consideración de esta última función, surge el interrogante acerca de la cuestión de saber de qué manera y bajo cuáles condiciones las normas determinan o pueden determinar la elección del agente o agentes involucrados. Ello parece requerir, a su vez, una elucidación en primer lugar de lo que significa, en este contexto, «determinación» y, en segundo lugar, de las relaciones que existen o que son posibles entre normas y acciones. Es claro, entonces, que una respuesta a esa pregunta depende de lo que se tenga que decir acerca de las normas y acerca de las acciones. No puedo, obviamente, presentar una discusión exhaustiva al respecto en este trabajo. De manera que voy a limitarme aquí a intentar mostrar lo siguiente: en la actual discusión filosófica se presentan un conjunto de ideas *generales*[1] acerca de la naturaleza de las normas, por un lado, y otro conjunto de ideas *generales* relativas a la naturaleza de las acciones, por el otro, que son notoriamente plausibles y que muchos estarían dispuestos a aceptar a título de meros truismos. El problema es que no se pueden mantener simultáneamente y que, por tanto, una concepción *consistente* de las normas y de las acciones, tendría que abandonar alguna de esas ideas. Es un genuino dilema saber cuál es aquella que se está dispuesto a rechazar. Antes de mostrarlo, voy a formular las proposiciones que las expresan, y a realizar algunos comentarios.

[1] Por «general» entiendo, en este contexto, una idea o tesis que pueda ser asumida por diversas alternativas teóricas, divergentes en otros aspectos.

## II

1. *Primera proposición*: Si es que existen *normas,* o cuando existe una norma, puede decirse —parafraseando a HART— que algunas de las conductas de ciertos individuos (aquellos que son sus *destinatarios*) se tornan no opcionales, o si se quiere, no elegibles. Es decir, *no se pueden* elegir (H. L. A. HART, 1963). En virtud de ello, las conductas opuestas son —en algún sentido—, dice HART, *obligatorias* o lo que aquí se asumirá como equivalente, su descripción constituye el contenido de un deber[2]. Este es un núcleo mínimo, perfectamente aceptable, de la idea de «determinación»: las normas determinan el sentido de una elección al constituir (o a describir)[3] el hecho de que algunas acciones deben ser realizadas, o que no deben ser realizadas. Aunque aceptable (y aceptada) de manera *general*, esta idea es demasiado compleja y genera numerosas perplejidades que no puedo analizar aquí (uno puede suponer, v.g., cierto riesgo de circularidad, si es que «deber» se define en términos de «no elegible»). Sin embargo, al menos, son necesarias algunas precisiones:

El término «debe» y su correlativo «deber[4]» son sistemáticamente ambiguos y se puede sostener que uno de sus sentidos no se vincula con la noción de «norma»(al menos, con la que voy a discutir en este trabajo). En un sentido «débil», un individuo A debe o tiene el deber de realizar la acción p, si es que p un medio para lograr un objetivo que A *quiere* alcanzar o un propósito que A *quiere* satisfacer[5]. En un sentido «fuerte», A debe realizar p con prescindencia de los objetivos o propósitos que procura alcanzar. O, lo que se puede asumir como equivalente, con prescindencia de sus propias opciones. Como el contenido del deber en sentido «débil» depende crucialmente de las elecciones de A no puede decirse que su conducta se torne «no opcional» en este supuesto. Por ello, parece que es el otro sentido «fuerte» el que hay que elucidar para dar cuenta de la idea según la cual las acciones se tornan no opcionales cuando existen normas. Precisamente, como se verá, la cuestión es si, dadas ciertas condiciones, es inteligible esta manera de entender la noción de «deber».

Es verdad que las normas, en la concepción estándar, no se limitan a la constitución o imposición de deberes u obligaciones, esto es, «obligar» no es la única función normativa. También pueden conceder a sus destinatarios la facultad o el permiso de elegir entre acciones alternativas p y –p. Pero obviamente las normas permisivas o facultativas no son las que están en cuestión cuando se examina la idea de comportamientos no elegibles y, por cierto, tampoco semejantes normas pueden resolver la cuestión

---

[2] HART presenta esta idea en un contexto en el que supone que el Derecho está compuesto de reglas o pautas generales. Es una cuestión discutible la de saber si pueden existir «deberes» sin normas generales. Pero en todo caso, lo que sigue es independiente de esa controversia y afecta incluso a los que sostienen que los deberes son siempre «particulares».

[3] El realismo metaético supone generalmente que las normas, en tanto entidades lingüísticas, describen deberes preexistentes, mientras que una concepción antirealista tiene que suponer que los deberes están constituidos por normas. Para la discusión que sigue no es preciso tomar partido al respecto.

[4] No se me escapa que algunos podrían sostener que la correlatividad no es uno a uno: mientras que «deber» implica «debe», la inversa no vale. Por ejemplo, KELSEN sostuvo que «debe» es un indicador para expresar «normatividad», compatible con otras funciones normativas. Pero también voy a obviar aquí esa complicación.

[5] La distinción se corresponde con las ideas kantianas de «deber hipotético» por un lado y «deber categórico» por otro. Pero esta terminología puede llevar a confusiones, cuando se considera que algunos deberes son condicionales, pero «categóricos» en el sentido de KANT.

práctica involucrada en la elección entre p y –p. En este sentido, no puede decirse que determinan la acción que tiene que ser realizada, porque ello depende, en tal caso, de la decisión del agente involucrado. Por ello, voy aquí a limitar la discusión a las normas que imponen o constituyen deberes. En todo caso, es una pregunta abierta la de saber si tendrían sentido las normas si todas las existentes (o todas las que pertenecen a un cierto sistema normativo, v.g. la «moral» o el «derecho») *sólo* tuvieran la función de permitir todas las alternativas.

Asociado con este aspecto, hay que advertir que, precisamente, la afirmación según la cual cuando existen normas algunas conductas «no se pueden elegir» significa lo mismo que «no están permitidas» y que «no se *deben* realizar». Pero en modo alguno significa que no son posibles empíricamente. En rigor, cual es o cual 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. Por lo tanto, «determinación» no puede entenderse como determinación causal o empírica del comportamiento. Todavía más, la metáfora de la existencia de dos «mundos» *independientes,* uno normativo y otro empírico o causal[6] en el cual se ubican las acciones que han ocurrido, que ocurren o que van a ocurrir, implica la total irrelevancia de las normas con respecto a las conductas: estas suceden *solamente* por su relación con algún hecho que *también* pertenece al mundo empírico[7]. A su vez, si existen normas también habría que considerar que existen con prescindencia de cualquier hecho[8]. Esto es, no hay en principio relaciones ontológicas entre ambos mundos.

2. *Segunda proposición:* Ello no significa que no puedan postularse otras relaciones. Es lo que se concluye con la afirmación según la cual para cualquier norma es empíricamente posible su cumplimiento y también es siempre posible su incumplimiento. Esta tesis usualmente es presentada como un requerimiento *conceptual*: la *idea* de «norma» implica que el requerimiento que conforma un definido contenido normativo tiene que referirse a acciones que pueden ser realizadas por los agentes a quienes se dirige. Lo que incluye también la posibilidad de su omisión. O también, como una conclusión pragmática: carece de sentido exigir conductas que no pueden ser realizadas. O con algún contenido moral, en el sentido que no se justifica el reproche moral si es que el agente no puede realizar la acción requerida moralmente (Copp, 2008). Al menos, porque en relación a acciones *imposibles*, los individuos involucrados no pueden plantearse cuestión práctica alguna. De aquí, entonces, la aceptación generalizada del principio o máxima que establece que» debe implica puede». Si se lo entiende como una exigencia conceptual, ello significa que no existe el deber de realizar una cierta conducta p, a menos que p *pueda,* de hecho, ser realizada.

Existen, por supuesto, numerosas cuestiones abiertas con relación a la inteligibilidad y alcance de semejante principio que no se pueden abordar aquí. No obstante, para

[6] Se trata de distinción radical en la ontología propuesta, por ejemplo por Kelsen. Pero cualesquiera sean las concepciones que se adopten acerca las normas parece que no se puede sostener que las normas determinan *causalmente* el comportamiento, si es que no se identifican con entidades empíricas. Al menos, no conozco algún argumento al respecto.

[7] Hay que advertir que una creencia en la existencia de una norma o de un deber es también un suceso. Es en este sentido que se afirma que las normas —si no se las identifica con un dato empírico— no pueden determinar directamente el comportamiento.

[8] O al menos es lo que he tratado en mostrar en (R. Caracciolo, 1996).

el problema que quiero presentar, es menester indicar una cierta ambigüedad de «acción» y, consecuentemente, de la expresión «acción posible». Si el deber de realizar p resulta de una norma *general*, «p» tiene que ser sustituida por la descripción de una acción *type*, o acción genérica, esto es, de una cierta propiedad que define un conjunto de eventos. Es admisible decir que una acción genérica p es posible empíricamente en el mundo actual, si la ocurrencia en el tiempo y en el espacio de algún caso de p, no está excluida por las leyes empíricas del mundo actual. En este sentido —que voy a denominar *posibilidad* 1— cualquier acción que pertenezca a la clase es posible. Pero el deber puede también referirse a una acción *token* o acción particular, que tendrá que ser realizada por un cierto individuo en un cierto momento y en un cierto espacio. 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[9], esto es, no será posible en un segundo sentido —que voy a denominar *posibilidad* 2[10].

Es factible sostener que el alcance del principio «debe implica puede», se limita a las acciones *type* o acciones genéricas. Es decir a la idea de *posibilidad*1. Pero no parece una restricción teóricamente interesante. Las únicas acciones que existen en el mundo empírico son acciones *tokens*. Por tanto, las normas generales solamente se cumplen mediante acciones *tokens*. Preguntarse, 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[11]. Si se está dispuesto a admitir que, en el supuesto de una respuesta negativa, *no existe* el deber, entonces se ha extendido el principio al dominio de las acciones particulares. En todo caso, es lo que sucede con la siguiente formulación—más o menos estándar— en el ámbito de la metaética, que voy adoptar en lo que sigue:

P: «un individuo S debe realizar la acción p en el tiempo t y en el espacio e, sólo si puede realizar p (y también omitir p) en el tiempo t y en el espacio e» (por ejemplo, ZIMMERMAN, 1996, cap. 3; COOP, 1997)[12].

---

[9] Obviamente, lo mismo ocurre con cualquier suceso particular (véase FISHER, 2003).

[10] Creo que esta distinción recoge una manera de hablar perfectamente inteligible. Así, podría decirse, por ejemplo, que la lluvia es un evento posible, pero que es imposible que llueva hoy en Barcelona. Y esto puede ser correcto si «posible» se entiende en dos formas diferentes. También sería verdadera la proposición contrafáctica que afirme que si hubiese aumentado la presión atmosférica hubiera sido posible que llueva en Barcelona, si es el caso que un cierto nivel de la presión constituye una condición causalmente necesaria de la lluvia. Lo que se corresponde con el uso de enunciados contrafácticos para expresar relaciones causales. De acuerdo con esta sugerencia que un evento sea *posible*2 implica que pertenece a una clase de eventos *posible*1, pero no vale la relación inversa. La necesidad de realizar esta distinción resulta de una objeción formulada por H. SELEME, a quien agradezco, en una discusión personal.

[11] Los casos triviales son aquéllos en los que un definido agente tiene un impedimento físico o mental para realizar la acción requerida. O carece de la habilidad técnica para actuar de esa manera.

[12] Se discute actualmente la cuestión de saber si la máxima tiene que incluir, o no, la posibilidad de la omisión (denominado «principio de posibilidades alternativas») a partir de la objeción de H. FRANKFURT a la tesis de que ello es necesario para atribuir responsabilidad moral (FRANKFURT, 1969). Sin embargo, para el argumento de este trabajo, no es necesario tomar partido al respecto.

3. *Tercera proposición*: Como se sabe, actualmente de manera generalizada también se acepta que la noción de «norma» ( o de «normatividad») tiene que ser analizada en términos de una idea considerada más básica, a saber, la de «razón para la acción» (confr. los trabajos incluidos en DANCY, 2000a; también, RAZ, 1990). La propuesta reduccionista supone que las normas *constituyen* razones para realizar las acciones requeridas en sus contenidos. Por consiguiente, en la medida en que esos contenidos *constituyen,* a su vez, deberes de acción, la afirmación de que existe un deber de realizar p implica —de acuerdo con esa propuesta— que existe una razón para realizar p[13].Tres observaciones son pertinentes al respecto. En primer lugar, la idea *no es* que cualquier requerimiento de conducta susceptible de expresarse en un lenguaje normativo conduzca a una razón para la acción. Para ello es preciso la presencia en el requerimiento de una cierta propiedad, denominada «validez» o fuerza obligatoria», que se identifica con su «normatividad». Precisamente, como se trata de *analizar* esa propiedad en términos de la idea de «razón», la relación es exactamente la inversa: se puede mostrar que existe una norma que instituye el deber de realizar p, sólo si se puede mostrar que existe una razón para p como consecuencia del requerimiento (obviamente, no puede ser mi propósito aquí pronunciarme sobre semejante propuesta. Tampoco sobre cuáles serían las otras condiciones de la existencia de normas).

En segundo lugar, la propuesta reduccionista puede explicarse como el resultado de adoptar la idea de racionalidad como la clave para comprender la naturaleza de los problemas prácticos. Dicho de manera excesivamente esquemática: la solución *correcta* de una cuestión de esta índole sólo puede ser la realización de una acción racional: en el lenguaje metafórico, la razón es presentada como la «fuente» de la normatividad (confr. el importante libro de C. KORSGAARD, 1996). Esta visión unificada de los dominios eventualmente normativos esta destinada a excluir el resultado —considerado paradójico— según cual el cumplimiento de un deber pueda, eventualmente, configurar una acción *irracional.*

En tercer lugar, es claro que si la idea de racionalidad tiene que tener impacto en el mundo empírico, adonde ocurren las acciones efectivamente existentes, hay que admitir que las acciones *racionales* son posibles de hecho, esto es, hay que aceptar que si un agente A tiene para razón para realizar p, entonces es posible para A realizar p. Lo que significa que el principio «debe implica puede» también puede derivarse indirectamente mediante la reducción conceptual de la idea de «norma» a la idea de «razón»[14].

4. *Cuarta proposición*: La existencia de las normas —si es que existen— y por supuesto su «validez», tienen considerarse datos *objetivos* en el siguiente sentido: son independientes de los estados mentales de los agentes que forman la clase de los destinatarios. Esto es, prescinden de las disposiciones de conducta, creencias y, en especial, de los deseos que cada uno de ellos pueda contingentemente tener con relación a las acciones que integran los pares de acciones recíprocamente excluyentes. Se trata de un rasgo mínimo porque aquí, la calificación de «objetivo» se opone a «subje-

[13] La inversa no vale, no todas las razones para la acción resultan de deberes. Ello es así, aunque se acepte la afirmación de RAZ según la cual afirmar la existencia de una razón para realizar una acción p implica que p debe ser realizada (RAZ, 1990, cap. 1, *cfr.* nota 1).

[14] La reducción es también una maniobra teórica controvertida. Como enseguida se verá, ello depende de lo que se entienda por «razón para la acción».

tivo» y no abre ninguna clase de juicio sobre la cuestión de saber cuáles son las condiciones de existencia de normas y deberes. Sólo se impone la condición negativa según la cual no hay que contar para ello con ciertos datos de la realidad empírica. Se sigue de esta tesis que los deberes de acción constituidos por las normas, y obviamente también las correspondientes razones, son *objetivas* en el mismo sentido. Se trata —como ya fue indicado arriba— de un rasgo implicado en la noción de «deber» en sentido fuerte, el único que aquí es objeto de revisión. La exigencia de esta independencia se trata, por cierto, de un tópico que pertenece a la tradición de la filosofía práctica y que no debe confundirse con una versión todavía más fuerte de la separación entre deber y deseo según la cual lejos de ser independientes habría que decir que un agente A tiene el deber de hacer p implica la ausencia del deseo de A de hacer p[15]. Lo que equivale a establecer una conexión conceptual, pero en sentido inverso. La idea de objetividad que se supone en este trabajo, no requiere una condición tan exigente. Conforme a ella, el carácter objetivo del deber de A de hacer p es compatible con la ausencia, pero también con la presencia, de su deseo o disposición a hacer p.

5. *Quinta proposición*: Las proposiciones anteriores reflejan una cierta concepción de las normas. Ahora, en el ámbito de la filosofía de la acción, de acuerdo a la concepción estándar hay que admitir que no hay ninguna acción *token* sin *motivación* donde por «motivación» hay que entender algún estado mental o psicológico del agente involucrado, a quien se atribuye la acción. La ausencia o presencia de motivación se presenta así, por un lado, como un requisito conceptual para distinguir entre lo que un agente «hace» —esto es la acción que realiza— de lo que le «sucede» sin su intervención. Por otro, como las acciones son también hechos en el mundo empírico, esos estados psicológicos con los que identifican las motivaciones, son también asumidos como hechos sin los cuales *no se puede explicar* la ocurrencia de una definida acción[16]. O dicho de otra manera, las motivaciones representan condiciones necesarias de la *posibilidad* empírica de las acciones *tokens*. Por consiguiente, de acuerdo a esta concepción, ninguna acción particular puede ser realizada, en el sentido de *posibilidad* 2, en ausencia de la motivación correspondiente.

Ahora bien, también como se sabe, la concepción generalizada admite la versión de HUME de acuerdo con la cual las motivaciones son pares de estados mentales constituidos por un deseo y una creencia. El deseo de lograr un cierto estado del mundo y la creencia de que cierta acción es un medio causalmente suficiente para satisfacer el deseo. Aún más, las creencias y los deseos son asumidos como estados independientes: ningún deseo —cualquiera sea su contenido— implica la existencia de alguna creencia —cualquiera sea su contenido— y viceversa (SMITH, 1987). De manera que hay que descartar, de acuerdo con esta suposición, la alternativa de asumir que la *creencia* de que se debe realizar p implique el deseo de realizar p y viceversa. No se me escapa que ésta es una presentación harto sucinta de una cuestión compleja. Pero creo que es suficiente para lo que quiero mostrar.

---

[15] Por ejemplo, dice HART «... De aquí que se piensa que las obligaciones y deberes característicamente implican sacrificio o renuncia», es decir, sacrificio o renuncia del propio deseo o interés (HART, 1963, p. 109).

[16] Como se sabe, se puede sostener, asimismo, que los estados mentales se reducen a estados neuronales. Esta complicación tampoco es relevante en este trabajo.

## III

Supóngase, ahora, que la siguiente formulación representa una norma:

N = «Todos los individuos de la clase A deben realizar una acción que pertenezca a la clase P en cualquier tiempo incluido en el intervalo T».

Parece que hay que admitir, a partir de N, que el deber de un cierto individuo «a» de realizar una acción *token* p, que pertenezca a la acción *type* P, y en cierto tiempo t incluido en T, resulta de su inclusión en la clase A. Entonces, de acuerdo a las proposiciones presentadas arriba, se puede reconstruir el argumento que sigue (un argumento de estructura similar, en otro contexto, en FISCHER, 2003):

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 puede hacer p en t.
3. Si «a» puede hacer p en t, entonces tiene en t una motivación para hacer p en t.
4. Si «a» tiene en t una motivación para hacer p en t entonces tiene en t un deseo de hacer p en t.

De lo que se sigue:

5. Si «a» debe hacer p en t, entonces tiene en t un deseo de hacer p en t.[17]

Las proposiciones (1) a (5) implican: que si «a» *no tiene* el deseo de hacer p en t, entonces *no tiene* el deber de hacer p en t. Se trata de una conclusión manifiestamente incompatible con la postulada objetividad de las normas y, consecuentemente, con la concepción objetivista del deber. Es más, si se acepta este argumento se elimina la distinción entre «deber» en sentido débil y «deber» en sentido fuerte y con ello la idea básica de «norma» asociada con la exclusión de alternativas. No obstante, se presenta como una consecuencia directa del denominado principio «debe implica puede». Por consiguiente, el conjunto de proposiciones presentadas arriba, parecen conducir a un genuino dilema: o bien las normas (y los deberes constituidos por las normas) *no son* objetivos, o bien la idea de «norma» *no implica* la posibilidad de cumplimiento, Adviértase que las premisas (1) a (4) del anterior argumento sólo se proponen especificar una cierta concepción de las normas y una cierta concepción de las acciones. De manera que una *revisión* del contenido de esas ideas puede conducir a disolver el dilema. En lo que sigue, voy a explorar algunas opciones en ese sentido. La conclusión será, sin embargo, que ninguna de las alternativas es satisfactoria.

## IV

1. Habida cuenta que, por hipótesis, todas las proposiciones que tienen que ser enjuiciadas son, en la superficie, perfectamente aceptables no es nada claro la que ha-

[17] Puede haber complicaciones a la hora de determinar el tiempo al que se refiere el principio, esto es, el momento en el que se afirma que el agente *puede* realizar la acción y su relación con el tiempo de la acción (una discusión en ZIMMERMAN, 1997, cap. 2]. En el texto se supone que el deseo tiene que existir al momento de la acción. Pero no creo que el argumento del trabajo dependa de una toma de posición al respecto: porque cualquiera que sea el tiempo en el que suponga que tiene que existir el deseo para que un cierto agente *pueda* realizar una acción, el agente en cuestión puede carecer del deseo en ese tiempo.

bría que modificar, aclarar o abandonar. Se podría sugerir, en primer lugar, que es necesario precisar el alcance de la postulada reducción de la idea de «normatividad» —que se supone en (1)—, porque una elucidación *correcta* de la noción de «razón para la acción», tendría que conducir a bloquear el paso a la conclusión problemática. Efectivamente, en esa premisa se tiene que suponer una cierta idea de lo que son las razones. Por lo tanto, si la idea en cuestión es errónea, habría que modificarla. Pero se puede mostrar rápidamente que semejante paso sólo traslada el problema y que carece de efectos sobre la subsistencia del dilema. Ello es así, porque se tienen dos concepciones recíprocamente incompatibles, con relación a la naturaleza de las razones para la acción. Por un lado, el *internalismo* es la tesis —común a muchas versiones— según la cual las proposiciones que afirman la existencia de una razón para la acción, tienen que relativizarse directa o indirectamente, a lo que Bernard WILLIAMS denominó *conjunto motivacional subjetivo*: para cualquier agente A, A tiene una razón R para realizar p sólo si p promueve o satisface un deseo, o disposición o cualquier otro estado mental *actual* de A, con capacidad de conducirlo a la acción. Si ello no es así, la correspondiente proposición es falsa (B. WILLIAMS, 1981). Por otro, la concepción denominada *externalismo*, para enunciarla de manera general, niega al internalismo, esto es, sostiene la independencia de las razones con respecto a los contingentes componentes subjetivos de los agentes que tienen que actuar. Se admite, entonces, que un agente A puede tener alguna razón para actuar cuya existencia no depende de deseo o disposición alguna de A[18]. Ahora bien, si se supone la hipótesis según la cual las normas (y los correspondientes deberes) son *objetivas,* y se adopta la versión *internalista* acerca de las razones para la acción, la proposición (2) tiene que considerarse verdadera, porque decir que existe una razón (en relación a un agente, o conjunto de agentes) implica afirmar la existencia de una motivación (relativizada en la misma forma), pero (1) es falsa: la existencia de un deber objetivo no implica aquí la existencia de una razón. Hay que abandonar, entonces, la propuesta reduccionista. Inversamente, si se asume la versión *externalista*, (1) puede considerarse verdadera, como consecuencia de la reducción de la idea de «deber» a la idea de «razón», pero (2) es falsa, porque la existencia de una razón no implica que la correspondiente acción pueda ser realizada. Es lo que sostienen algunos teóricos que, precisamente, tienen que negar, o al menos poner en duda, el principio o máxima «debe implica puede» (una discusión, por ejemplo, en FISCHER, 2003). Es por supuesto obvio que la necesidad de optar por una de las concepciones, reproduce el problema: el «internalismo» conserva la posibilidad de la acción, y el externalismo, la objetividad del deber. Por consiguiente, el dilema no queda erradicado mediante el recurso de precisar el concepto de «razón para la acción»[19].

2. Otra alternativa consiste en avanzar sobre el propio contenido del principio y negar, en primer lugar, la proposición (3). Ello parece seguirse si se restringe la discusión relativa a la idea de posibilidad de la realización de una acción *token*, a la existen-

[18] Es claro que se presenta aquí una versión simplificada de una compleja distinción, sobre la que existe abundante literatura. Pero estimo que esta presentación es suficiente para lo que se pretende mostrar en este trabajo. En todo caso, si se identifican las razones con hechos, como lo hace RAZ, se admite que pueden existir razones «externas» (RAZ, 1990). También DANCY representa al externalismo (DANCY, 2000b).

[19] Por supuesto, el rechazo de la reducción de la idea de «deber» a la idea de «razón para la acción», tampoco disuelve el dilema, porque de acuerdo a la segunda proposición relativa a la naturaleza de las normas, el deber implica, en todo caso, la posibilidad de la acción.

cia de una oportunidad contextual y a la habilidad física del agente involucrado (D. COOP, 2008). De esta forma, podría decirse que la acción que constituye el contenido del deber *puede* ser realizada, aún en ausencia de una motivación relevante.

Sin embargo, la conexión del principio o máxima en cuestión con lo que Michael ZIMMERMAN denomina «imposibilidad psicológica», de ninguna manera es novedosa en la literatura filosófica relativa a la naturaleza del deber moral, la que —por supuesto— puede ser extendida a cualquier otro dominio normativo. Así sucede con la objeción dirigida por David ROSS a la idea kantiana de deber en cuanto exige, para su cumplimiento, actuar por un «motivo correcto», porque la ausencia de este componente mental en un agente, al momento de la acción, tornaría *imposible* para ese agente satisfacer la exigencia moral. A la misma conclusión se arriba en todos casos, en los que el contenido del deber requiera una definida motivación (esta discusión en Zimmerman, 1996)[20]. La conclusión es que —si se acepta la máxima— en semejantes supuestos *no existe* el deber de realizar la acción en cuestión. Como todo ello es una consecuencia de la misma concepción de la acción supuesta aquí, lo único que se precisa para aceptar (5) es generalizar el argumento a todos los eventuales contenidos de un deber y a todas las motivaciones: como ninguna acción es posible sin la correspondiente motivación, ningún cumplimiento de un deber es posible si no existe esa motivación, es decir, un cierto deseo[21]. Por lo demás, admitida esa concepción, cualquier propuesta de eliminar los componentes psicológicos en la formulación del principio «debe implica puede», es notoriamente irrelevante, porque no existen, en el mundo empírico actual, acciones no motivadas. La oportunidad y la habilidad física pueden considerarse condiciones necesarias de la posibilidad de acciones *tokens,* pero en ningún supuesto son suficientes.

3. En el proceso de discutir el alcance de la máxima o principio, puede objetarse también la manera de formular y entender las premisas (4) y (5). Así, podría decirse que la acción es posible —esto es, «puede ser» realizada— si el agente puede tener la motivación necesaria, e.i. si puede *desear* realizar la acción[22]. Es decir, aun en ausencia del deseo *actual* al tiempo t, siempre que el deseo sea *posible* también será posible la realización de la acción. Esta eventual salida puede ser entendida de dos maneras. Entiendo, no obstante, que ambas alternativas son insuficientes para eliminar el dilema. 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. Ciertamente, 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. Ello, porque —de acuerdo a la asumida concepción de la acción— es necesario además que el agente tenga un deseo *actual* de realizar p, para que

[20] También ZIMMERMAN dice que la disposición incontrolable a realizar la conducta debida, lo que implica la imposibilidad de omitir la acción, no cuenta como el cumplimiento de un deber. Porque la máxima supone la posibilidad del incumplimiento (ZIMMERMAN, 1997, pp. 87-90).

[21] No interesa aquí que se trate de una «buena» motivación o de una que tenga que considerarse «mala» con algún criterio.

[22] Esta es una objeción formulada por J. L. MARTÍ, al discutir estas ideas en el encuentro de Oñati, en setiembre de 2007. Agradezco a José Luis la advertencia de la necesidad de considerar esta alternativa.

ocurra p en t. En la otra manera de entender la objeción, ésta dice que la acción actual *puede* ser realizada, si el agente *puede* actualmente desear realizar la acción. No obstante, para que se trate de una versión distinta que la anterior, hay que admitir que los deseos pueden ser elegidos, e.i. que son o pueden ser el resultado de algún tipo de acción mental (lo que es discutible, de acuerdo, precisamente, con HUME). Pero entonces, 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 (confr. una discusión de la lógica de este tipo de argumento en SMITH, 1994, pp. 142 y ss.). De manera que por esta vía únicamente se traslada el problema y el dilema subsiste, porque ahora los que tendrían el deber de realizar p serían aquellos que tienen el deseo actual de desear realizar p.

4. Otra impugnación disponible resulta del abandono de la concepción humana y de negar, en consecuencia, que la existencia de una motivación tenga que implicar, en cualquier supuesto, la existencia de un deseo. Por tanto, si se la admite, la premisa (4) del argumento tendría de considerarse falsa[23]. Se puede suponer que también las *creencias* pueden constituir estados mentales que conduzcan en forma autónoma a la acción o, también en esta dirección, que ciertas creencias implican (a la inversa de HUME) la existencia de un deseo. El candidato relevante es aquí, por supuesto, el estado mental que consiste en la creencia de un agente acerca de lo que debe hacer. De manera que habría que decir que si A cree que debe hacer p, entonces tiene una motivación para hacer p. Precisamente, como lo indica J. RAZ, se puede considerar que un *aceptante* de normas es aquel que cree que las normas *son válidas,* es decir, el que cree que debe actuar conforme a su contenido, lo cual implica —como consecuencia de esa creencia— la disposición a realizar las conductas requeridas (confr. RAZ, 1990, pp. 73 y ss.).

No obstante, es evidente que este cambio tampoco altera el resultado que conduce al dilema. Porque aunque (4) se modifique para decir que:

(4a) «Si a tiene una motivación para hacer p, o bien tiene el deseo de hacer p, o bien, cree que debe hacer p»

se excluye del ámbito de N, es decir de aquellos que tienen el deber de hacer p, a los que *no* tienen el deseo de hacer p, *ni tampoco* creen que deben hacer p. Los obligados —los que tendrían el deber de hacer p— serían, en consecuencia, únicamente los aceptantes, o los que desean hacer p con prescindencia de las normas. Lo que, por cierto, es incompatible con la postulada objetividad, porque aquí también la existencia del deber depende de un cierto estado mental. No es sorprendente que se mantenga, en todo caso, el dilema, porque como es claro, para cualquier estado mental con el que se identifique la existencia de una motivación, habrá o puede haber algún individuo que carezca de ese estado mental.

Es notorio entonces que, para salvar la primacía de la posibilidad de cumplimiento, hay que adoptar una versión *subjetivista* de la noción de «deber», la que de ningu-

[23] Un ataque radical a la identificación de la motivación con deseos en (DANCY, 2000b, especialmente, cap.4) aunque también se dirige a cualquier forma de lo que DANCY denomina «psicologismo». En esa dirección, se podría sostener que las acciones son eventos que no tienen ninguna conexión con estados mentales. No voy a discutir esta alternativa, aunque creo que es implausible porque quedaría sin explicar en qué sentido ciertos sucesos tendrían que considerarse acciones.

na manera es novedosa en la metaética ni en la filosofía del Derecho. De acuerdo con ella, el contenido del deber tiene que considerarse determinado por la creencia del agente acerca de lo que debe hacer (de nuevo, para la idea de deber moral ZIMMERMAN, 1996). De manera que, si A cree que debe hacer p, entonces debe hacer p y recíprocamente. Se trata de una respuesta teórica, si no se toma en cuenta el deseo, a la constatación del hecho de que cualquier individuo sólo puede actuar de acuerdo a lo que él *cree* que debe hacer[24].

5. Lo último que voy a considerar en esta revisión es lo siguiente: en la literatura contemporánea se presenta el argumento según el cual, habida cuenta de la relación constitutiva que se postula entre la normatividad y la razón —esto es, entre normas y razones— *no puede ser el caso,* que agentes perfectamente racionales carezcan de la motivación necesaria para actuar de acuerdo con un deber, e.i. conforme a una razón, aunque las razones sean objetivas. Lo que significa que es conceptualmente necesario que los agentes perfectamente racionales tengan el deseo de realizar acciones racionales (en relación a la moral, M. SMITH, 1994; también, KORSGAARD, 1996). No es preciso pronunciarse aquí sobre este complejo argumento, para advertir que tampoco puede afectar la estructura del dilema. Porque de acuerdo con su contenido, los agentes que no son perfectamente racionales son, precisamente, los que no tienen el deseo de actuar conforme a la razón. O lo que significa lo mismo, *sólo* los agentes perfectamente racionales son los que podrían realizar las acciones debidas. Para los demás, si las normas son objetivas, no sería verdad que el deber implica poder.

## REFERENCIAS

CARACCIOLO, R. (1997): «Existencia de normas», *Isonomía*, n.º 7, México.

COOP, D. (1997): «Defending the Principle of Alternate Possibilities: Blameworthiness and Moral Responsibility», *Noûs*, 31, 4.

— 2008): «"Ought" Implies "Can" and the Derivation of the Principle of Alternate Possibilities», *Análysis*, 68,1.

DANCY, J. (2000a) (Ed.): *Normativity*, Oxford, Blackwell.

— (2000b): *Practical Reality*, Oxford, Oxford University Press.

FISCHER, J. M. (2003): «"Ought-implies-can", Causal Determinism and Moral Responsibility», *Análisis*, 63, 3.

FRANKFURT, H., G (1969): «Alternate Possibilities and Moral Responsibility», *The Journal of Philosophy*, vol. 66, n.º 23.

HART, H. L. A. (1963): *El Concepto de Derecho*, versión castellana de Genaro Carrio, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

KORSGAARD, C. M. (1996): *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press.

[24] De acuerdo con HART, los que adoptan el «punto de vista externo», e.i. los que actúan motivados por la amenaza de consecuencias indeseables, no siguen normas o reglas, es decir, no actúan de acuerdo a lo que creen que deben hacer. La consecuencia del argumento subjetivista es más fuerte en esta dirección, porque se sigue que los que no aceptan la norma que constituye, verbigracia, el deber de hacer p, es decir, los que no creen que deben hacer p, no deben hacer p.

RAZ, J. (1990): *Practical Reason and Norms*, Princeton, Princeton University Press.
SMITH, M. (1994): *The Moral Problem*, Blackwell.
— (1987): «The Humean Theory of Motivation», *Mind*, 36, 61.
WILLIAMS, B. (1981): «Internal and External Reasons», en B. Williams: *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press.
ZIMMERMAN, M. (1996): *The Concept of Moral Obligation*, Cambridge University Press.

# TRES BUENOS FILÓSOFOS CONTRA LAS MALAS COSTUMBRES (JURISPRUDENCIA ANALÍTICA Y TEORÍA DE LA COSTUMBRE)*

Pierluigi Chiassoni**

*Universidad de Génova*

**RESUMEN.** El trabajo está articulado en dos partes. En la primera parte, el autor identifica los principales problemas de la teoría analítica de la costumbre jurídica, es decir, los problemas que típicamente han sido afrontados por los filósofos analíticos del derecho que se han ocupado de la costumbre jurídica. En la segunda parte ofrece un resumen del modo en que ha sido abordado y resuelto uno de esos problemas (el problema de las condiciones de existencia de las costumbres) por tres juristas analíticos, a saber, Norberto Bobbio, Giorgio Lazzaro y Bruno Celano. A juicio del autor, el análisis que cada uno de ellos lleva a cabo puede inscribirse entre las más significativas contribuciones teóricas que en materia de costumbre hayan sido elaboradas en la cultura jurídica (occidental) del siglo xx.

**Palabras clave:** teoría analítica de la costumbre jurídica, condiciones de existencia de las costumbres, Norberto Bobbio, Giorgio Lazzaro, Bruno Celano.

**ABSTRACT.** The paper contains two parts. In the first one the author identifies the basic problems of the analytical theory of legal customs, i.e., those problems that have been usually dealt with by analytical legal philosophers. In the second part the author provides an account of the ways one of these problems (the problem about the existence conditions of a legal custom) has been dealt with by three analytical jurists —Norberto Bobbio, Giorgio Lazzaro, and Bruno Celano—, for their analyses may be included amongst the finest ones in xx century jurisprudence.

**Keywords:** analytical theory of legal customs, the existence conditions of a legal custom, Norberto Bobbio, Giorgio Lazzaro, Bruno Celano.

*«The stanners of Devon claimed a right by custom to divert water from streams into their mines and dig trenches on the lands of third persons [...] Evidence was given of acts alleged to be done in pursuance of the custom, and of reputation. It was contended 1) that the custom was unreasonable in itself even if established, 2) that it was not established by evidence»*

*Bastard v. Smith* (1837), 2 Moo. & R. 129

*«Rule 85. The anti-personnel use of incendiary weapons is prohibited, unless it is not feasible to use a less harmful weapon to render a person hors de combat».*

*Customary Rules of International Humanitarian Law* (2005)

---

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

** Pierluigi.Chiassoni@unige.it.

## 1. INTRODUCCIÓN. ACERCA DE LA TAREA DE LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA

Desde sus comienzos, en las páginas de BENTHAM y de AUSTIN, y luego, con mayor empeño y mejores herramientas, en la época dorada de la filosofía analítica contemporánea, la jurisprudencia analítica se convirtió en abanderada de un diseño de política cultural inspirado en dos objetivos ambiciosos:

i) La demistificación del pensamiento jurídico.

ii) Su reconstrucción racional, ya sea con fines explicativos y terapéuticos (de policía lingüística o de terapia semántica), ya sea con vista a operaciones de política jurídica justificadas por los principios de una ciencia de la legislación.

El primer objetivo exige someter a crítica radical los modos de pensamiento —difusos y consolidados— de los juristas, de los filósofos y de los teóricos del Derecho. Exige, en particular, dudar metódicamente de la conveniencia y utilidad teórica y/o práctica de sus aparatos conceptuales, y mediante un análisis riguroso sacar a la luz sus eventuales defectos para arrojarlos, en su caso, al universo del sinsentido.

El segundo objetivo comporta sustituir los sinsentidos del pensamiento jurídico por un aparato teórico de conceptos precisos, distintos y funcionales (pragmáticamente justificados), identificados mediante una terminología simple (sin utilizar jergas), transparente, unívoca y no redundante.

Demistificación y reconstrucción racional se encuentran también en las reflexiones que los filósofos analíticos del Derecho dedicaron a la costumbre.

Con todo, es necesario distinguir dos perspectivas, desde las cuales los filósofos analíticos del derecho han analizado la costumbre.

Una primera perspectiva concierne a la *teoría (general) de las fuentes del Derecho.* Desde este punto de vista las costumbres resultan merecedoras de examen en cuanto *objetos* de teorías analíticas del derecho.

Una segunda perspectiva se refiere a la *teoría (general) del Derecho* o, más precisamente, a aquello que generalmente se entiende como el objetivo principal de esa disciplina (su *core business*). Desde este punto de vista las costumbres merecen atención en cuanto *elementos* de teorías analíticas del Derecho positivo; esto es, en cuanto elementos de modelos analíticos que se presentan como explicaciones de los rasgos del Derecho considerados (de vez en cuando) esenciales, *i. e.*, de la «naturaleza» del Derecho y, por reflejo, del «concepto» de Derecho. Bajo este segundo aspecto, las normas consuetudinarias (de un tipo cualquiera) constituyen un ingrediente esencial de aquellas teorías empírico-analíticas del derecho positivo conocidas, en virtud de esto, como «convencionalismo jurídico», o también como «positivismo convencionalista», por oposición a las variantes normativistas, imperativistas, o decisionistas del «positivismo jurídico» [1].

---

[1] Toda investigación sobre las vicisitudes del convencionalismo jurídico y del positivismo convencionalista debería detenerse, al menos, en cinco episodios entrelazados: i) el debate sobre la naturaleza de la «regla de reconocimiento» de HART (sobre el tema *cfr.*, p. ej., B. CELANO, 2003: «La regola di riconoscimento è una con-

En este trabajo, articulado en dos partes, abordaré sólo la primera de las dos perspectivas mencionadas. En la primera parte identificaré los principales problemas de la teoría analítica de la costumbre jurídica, más precisamente, los problemas que típicamente han sido afrontados por los filósofos analíticos del Derecho que se han ocupado de la costumbre jurídica.

En la segunda parte ofreceré un resumen del modo en que ha sido abordado y resuelto uno de esos problemas por tres juristas analíticos, a saber, Norberto BOBBIO, Giorgio LAZZARO y Bruno CELANO. Según mi modo de ver, el análisis que cada uno de ellos lleva a cabo puede inscribirse entre las más significativas contribuciones teóricas que en materia de costumbre hayan sido elaboradas en la cultura jurídica (occidental) del siglo XX[2].

Al dar cuenta de las reflexiones de BOBBIO, LAZZARO y CELANO no podré, sin embargo, evitar referirme a las posiciones de otros pensadores analíticos, en particular, Herbert HART y Jonn FINNIS.

Mi trabajo tendrá así el objetivo bastante modesto, aun cuando, creo, no del todo inútil, de contribuir a la elaboración, en beneficio de los juristas y los filósofos, de un resumen razonado del actual estado del arte, indicando los logros obtenidos que deberían constituir el punto de partida de cualquier teoría (analítica) futura de la costumbre.

## 2. PROBLEMAS DE TEORÍA ANALÍTICA DE LA COSTUMBRE

En un manual sobre fuentes del Derecho, el constitucionalista Federico SORRENTINO afirma que:

> «La estructura de la costumbre, según la todavía difundida opinión tradicional, consta de dos elementos: una repetición, más o menos extendida en el tiempo, de comportamien-

venzione?», en *Ragion Pratica,* 21, pp. 347-360); ii) el debate acerca de la distinción entre positivismo incluyente y positivismo excluyente (sobre el tema *cfr.*, p. ej., BAYÓN, J. C., 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia», en P. E. NAVARRO, M. C. REDONDO (eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona: Gedisa, pp. 57-392); iii) la discusión entre Gerald POSTEMA, Jules COLEMAN, Andrei MARMOR y Leslie GREEN sobre la opción entre positivismo convencionalista y positivismo autoritativo (*cfr.* p. ej., G. J. POSTEMA, 1982: «Coordination and Convention at the Foundation of Law», en *Journal of Legal Studies, 11,* 1982, pp. 165-203; J. L. COLEMAN, 2001: «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», en J. L. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 99-148; A. MARMOR, «Legal Conventionalism», en J. L. COLEMAN (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, *op. cit.,* pp. 193-218; iv) el intento llevado a cabo por Scott SHAPIRO y discutido por Michael BRATMAN de combinar positivismo autoritativo y positivismo convencionalista, mediante la utilización en el ámbito de la filosofía del derecho de las ideas de acción compartida cooperativa (*shared cooperative action*) y de actividad intencional conjunta (*jointly intentional activity*) (*cfr.* S. SHAPIRO, 2002: «Law, Plans, and Practical Reason», en *Legal Theory,* 8, pp. 387-441; M. BRATMAN, 2002: «Shapiro on Legal Positivism and Jointly Intentional Activity», en *Legal Theory,* 8, pp. 511-517); v) algunos esquemas teóricos convencionalistas de largo alcance (E. LAGERSPETZ, 2002: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer, 1995; G. DEN HARTOGH, *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*, The Hague-London-New York: Kluwer).

[2] Su valor resalta aún más si se los compara, por ejemplo, con algunos trabajos recientes reunidos en A. PERREAU-SAUSSINE, J. B. MURPHY (eds.) 2007: *The Nature of Customary Law*, Cambridge: Cambridge University Press: J. B. MURPHY, *Habit and Convention at the Foundation of Custom*, pp. 53-78; G. J. POSTEMA, *Custom in International Law: a Normative Practice Account*, pp. 279-306.

tos y la convicción de que esos comportamientos se corresponden con una norma jurídica [esto es, la presunción de que el comportamiento responda a una norma jurídica]»[3].

Análogamente, en un manual de instituciones del Derecho internacional, Riccardo LUZZATTO sostiene, citando importantes pronunciamientos de la Corte Internacional de justicia, que:

> «Las normas consuetudinarias internacionales son [...] vistas como el resultado de dos elementos diversos: uno de carácter objetivo (o material), el otro de carácter subjetivo (o psicológico). El primero consiste en la repetición constante y uniforme de un determinado comportamiento, considerado según los casos como debido, permitido o prohibido por la norma (*usus*). El segundo consiste en cambio en la opinión, o en la convicción, de que el comportamiento mismo se corresponde con lo previsto en la norma (se habla, utilizando una expresión de origen incierto, de *opinio juris et necessitatis*)»[4].

Comenzando, como se acostumbra, por la noción tradicional referida, entre otros, por SORRENTINO y LUZZATTO los filósofos analíticos del Derecho, que se han ocupado de la costumbre como fuente del derecho, han considerado oportuno afrontar uno, o más, de los tres problemas siguientes:

1. El problema de las condiciones de existencia de las costumbres.
2. El problema de las condiciones de juridicidad de las costumbres.
3. El problema de las condiciones de genuinidad, eficacia o autosuficiencia nomopoiética de las costumbres.

1. *Existencia de las costumbres.* El primer problema, el problema de las condiciones de existencia de las costumbres —a veces oscuramente evocado por la doctrina como el problema de la «estructura» o de los «elementos» de la «costumbre»— se refiere a la identificación de los factores en presencia de los cuales nos encontramos frente a —existe, puede afirmarse verdaderamente que existe, en un espacio *e* y en un tiempo *t*— una costumbre.

Se trata entonces de un problema conceptual, cuya solución depende de la definición de uno o más conceptos, de una o más nociones, de «costumbre» («el problema de la definición del concepto de costumbre», «el problema del concepto de costumbre»).

---

[3] F. SORRENTINO, 1984: *Le fonti del diritto*, Genova: CLU, pp. 128, 129. *Cfr.*, análogamente, V. CRISAFULLI, 1978: *Lezioni di diritto costituzionale. II L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova: Cedam, 4.ª ed., p. 136: «*Le varie definizioni del fenomeno, recenti e remote, concordano nell'identificare la consuetudine nel fatto della "ripetizione costante ed uniforme" di una determinata condotta (elemento cosiddetto "materiale"), con la convinzione —si aggiunge da una parte della dottrina— che tale condotta sia "giuridicamente necessaria", o più esattamente, secondo l'incisiva formulazione del Romano, che sia "conforme al diritto" (elemento cosiddetto "spirituale" o "soggettivo":* opinio juris seu necessitatis*)»;* A. PIZZORUSSO, 1988: *Consuetudine. I) Profili generali*, en *Enciclopedia giuridica*, Roma: Istituto dell'Enciclopedia italiana, vol. VIII, pp. 1 y ss.; L. PALADIN, 1996: *Le fonti del diritto italiano*, Bologna: Il Mulino, pp. 381 y ss.; R. GUASTINI, 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè, pp. 646 y ss.

[4] R. LUZZATTO, 2003: «Il diritto internazionale generale e le sue fonti», en S. M. CARBONE, R. LUZZATTO y A. SANTA MARÍA (eds.), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino: Giappichelli, 2.ª ed., p. 41. No obstante, existen juristas autorizados que continúan aceptando la noción tradicional de costumbre. Piénsese, por ejemplo, en Gustavo ZAGREBELSKY y en Cajo Enrico BALOSSINI. *Cfr.* G. ZAGREBELSKY, 1970: *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino: Utet, parte I; C. E. BALOSSINI, 1958: *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano: Giuffrè; ID., 1963: *L'accertamento del diritto consuetudinario compito del giurista e del sociologo (la prassi amministrativa)*, lecciones dictadas durante el año académico 1962-1963, Milano: La Goliardica, pp. 18 y ss., también ID., 1973: *Usi (teoria degli)*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 10, Torino: Utet.

Evidentemente, y de manera preliminar, el problema de las condiciones de existencia de las costumbres (el problema del concepto de costumbre) ha de ser, a su vez, abordado.

Podría detenerme en una meticulosa, y (para todos nosotros) penosa, caracterización de los diversos y numerosos modos en que es posible entender «el problema de las condiciones de existencia de las costumbres» («el problema del concepto de costumbre»), entrecruzando las múltiples acepciones de «condiciones de existencia» con las múltiples acepciones de «costumbre», todo a la luz de algunas distinciones metodológicas fundamentales. Pero no lo haré.

Me limitaré por lo tanto a precisar que, en la perspectiva de los juristas analíticos, el problema de las condiciones de existencia de las costumbres (el problema del concepto de costumbre) ha sido generalmente enunciado *grosso modo* de la siguiente manera:

Puesto que en el ámbito jurídico ha sido una constante la defensa de un esquema *dualista* de las condiciones de existencia de una costumbre (norma consuetudinaria), encastrada sobre el binomio «elemento externo»/«elemento interno», *usus/opinio*, y puesto que, al menos *prima facie*, la caracterización tradicional de las dos condiciones no parece para nada satisfactoria (en términos de precisión semántica, coherencia conceptual, fácil utilización, etc.), ¿es preferible redefinir la noción de «costumbre» («norma consuetudinaria») manteniendo el dualismo tradicional pero precisando y modificando sus términos, o es mejor debido a exigencias de precisión, coherencia, funcionalidad sustituir el modelo dualista tradicional por un modelo condicional (o «estructural») distinto?

2. *Juridicidad de las costumbres.* El segundo problema, el problema de las *condiciones de juridicidad de las costumbres*, se refiere a la identificación de los factores en presencia de los cuales una costumbre (una norma consuetudinaria o lo que se entienda por esa expresión) es una costumbre *jurídica*: es tiene valor de, constituye, o contribuye a la constitución del *Derecho consuetudinario* en un ordenamiento jurídico positivo.

Al igual que el primero, este segundo problema puede también ser entendido de muchas maneras diversas, no todas susceptibles de un abordaje teórico-analítico. Evitando, también aquí, detenerme en tediosas caracterizaciones de los diversos sentidos en que ha sido entendido «el» problema, me limitaré a precisar que una formulación analítico-compatible del problema de la juridicidad de las costumbres podría ser *grosso modo* la siguiente:

Puesto que históricamente ha sido propuesta una variedad de teorías acerca de las condiciones de juridicidad de las costumbres (de las normas consuetudinarias, o mejor, de aquellas cosas que han sido designadas con esa expresión), ¿cuál o cuáles, si alguna, de esas teorías pueden ser consideradas aceptables, desde el punto de vista de una teoría general analítica de las fuentes del derecho? En particular, ¿cuáles de esas teorías pueden ser consideradas como discursos genuinamente explicativos e informativos? ¿Y cuáles, en cambio, deben ser consideradas, más apropiadamente, ideologías inadvertidas o camufladas de las fuentes del Derecho, esto es, como discursos que, en cuanto no respetan el requisito weberiano de la avaloración pertenecen al universo de la dogmática jurídica o de la política jurídica?

3. *Genuinidad de las costumbres*. El tercer problema, el de las *condiciones de genuinidad, eficacia*, o *autosuficiencia nomopoiética de las costumbres*, puede, finalmente, formularse, bajo una perspectiva analítica, del modo siguiente (evitando, también en este último caso, una enumeración de posibles formulaciones alternativas):

Puesto que históricamente ha sido pacífico considerar que la costumbre *es* una verdadera y propia *fuente del Derecho* (es decir como productora de normas y poseedora de eficacia y autosuficiencia *nomopoiética*[5]), ¿es realmente correcto (fundado, justificado) este modo extendido y consolidado de ver, o es en cambio el fruto de una (auto)ilusión? ¿No debería en cambio, al menos en lo que respecta a ciertos contextos institucionales, considerarse la costumbre como una *fuente del Derecho aparente* (una *paper source*, una *source-in-books*), o incluso como una *pseudofuente* (una *source-with-guile*), *i. e.,* como una pantalla detrás de la cual tienen lugar clandestinamente las operaciones nomopoiéticas de cierta clase de operadores jurídicos (en particular de los jueces, de los juristas, y de los abogados)? ¿No sería necesario, en fin, adoptar respecto de la costumbre como fuente del Derecho una actitud de sano escepticismo (*custom-skepticism*)?

En lo que sigue analizaré las soluciones ofrecidas, respectivamente, por BOBBIO, LAZZARO y CELANO al primero de los tres problemas, apenas mencionados, de teoría analítica de la costumbre.

Antes de continuar, sin embargo, creo oportuno introducir algunas advertencias terminológicas mínimas, deliberadamente circulares (tautológicas).

1. «Costumbre» (pero las mismas consideraciones valen, creo, también para los términos correspondientes de otros idiomas, como, por ejemplo, el ingles *custom* o el italiano *consuetudine*) es un vocablo equívoco además de, en sus diversas acepciones, indeterminado.
2. A pesar de ello, juristas, filósofos y teóricos del Derecho, aún siendo presuntamente conscientes de la equivocidad de «costumbre», continúan sirviéndose indiscriminadamente de ese término, prefiriéndolo en lugar de expresiones más precisas que podrían igualmente utilizar y que al corresponderse con acepciones individuales del término no adolecen de la misma ambigüedad.
3. Quien se dedique a problemas de teoría (analítica) de la «costumbre» (y a las soluciones que han sido propuestas) harían bien en tener en cuenta que el término aparece y puede aparecer en los discursos de los juristas, de los filósofos y de los teóricos del Derecho con no menos de cinco diferentes acepciones elementales (no compuestas, no agregadas).

*a)* En primer lugar, el término «costumbre» es y puede ser usado para designar, de modo completamente genérico, el *fenómeno consuetudinario* en su totalidad. Por *fenómeno consuetudinario* puede entenderse *el ámbito de experiencia* que, en los distintos grupos sociales, puede identificarse sobre la base de criterios preanalíticos de sentido común, en el cual se encuentran cosas todas para desentrañar, ellas mismas y sus relaciones tales como comportamientos consuetudinarios, prácticas consuetudinarias,

[5] A. G. CONTE me sugirió referirme a eficacia «nomogónica» para subrayar la presunta impersonalidad del proceso.

actitudes consuetudinarias, normas consuetudinarias, etc. («costumbre» como *fenómeno* consuetudinario, costumbre-*fenómeno social*).

*b)* En segundo lugar, el término «costumbre» es y puede ser usado para designar, más estrictamente, un (algún) *comportamiento consuetudinario* una conducta en algún sentido relacionada con prácticas consuetudinarias, actitudes consuetudinarias, normas consuetudinarias, etc. («costumbre» como *comportamiento* consuetudinario, costumbre-*conducta*).

*c)* En tercer lugar, el término «costumbre» es y puede ser usado para designar, más estrictamente, una (alguna) *norma consuetudinaria* sea lo que sea aquello que se entienda, o se pretenda entender, con una expresión tal con el único límite genérico de que si algo es una norma consuetudinaria, entonces no es —es algo distinto de— un *comportamiento* consuetudinario, una *actitud* consuetudinaria, una *práctica* consuetudinaria, etc. («costumbre» como *norma* consuetudinaria, costumbre-*norma*).

*d)* En cuarto lugar, el término «costumbre» es —y puede ser— usado para designar una *práctica consuetudinaria*. Entendiendo por *práctica consuetudinaria*, una vez llevada a cabo la redefinición de ciertas nociones de sentido común o tradicionales, un fenómeno social complejo, caracterizado por la convergencia de determinados *comportamientos* y *actitudes* consuetudinarias, así como —según el modo de ver defendido— determinadas *normas consuetudinarias* correlacionadas (en algún modo) con dichos comportamientos y actitudes («costumbre» como *práctica* consuetudinaria, costumbre-*práctica*).

*e)* En quinto y último lugar, el término «costumbre» es —y puede ser— usado para designar un particular *modo de producción de normas sociales* (normas de la moral positiva, normas del Derecho positivo, etc.) o, en términos más usuales, una particular *fuente* de normas sociales. Esta *fuente* se caracteriza por la combinación de comportamientos y actitudes consuetudinarios («costumbre» como fuente consuetudinaria de normas, costumbre-*fuente*, costumbre-*proceso* de producción normativa, en contraposición a la costumbre-*norma*, que es costumbre-*producto* o costumbre-*resultado*).

Hasta aquí, como habrá podido notarse, las advertencias terminológicas se refirieron al término «costumbre», expresión genérica no específicamente referida a la costumbre *jurídica*. Creo no obstante que las advertencias conservan su valor explicativo aún cuando «costumbre» sea utilizado, de modo más estricto, como sinónimo de «costumbre jurídica».

## 3. EL PROBLEMA DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LAS COSTUMBRES (EL PROBLEMA DE LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE COSTUMBRE)

Bajo la perspectiva de los juristas analíticos —decía antes— «el problema de las condiciones de existencia de las costumbres» («el problema del concepto de costumbre») ha sido, más precisamente, formulado del siguiente modo:

Puesto que en el ámbito jurídico ha sido una constante la defensa de un esquema *dualista* de las condiciones de existencia de una costumbre (norma consuetudinaria), encastrada sobre el binomio «elemento externo»/«elemento interno», *usus/opinio*, y

puesto que, al menos *prima facie*, la caracterización tradicional de las dos condiciones no parece para nada satisfactoria (en términos de precisión semántica, coherencia conceptual, fácil utilización, etc.), ¿es preferible redefinir la noción de «costumbre» («norma consuetudinaria») manteniendo el dualismo tradicional pero precisando y modificando sus términos, o es mejor, —debido a exigencias de precisión, coherencia, funcionalidad— sustituir el modelo dualista tradicional por un modelo condicional (o «estructural») distinto?

Seguidamente analizaré las posiciones de los tres filósofos mencionados en la introducción remontándome, para comenzar, a la de Norberto BOBBIO.

## 3.1. Normas consuetudinarias con una pata sola

Norberto BOBBIO se dedicó de manera específica a la costumbre en dos trabajos: *La consuetudine come fatto normativo [La costumbre como hecho normativo],* publicado en 1942; la voz *Consuetudine (teoria generale)* [*Costumbre (teoría general)*] para la *Enciclopedia del diritto*, publicada en 1962. Posteriormente se ocupó de ella, junto a fenómenos similares, en otra voz redactada para la *Enciclopedia del diritto* —la voz *Fatto normativo [Hecho normativo]*— publicada en 1967[6].

### *3.1.1. La costumbre como hecho normativo*

> «Si se pregunta a la doctrina actualmente dominante, tanto en derecho público como en derecho privado, tanto en el derecho nacional como en el derecho internacional, se obtiene en todos lados una respuesta uniforme, que dada la seguridad con la que viene generalmente pronunciada adquiere el aspecto de doctrina obvia e incontrovertible: la costumbre jurídica consta de dos elementos, uno externo o repetición, uno interno u opinio iuris seu necessitatis»[7].

Dicho esto, BOBBIO desarrolla una cerrada crítica del elemento interno (*opinio*) de la costumbre, convirtiéndolo en blanco de cuatro argumentos distintos pero convergentes (cuatro flechas que dan, desde direcciones diferentes, en el mismo San Sebastián). Se trata —con una terminología, y un orden expositivo, no bobbianos— de:

1. Un argumento semántico.
2. Un argumento genealógico.
3. Un argumento lógico.
4. Un argumento epistemológico[8].

---

[6] N. BOBBIO, 1942: *La consuetudine come fatto normativo*, Padova: Cedam; ID., 1962: «Consuetudine (teoria generale)», en *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, IX, pp. 426-443; ID., 1967: «Fatto normativo», en *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, XVI, pp. 988-995; las últimas dos contribuciones han aparecido también, con leves modificaciones, bajo el título: «Consuetudine e fatto normativo», en ID., 1949: *Contribuiti ad un dizionario giuridico*, Torino: Giappichelli, pp. 17-57. *Cfr.* también ID., 1960: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino: Giappichelli, pp. 27-28.

[7] N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 49.

[8] Entre las principales fuentes consideradas por BOBBIO en su crítica de la concepción tradicional GLÜCK, la Escuela histórica, la Pandectística, JHERING, ZITELMANN, KELSEN, GÉNY, LAMBERT, GURVITCH, la dogmática jurídica y la teoría general italiana, y la teoría institucionalista del Derecho.

1. El argumento *semántico* sostiene que la referencia al elemento de la *opinio* debe ser suprimido tal como veremos de un concepto bien formado de costumbre jurídica (norma jurídica consuetudinaria), en virtud de su extrema equivocidad e indeterminación[9].

En primer lugar, admitiendo que *«opinio»* se encuentre por algún tipo de actitud psicológica, no es para nada claro *de qué tipo* de actitud psicológica se trata. Los juristas de hecho, con terminología undívaga (*«opinio necessitatis», «opinio juris», «opinio iuris et necessitatis», «opinio iuris seu necessitatis»,* etc.) parecen referirse indistintamente a cosas bastante diferentes, como consciencia, convicción, convencimiento, creencia, sentimiento, intención o voluntad.

En segundo lugar, aun cuando se convenga que la traducción jurídicamente más apropiada del término *«opinio»* sea *convicción* (o creencia), en la cultura jurídica es posible encontrar no menos de cuatro modos distintos, alternativos, de entender la *«opinio iuris (ac necessiatis)»:*

*a)* Como la convicción de actuar «por necesidad jurídica», *i. e., no* con libertad, o por condescendencia, complacencia, u otras similares.
*b)* Como la convicción de actuar «por deber», «actuar obligatoriamente», o sea de «llevar a cabo un comportamiento intrínsecamente obligatorio».
*c)* Como la convicción de actuar de conformidad con una norma jurídica imperativa. Lo que sin embargo, según BOBBIO, reflejaría el prejuicio normativista (que puede condensarse en la idea *«nulla obligatio sine norma»*).
*d)* Como la convicción, en fin, de actuar para evitar una sanción (GÉNY), o sea, de realizar actos que no sería posible omitir impunemente (VIVANTE y los «sostenedores de la coactividad esencial del derecho»)[10].

2. El *argumento genealógico* sostiene que la referencia al elemento de la *opinio* debe ser suprimido —tal como veremos— de un concepto bien formado de costumbre jurídica (norma jurídica consuetudinaria), en virtud de sus orígenes poco nobles.

Se trataría, de hecho, de un elemento extraño a la milenaria tradición romano-canónica y desconocido por los juristas medievales. La *opinio* habría obtenido los honores de la dogmática gracias a los exponentes de la Escuela histórica del Derecho, quienes por «veleidad teórica» habrían desnaturalizado la noción intermedia de *opinio iuris ac necessitatis* en beneficio de su propio, y opinable, proyecto de política cultural[11].

Los argumentos decisivos en contra de la *opinio* son, sin embargo, los últimos dos.

3. El *argumento lógico* sostiene que la referencia al elemento de la *opinio* debe ser suprimido —tal como veremos— de un concepto bien formado de costumbre jurídica (norma jurídica consuetudinaria), puesto que la combinación de elemento externo y

---

[9] N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 49-50: *«uno dei concetti più imbarazzanti ed equivoci che la dommatica giuridica abbia formulato, tramandato e difeso dalla Scuola storica in poi»; «il vecchio e consunto cimelio dell'*opinio iuris» transmitido de mano en mano de *«modo superficiale e convenzionale»,* sin *«che neppur venga affrontato [...] l'impegno e il rischio di una nuova valutazione».*

[10] N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pp. 52 y ss.

[11] *Ibídem,* pp. 57-58: *«Nella dottrina intermedia esso non assume* velleità teoretiche, *ma ha una funzione pratica ben precisa e limitata, che è univocamente indicata nell'esclusione dal processo consuetudinario degli atti compiuti per liberalità, tolleranza, compiacenza e simili»* (los destacados en el original).

elemento interno, tal como los entiende la doctrina tradicional, presenta dificultades irremediables.

> «[C]uando la doctrina común —señala BOBBIO[12]— afirma que no puede darse costumbre jurídica si los actos que la constituyen no son cumplidos con la *opinio iuris seu necessitatis*, entiende que cada usuario individual debe cumplir el acto formativo de la costumbre jurídica con la convicción o creencia o sentimiento o consciencia de que ese acto es necesario, obligatorio, conforme a una norma jurídica, y que el acto contrario, como el acto ilícito, es pasible de sanción […] El círculo vicioso es evidente […] La norma consuetudinaria no se constituye si no existe la *opinio*; pero la *opinio* supone al mismo tiempo una norma ya constituida».

Quien quiera salir del círculo vicioso, sin renunciar a la concepción dualista de las normas consuetudinarias, se vería obligado a recorrer alguno de sólo dos caminos disponibles. Según BOBBIO, ambos ruinosos.

La primera vía de escape consiste en presentar el fenómeno de la costumbre como un ejemplo de *error theory* (una explicación fundada en la presencia de un error). En este caso la existencia de las normas consuetudinarias queda explicada por el hecho que la repetición (general y constante) de cierto comportamiento, por parte de una comunidad, reflejaría la creencia *falsa* (errónea) en la existencia de una norma jurídica que exige tal comportamiento, cuando en cambio, sostendría el teórico, tal norma aún no existe.

Esta primera vía de escape, sostiene BOBBIO, debe no obstante ser rechazada por su manifiesta «absurdidad», en cuanto hace descansar «todo el derecho consuetudinario sobre un error de derecho».

La segunda vía de escape consiste en retener la concepción de *opinio* como la creencia *verdadera* de observar una norma jurídica existente. Sin embargo, optando por esta vía se decreta inevitablemente, como veremos, la *irrelevancia constitutiva* («formativa», productiva) *tanto* del elemento externo, *como* del elemento interno —y por lo tanto de todo «el proceso consuetudinario»—. La costumbre queda reducida así, tal como —y más que— en la reconstrucción de la Escuela histórica, a fuente de conocimiento, y no ya de producción, del Derecho.

Si la creencia es verdadera, entonces la norma jurídica existe ya, *antes* de cualquier *usus* consistente en la observancia generalizada de esa norma. Pero si esto es así, es decir, si la norma existe con anterioridad al *usus*, entonces este último no contribuye para nada a la creación de la norma, sino, como mucho, a su conservación. Y en este caso tampoco la creencia contribuye a *producir* una norma jurídica pues tal norma existe ya. El *uso* sirve sólo para conservarla y la *opinio* desempeña, como aquél, una función heurística sólo a posteriori[13].

Si realmente se desea salir del círculo vicioso —sostiene BOBBIO— es necesario elegir una tercera vía. Se trata de «romper el círculo vicioso, eliminando uno de los dos términos». ¿Cuál? A este respecto BOBBIO no deja lugar a dudas[14]:

---

[12] *Ibídem,* p. 53.

[13] *Ibídem,* p. 54: *«si cade nella palese contraddizione di considerare, da un lato, l'*opinio *come elemento costitutivo della formazione del diritto consuetudinario, dall'altro, il processo consuetudinario come non formativo di diritto: in altri termini, di attribuire all'*opinio *efficacia formativa di un diritto che non si formerà mai, perché l'*opinio *stessa lo presuppone già formato».*

[14] *Ibídem,* p. 55.

«No queda más que eliminar la *opinio iuris*. Vale para confirmarlo, la experiencia jurídica misma, la que, cuando nos pone delante de una norma consuetudinaria, nos presenta una regla que, en virtud de exigencias sociales ineludibles, nace como consecuencia de un estado de cosas determinado y poco a poco se convierte en una norma obligatoria debido a la constante y uniforme repetición por parte de una gran cantidad de personas; quienes, aun si se obligan, ignoran obligarse en nombre de una regla constituida, que, por otro lado, no existe todavía porque ellos mismo contribuyen a formarla, sino que contraen únicamente una obligación de hecho o natural, que sólo el tiempo o la tradición transformarán en obligación general y abstracta, una vez que la serie de repeticiones será tal como para haber generado, mediante la fuerza del ejemplo, la convicción o la creencia que observar esta regla es obligatorio. De este modo la experiencia jurídica nos muestra que la creencia en la obligatoriedad de una norma no nace durante el proceso de formación, sino al final, cuando la norma consuetudinaria se encuentra ya formada».

4. El *argumento epistemológico* sostiene, finalmente, que la referencia al elemento de la *opinio* deba ser suprimido —tal como veremos— de un concepto bien formado de costumbre jurídica (norma jurídica consuetudinaria), puesto que los estados mentales (convicciones, creencias, intenciones, etc.) son sólo susceptibles de conocimiento (conjetural) a través de indicios externos. Tales indicios externos, sin embargo, no son cosa distinta a lo que suele llamarse «elemento externo» de la costumbre (*usus*). Se sigue por lo tanto que, desde un punto de vista epistemológico, el elemento interno no posee ninguna relevancia autónoma respecto del elemento externo. Aun más, resulta inescindiblemente vinculado a este, la prueba de su existencia coincide con la prueba de la existencia del *usus* y no puede darse sin éste.

«De este modo —sostiene BOBBIO, siguiendo a KELSEN[15]—, el mejor modo de probar si existe la *opinio* es comprobar si la regla ha sido o no repetida. Pero esto lleva desde lo interno a lo externo, de la convicción a la repetición. En fin, después de haber salvado a la creencia como elemento probatorio de la repetición ya verificada [de la formación de la norma consuetudinaria ya verificada], nos damos cuenta de que ella misma, la creencia, necesita a su vez de la repetición para ser probada. Otra vez más el requisito interno ha sido expulsado de su nido: ¿que nos impide todavía decir que *se trata de un elemento jurídicamente irrelevante, tanto* en el proceso formativo, porque [en tal proceso] no tiene lugar, *como* en el conservador, porque no resulta [autónomamente] verificable?».

Llegado a este punto BOBBIO advierte encontrarse frente a un problema[16]:

«La eliminación de la *opinio iuris* nos enfrenta a una dificultad fundamental: ¿cómo distinguir la costumbre jurídica de aquélla no jurídica?».

¿Como es posible distinguir las (simples) reglas del vestir (formalidades, prendas adecuadas, etc.) de las reglas jurídicas consuetudinarias, de las normas del Derecho consuetudinario?

Según BOBBIO el único criterio de distinción posible es un criterio sustancial que haga referencia a la idea de un contenido mínimo de Derecho natural, cuestión que será abordada veinte años después, por Herbert HART.

Sobre la base de este criterio, son normas consuetudinarias jurídicas (normas del Derecho consuetudinario) aquellas normas producidas por una práctica social de observancia (en virtud «del tiempo y de la tradición») y que pueden considerarse:

---

[15] *Ibídem,* p. 57.
[16] *Ibídem,* p. 66.

«Esenciales para la constitución y la conservación del grupo, junto a otras reglas no esenciales […] Histórica y sociológicamente, el fenómeno jurídico, esto es la constitución de normas obligatorias, no pude explicarse de otro modo más que como el resultado de una labor gradual de selección, llevada a cabo en el ámbito de la sociedad en general, de normas esenciales para el grupo y por lo tanto necesarias para la convivencia, de entre normas no esenciales o que poco a poco se demuestran tales»[17].

Es necesario por lo tanto distinguir entre:

«La costumbre que transmite reglas meramente extrínsecas y no necesarias para la existencia del grupo (la moda, la reglas del vestir, etc.) y la costumbre que transmite reglas que inciden en la estructura, la naturaleza y la finalidad mismas del grupo y las relaciones entre los individuos que las transmiten y que transmitiéndolas contribuyen a formar la regla consuetudinaria misma»[18].

Y la determinación del carácter esencial de una norma consuetudinaria —y por lo tanto de su juridicidad— no podrá sino ser un juicio fáctico acerca de aquello que *de hecho* se considera esencial en cada sociedad, que no obstante deberá también tener en cuenta los preceptos fundamentales que anteceden a toda forma de convivencia humana «organizada»:

«Existen —escribe BOBBIO[19]— *normas ineliminables e insustituibles*, como aquellas que imponen la observancia de los pactos o la obediencia de la autoridad o la reparación del daño o la restitución de lo ajeno o el castigo de las desviaciones, *normas que pertenecen a todo ordenamiento, porque sin esas normas no puede concebirse una sociedad organizada*. Estas normas constituyen *la trama en la cual se entrelazan los hechos normativos y el derecho positivo, cambiante y diferenciado* […] Dada la convivencia humana, como problema que requiere una solución, no se puede negar la existencia de reglas universalmente válidas, o en otras palabras, la validez del derecho natural, verdadera y propia lógica formal de la convivencia».

En los escritos sucesivos, BOBBIO cambiará de idea acerca de la existencia de normas consuetudinarias *intrínsecamente* jurídicas, rechazando el criterio *del contenido* (*o sustancial*) defendido en el trabajo de 1942 a favor de un criterio (que podríamos llamar) *sociológico-funcional* de la juridicidad de las normas sociales consuetudinarias[20].

---

[17] *Ibídem,* p. 77.
[18] *Ibídem,* pp. 77-78.
[19] *Ibídem,* p. 83.
[20] *Cfr.* N. BOBBIO, *Consuetudine e fatto normativo*, cit., pp. 22 y ss., en donde, luego de haber afirmado que «*la ripetizione degli stessi comportamenti per un certo periodo di tempo dà luogo ad una regola consuetudinaria, ma non di per se stessa a una regola giuridica*», y luego de haber rechazado las cinco doctrinas tradicionales acerca de la juridicidad de las normas consuetudinarias [1) la doctrina de la voluntad tácita del soberano (pueblo o príncipe); 2) la doctrina de la consciencia común del pueblo (espíritu del pueblo); 3) la doctrina del reconocimiento judicial; 4) la doctrina de la juridicidad intrínseca; 5) la doctrina de la *opinio iuris seu necessitatis*], arriba a un criterio de juridicidad centrado en la idea de la *pertenencia funcional a un ordenamiento jurídico*. De acuerdo a este criterio, una norma es jurídica si, y sólo si, pertenece a un ordenamiento jurídico (como «conjunto de normas protegidas por una sanción institucionalizada»); y pertenece a un ordenamiento jurídico si, y sólo si, contribuye a su constitución o a su funcionamiento. «*Vi sono* —escribe BOBBIO en la p. 34— *due modi principali con cui una regola diventa parte di un ordinamento: 1) in quanto contribuisce a far sorgere e a far agire i poteri cui è affidato il funzionamento del meccanismo della sanzione; 2) in quanto offre ai poteri così costituiti criteri per il giudizio dei conflitti di interesse che possono sorgere tra i membri del gruppo (o tra questi e gli organi dirigenti)*». Se sigue por lo tanto que las normas sociales consuetudinarias, en cuanto «reglas producidas por una repetición constante, general, uniforme, etc.» son normas jurídicas, con relación a un ordenamiento jurídico determinado, si, y sólo si, se satisfacen las siguientes condiciones: «*1) […] da tali regole dipende o a tali regole si ispira la formazione di organi costitutivi dell'ordinamento; 2) […] tali regole sono accolte dagli organi così costituiti come criteri per la risoluzione di un conflitto di interesse. Nella prima categoria rientrano le cosiddette*

Sin embargo mantendrá sin variaciones sustanciales su posición —de rechazo radical— acerca de la concepción dualista tradicional de la costumbre. En particular mantendrá también su posición acerca de la carencia de relevancia autónoma del elemento *opinio*[21].

### *3.1.2. Consideraciones al margen*

Nos encontramos ya en grado de identificar los puntos relevantes de la concepción de la «costumbre jurídica» o más precisamente, de las *normas consuetudinarias jurídicas* construida por BOBBIO sobre los escombros, que él mismo provocara, de la concepción tradicional.

1. Una norma jurídica consuetudinaria es i) una «regla» social, ii) referida a comportamientos *esenciales* para la vida de la sociedad, iii) que ha adquirido valor de norma jurídica obligatoria luego de la repetida observancia por parte de los miembros de la sociedad y en virtud «del tiempo y de la tradición» («de la fuerza de la tradición», de «la autoridad de la tradición»), y iv) que mantiene su validez gracias a la constante observancia por parte de los miembros de la sociedad[22].

La fuente de la cual surgen las normas jurídicas consuetudinarias serían, por lo tanto, hechos normativos, consistentes en la repetición de «reglas» sociales, tal como queda resaltado por el título mismo de la monografía bobbiana.

2. En relación con cualquier norma consuetudinaria jurídica, es necesario distinguir cuidadosamente dos fases: la fase de la *formación* de la norma y la fase de la *conservación* de la norma.

---

*consuetudini costituzionali; nella seconda le consuetudini di diritto privato, compresi gli usi mercantili»* (pp. 34-35). Se trata, vale decir, de un criterio opinable por dos razones fundamentales: 1) El criterio no tiene en cuenta la diferencia, que en cambio sí es tenida en cuenta por los ordenamientos positivos, entre *pertenencia* y *aplicabilidad* de las normas: existen, de hecho, normas —como las del Derecho extranjero o del Derecho internacional— que típicamente, aun sin pertenecer al ordenamiento, son aplicables en virtud de metanormas que así lo disponen. Sin embargo, de acuerdo al criterio bobbiano tales normas se transformarían *ipso facto* en normas del ordenamiento en el cual se aplican (o mejor: en el cual deben/pueden ser aplicadas). 2) El criterio, en todo caso, es inaceptable desde el punto de vista de una teoría general de las fuentes del Derecho. La única posición que puede ser razonablemente defendida por un teórico del Derecho es aquella posición —normativista, más allá de las confusiones— para la cual una costumbre (uso, norma consuetudinaria, etc.) es Derecho si satisface las condiciones que a veces establecen las metanormas que, en cada ordenamiento positivo, regulan la producción jurídica. Esta posición es defendida de manera ejemplar por B. CELANO, 1996: «Consuetudine e norme sulla produzione di norme», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, pp. 185-214.

[21] *Cfr.*, p. ej., N. BOBBIO, *Consuetudine e fatto normativo,* cit., p. 53: *«elevare a elemento privilegiato della consuetudine il mero fatto della ripetizione nel tempo non significa escludere nei singoli utenti un determinato atteggiamento interno che può anche essere chiamato* opinio iuris: *significa escludere che questo atteggiamento interno abbia rilevanza per la formazione o modificazione o estinzione di una regola consuetudinaria, in quanto si assume come solo rilevante il mero comportamento di fatto, cioè l'adesione totale, o l'adesione parziale, o la non adesione alla regola tramandata».* En su conjunto, la concepción de la costumbre presentada en este trabajo resulta mucho menos articulada, y menos sofisticada, que la delineada en el libro de 1942.

[22] En el trabajo *Consuetudine e fatto normativo,* cit., pp. 20 y ss., BOBBIO identifica seis requisitos necesarios para que la repetición de un comportamiento produza una norma consuetudinaria: 1) trascurso del tiempo; 2) generalidad; 3) uniformidad; 4) constancia (sin interrupción); 5) frecuencia (sin intervalos); 6) publicidad respecto de este último requisito precisa que *«il diritto di cui si chiede il riconoscimento in base alla regola consuetudinaria consolidata, non sia stato esercitato segretamente».*

3. En la *fase de formación* de una norma consuetudinaria, intervienen cuatro factores de producción:

i) Una «regla» surgida en un grupo «en virtud de ineludibles exigencias sociales» (*regula*).

ii) La repetida observancia de la «regla» (que podríamos llamar *usus regulae*).

iii) La creencia en la obligatoriedad «de hecho» o «natural» de la «regla» (que podríamos llamar *opinio regulae*).

iv) La «fuerza de la tradición», que se manifiesta en cada miembro de un grupo social en la actitud según la cual, con palabras de BOBBIO:

> «Yo actúo así, porque muchos otros pertenecientes a mi misma organización social han actuado de este modo antes que yo»[23].

Dos observaciones brevísimas.

*a)* La *opinio regulae* en virtud de consideraciones epistemológicas análogas a las que BOBBIO formula en relación con la *opinio iuris*, no puede sino probarse mediante el relevamiento de una repetida observancia de la regla social por parte de la generalidad de los miembros. Por lo tanto, según BOBBIO, la *opinio regulae* no posee, en el proceso de producción, una relevancia autónoma respecto de la repetición del comportamiento conforme a la regla (*usus regulae*)[24].

*b)* Una vez rechazado el normativismo *(«nulla norma sine praevia norma»)* BOBBIO ilustra de modo opaco y débil la «fuerza de la tradición» tal como puede advertirse claramente en el párrafo apenas citado. El párrafo en cuestión, de hecho, contiene un argumento evidentemente elíptico en el cual pueden distinguirse dos ingredientes. Un primer ingrediente lo constituye la premisa normativa —en particular el principio de la autoridad de la tradición— según la cual: «es un deber comportarse tal como se han comportado los otros (innumerables) miembros de la propia organización social». El segundo ingrediente lo constituye la elección moral fundamental: la aceptación por parte de los individuos del principio de autoridad de la tradición, como principio ético dominante (o exclusivo) de su propio actuar social[25].

4. En la *fase de conservación* de la norma consuetudinaria intervienen, en cambio, dos factores:

i) La repetida observancia de la norma (*usus*).

ii) La creencia en la existencia de una norma jurídica obligatoria, o sea, la creencia de que cierto comportamiento es obligatorio porque así lo exige una norma jurídica (*opinio iuris*).

La *opinio iuris* sin embargo, por razones epistemológicas, no puede sino probarse a través del relevamiento de una observancia repetida de la norma consuetudinaria. De esta manera la *opinio iuris* tampoco posee relevancia conservatoria autónoma respecto de la repetición del comportamiento conforme a la norma (*usus*).

---

[23] N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 30.

[24] Realizo estas aclaraciones con el objetivo de llevar a cabo una *charitable interpretation*, teniendo en cuenta el párrafo citado antes en N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 55.

[25] Para un rechazo ejemplar de la pretensión —común en numerosas teorías— de reconducir el origen de las normas consuetudinarias a meros hechos sociales, *cfr.* C. ERNST, 1994: *Los derechos implícitos*, Córdoba: Lener, pp. 127 y ss.

5. En conclusión, la *opinio iuris*, tal como es entendida por la doctrina tradicional, no posee ni una función constitutiva o formativa de la norma consuetudinaria (ni puede tenerlo por razones conceptuales), ni una función autónoma como elemento «probatorio» la fase («proceso») de «conservación» de las normas.

El tratamiento bobbiano de la costumbre jurídica representa, todavía hoy, un caso paradigmático de abordaje teórico desprejuiciado de un fragmento del pensamiento jurídico (la tradicional noción dualista de costumbre), acompañado de una tarea de reconstrucción racional.

El éxito de la reconstrucción —para usar fórmulas recurrentes, y siguiendo lo sostenido por BOBBIO consiste en sustituir una *concepción dualista* de la costumbre— asentada sobre la combinación de dos elementos constitutivos: *usus* y *opinio* por una *concepción monista.* Bajo esta concepción, la *opinio* queda absorbida por el elemento externo, el *usus*, y éste queda como el único factor constitutivo (junto a la fuerza de la tradición)[26]. Es así que la concepción de la costumbre jurídica defendida por BOBBIO, si se la compara con la concepción tradicional, es una concepción de *pata única («one-legged»),* retomando una feliz expresión de Gerald POSTEMA.

Sin embargo, es necesario señalar que una comparación que, quizás como consecuencia de un apresurado deseo de clasificación de las teorías (monistas, dualistas, etc.), se limitase sólo a este aspecto pasaría por alto las demás diferencias que existen entre la concepción tradicional y la concepción defendida por BOBBIO.

La adhesión de BOBBIO al monismo behaviorístico se inserta en un cuadro de oposición radical a la doctrina tradicional de la costumbre. Un cuadro en el cual la crítica al *contenido* de la doctrina tradicional de la costumbre es una crítica por elevación al pensamiento jurídico tradicional, bajo los siguientes aspectos metodológicos: *a)* el modo de plantear el problema de las condiciones de existencia de las costumbres, y *b)* el modo de abordarlo.

Acerca del modo de concebir el problema, en el trabajo de 1942 BOBBIO, sugiere que, aparentemente, cuando nos preguntamos por las «condiciones de existencia» de las normas consuetudinarias, nos encontramos, si se observa bien, frente a no uno sino dos problemas distintos. Por un lado, el problema de las *condiciones de formación* de una norma consuetudinaria jurídica, por otro lado, el problema de las *condiciones de conservación* de la norma consuetudinaria ya formada. Y —sugiere BOBBIO— el elemento de la *opinio*, tal como resulta concebido por la doctrina tradicional, naufraga precisamente contra los peligrosos escollos de la distinción entre la fase formativa y la fase conservatoria de las normas consuetudinarias.

Respecto del modo de abordar el problema, BOBBIO sugiere que las dificultades de la doctrina tradicional derivan esencialmente de la ausencia de espíritu crítico, de un cansino y persistente adormecimiento de la razón. Los juristas se limitan a repetir viejas fórmulas, cargadas de los más diversos legados culturales, no prestan atención suficiente a los conceptos que usan y no se preocupan por someterlos a examen lógico y

---

[26] N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 84: *«la sua struttura essenziale è data dalla ripetizione costante, uniforme, generale di atti, indipendentemente dalla credenza o dal sentimento o dalla convinzione o dalla intenzione dei soggetti».*

empírico. Es así que los juristas se encuentran al fin y al cabo utilizando aparatos conceptuales mezquinos e insuficientes como para capturar adecuadamente los variados aspectos de las cosas a las que se refieren.

Dicho esto, es igualmente cierto que la concepción bobbiana de la constumbre presenta —al menos bajo la mirada de quien la analiza aquí y ahora, trascurridos casi setenta años desde su formulación— graves limitaciones.

Dejando de lado, por razones de tiempo, la tesis de la intrínseca juridicidad de las reglas sociales esenciales que resultan consagradas por una práctica concordante (y por la «fuerza de la tradición») quiero detenerme —y llamar la atención— sobre cuatro aspectos de la teoría bobbiana:

1. «Reglas» sociales como puntos a partir de los cuales inician los procesos de formación de Derecho consuetudinario.
2. La concepción bobbiana del *usus*.
3. Los limites del argumento epistemológico.
4. Los modos de escapar de las redes del argumento lógico.

1. *Reglas sociales como puntos de partida*. La fuente costumbre transforma «reglas» sociales (esenciales) en normas jurídicas, a través de la repetición y de la fuerza de la tradición.

La primera pregunta es, ¿qué son las reglas sociales que constituyen el punto de partida de los procesos de formación de normas jurídicas consuetudinarias? ¿Son «reglas» (prescripciones) o son quizás «regularidades» (comportamientos habituales)?

Dado el silencio de BOBBIO acerca de la cuestión, no queda sino formular conjeturas basadas en el principio de interpretación simpatética.

Pues bien, propongo como conjetura que las «reglas» de las que habla BOBBIO pueden concebirse como *modelos (esquemas) de comportamiento* originariamente adoptados, dentro de un grupo social, por ciertos individuos en sus relaciones con otros individuos. Estos *modelos (esquemas) de comportamiento* luego son imitados, repetidos, por los demás miembros y por las sucesivas generaciones («en un caso parecido se ha actuado así, y desde entonces siempre se ha hecho lo mismo»). La norma consuetudinaria provendría, de esta manera, de la repetición de comportamientos sociales en coincidencia con un modelo de comportamiento (precedente, cuyo verificarse puede incluso perderse en la noche del tiempo). Ese modelo de comportamiento, gracias a la autoridad de la tradición, se transforma, por fuerza de la repetición a lo largo del tiempo, en norma jurídica.

Esta conjetura me parece plausible. Queda sin embargo el hecho de que la concepción de BOBBIO es indeterminada en un punto fundamental: la naturaleza —y la genealogía— de las «reglas» sociales.

2. *Usus regulae/usus iuris*. En la literatura es común detenerse sobre el monismo behaviorístico que caracteriza la concepción bobbiana de las normas consuetudinarias[27].

[27] *Cfr.*, p. ej., G. LAZZARO, 1983: «Reciprocità e consuetudine», en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto BOBBIO*, Milano: Comunità, pp. 231 y ss.

Este tipo de análisis, sin embargo, no permite advertir que tampoco el elemento externo es ya el mismo que el de la doctrina tradicional. Y no es más el mismo porque, como hemos visto, además del *usus iuris* que se corresponde *grosso modo* al *usus* de la concepción tradicional, BOBBIO estima conveniente introducir (lo que he denominado) el *usus regulae*.

El primero —*usus iuris*— que interviene en la fase de la conservación de una norma jurídica consuetudinaria por hipótesis ya vigente (existente) es, podría decirse, un *usus confirmatorio*.

El segundo —*usus regulae*— que interviene en cambio en la fase de producción de una norma jurídica consuetudinaria es, podría decirse, un *usus formativo*, *constitutivo*, *productivo*.

BOBBIO es, claramente, un filósofo atento. Tanto como para ser consciente del hecho de que las dos *nociones*, claras y distintas en el cielo de los conceptos, comienzan a rasgarse —bajo la forma de una inevitable textura abierta— una vez enfrentadas a la experiencia. Escribe BOBBIO[28]:

> «La confusión entre los dos procesos, a consecuencia de la cual se habla generalmente de costumbre jurídica sin distinguir si se trata de una costumbre formativa [*usus* formativo] de una norma consuetudinaria, o de una costumbre conservatoria [*usus* conservativo] de una norma que puede incluso no ser consuetudinaria, confusión que se produce en el terreno de la costumbre [-fuente] pero no en el de, digamos, la ley [...] proviene evidentemente del hecho de que en la vida de la costumbre [-norma], a diferencia de la de la ley, tanto la formación como la conservación tienen lugar mediante el mismo proceso de repetición, y resulta difícil, o al menos engorroso, cuándo termina uno y comienza el otro. Pero que existe una diferencia resulta del hecho [...] que la repetición destinada a la formación posee efectos diferentes de la repetición destinada a la conservación. [...] En ausencia de la primera no se crea el *uso*, en ausencia de la segunda se crea el *desuso*»[*].

Adviértase, sin embargo, que esta admisión de BOBBIO, lejos de ser marginal, genera consecuencias infaustas. Nos habíamos desembarazado de la *opinio* debido a su absurdidad (en relación con la formación de las normas consuetudinarias) o su irrelevancia (en relación con la conservación de las normas consuetudinarias), y sin embargo nos encontramos ahora frente a un *usus* respecto del cual no es posible determinar si se trata de un *usus* formativo o un *usus* confirmatorio.

Si esto es así, la noción bobbiana de norma consuetudinara resulta, desafortunadamente, viciada de una profunda indeterminación, que se proyecta fatalmente sobre la experiencia social y jurídica que pretende iluminarse a través de ella. La indeterminación genera controversia. La controversia nos pone frente al juez (si existe uno). Y el juez tiene inevitablemente que decidir, en condiciones de incertidumbre y según su propia (y más o menos amplia) discreción, si ha sido atravesado el umbral invisible más alla del cual el *usus* formativo se transforma en *usus* conservatorio. Decidir si, en otras palabras, ha sido traspasada la puerta intangible más allá de la cual la *opinio regulae* se

---

[28] N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., p. 56 —el párrafo, como me he atrevido a señalar, documenta de manera preciosa la equivocidad de «costumbre» en los contextos jurídicos—.

[*] *N. de T.:* BOBBIO utiliza los términos *consuetudine* y *desuetudine*, en lugar de *uso* y *desuso,* respectivamente. Prefiero utilizar este último para para conservar, en castellano, el juego de palabras.

transforma en *opinio iuris*, y el deber de hecho se transforma —se podría decir, mágicamente— en deber jurídico.

Desde este ángulo visual, la perplejidad que manifiesta BOBBIO, con su conocida honestidad y agudeza, parece capaz de desmoronar completamente su propia reconstrucción. De la sartén de la concepción tradicional, rebosante de dificultades, hemos caído en las brasas de una concepción meritoria en su *pars destruens*, pero inadecuada en su *pars construens*. Inadecuada porque, en última instancia, parece promover conclusiones escépticas acerca de la costumbre como fuente; parece sugerir, en otras palabras, que es sumamente difícil —si no imposible— conceptualizar la formación de las normas consuetudinarias de un modo que preserve la eficiencia nomopoiética autónoma de ese modo de producción normativa[29].

3. *Perplejidades acerca del argumento epistemológico*. Uno de los dos argumentos principales que utiliza BOBBIO para suprimir el elemento *opinio* de un concepto bien formado de norma consuetudinaria y hacerlo absorber por el elemento externo, es, como hemos visto, el argumento (que he llamado) epistemológico.

El argumento epistemológico presenta sin embargo, según pienso, dos límites fundamentales.

Un primer límite consiste, creo, en su excesivo rigor. Consiste, si se quiere, en una especie de absolutismo desilusionado, para usar una célebre frase de Herbert HART. Efectivamente, BOBBIO parece razonar de la siguiente manera: puesto que no es posible probar la existencia de un estado mental, si no indirectamente, sobre la base de datos «externos» de experiencia, entonces el estado mental debe considerarse jurídicamente irrelevante.

Evidentemente, la premisa (intermedia) en el razonamiento de BOBBIO no conduce necesariamente a *esa* única conclusión. Lo hace si, y sólo si, se agrega una premisa ulterior, no explicitada por BOBBIO, pero claramente —aunque tácitamente— presupuesta, a saber, la premisa según la cual todo lo que no puede probarse directamente no es jurídicamente relevante.

Desde un punto de vista jurídico, sin embargo, esta última premisa es opinable, basta pensar en el instituto de las presunciones judiciales.

---

[29] En la literatura más reciente las razones del escepticismo acerca de la costumbre como fuente han sido examinadas, en particular, por B. CELANO, *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, cit., pp. 185 y ss.; F. SCHAUER, «Pitfalls in the Interpretation of Customary Law», en A. PERREAU-SAUSSINE y J. B. MURPHY (eds.), *The Nature of Customary Law*, cit., pp. 13-34; D. CANALE, 2007: «La consuetudine giuridica: problemi e paradossi», ponencia presentada en el congreso *La consuetudine giuridica: teoria, storia, àmbiti disciplinari,* Milano: Università di Milano, 20 de septiembre. Asimismo, el escepticismo acerca de la costumbre como fuente encuentra ya una autorizada expresión en Max WEBER, 1922: «Wirtschaft und Gesellschaft», Band III*, Soziologie des Rechts*, trad. it., «Economia e società», vol. III, *Sociologia del diritto*, Milano: Comunità, 1981, pp. 87 y ss. Con particular interés en la posición de los jueces y de los juristas respecto del Derecho consuetudinario, Max WEBER observa (pp. 92-93, 94): *«il giudice non si limita mai ad apporre il suo sigillo a ordinamenti già di fatto validi [effettivi, ndr] in base a un consenso o a una stipulazione, ma influenza sempre il processo di selezione di ciò che è destinato a sopravvivere come diritto, spesso —in misura notevole— attraverso le conseguenze operanti al di là del caso particolare che è stato oggetto della decisione [...] In conclusione, costituiscono fonti primarie di produzione di norme giuridiche il consolidarsi in forma tipica di determinati consensi, soprattutto di stipulazioni razionali rispetto allo scopo, che vengono sempre più consapevolmente poste in essere dall'agire degli individui impegnati a delimitare reciprocamente le loro sfere di interessi, con l'assistenza dell'"avvocato" di professione, e insieme a ciò i "precedenti" dei "giudici"».*

Un segundo, y más serio, límite del argumento epistemológico se presenta respecto de la delimitación del elemento externo. En su intento por reconstruir racionalmente la noción tradicional de costumbre (no importa aquí si, en el ensayo de 1942, BOBBIO fue filósofo analítico sin saberlo) BOBBIO adopta una concepción restringida del elemento externo. Concepción que, es verdad, le ha sido sugerida por la tradición. Según este modo de ver, el elemento externo coincide con el *usus*, y el *usus*, a su vez, no es otra cosa más que la *repetición* de comportamientos conforme a un modelo, a un regla.

En sede de reconstrucción racional, sin embargo, la identificación del elemento externo con el *usus* puede —y, en virtud también de múltiples razones de oportunidad, quizás deba— ser abandonada. A favor, por ejemplo, de una concepción más amplia del campo de referencia del elemento externo que incluya, además del *usus* en sentido estricto (como repetición de un patrón de comportamiento), comportamientos colindantes —en gran parte, pero no exclusivamente, lingüísticos—, que tienen lugar junto a la repetición del comportamiento conforme a la regla y junto a la producción de comportamientos desviados. Este tipo de comportamientos colindantes consisten, típicamente, en manifestaciónes de aprobación para aquellos que actúen según el *usus* y para aquellos que reaccionen de un cierto modo frente a comportamientos desviados, y en manifestaciones de desaprobación para quienes se aparten del *usus*.

En defensa de este modo de concebir el elemento externo —en relación con la relevancia y la verificación del elemento interno— es posible apoyarse en dos autoridades, ambas pertenecientes a la cultura jurídica de la segunda mitad del siglo pasado.

Por un lado, puede invocarse la teoría de las reglas sociales de Herbert HART. HART, como se sabe, propone una concepción más amplia de los datos empíricos que permiten verificar la existencia de reglas sociales, como tambièn distinguirlas de una mera regularidad o hábito, socialmente difuso. De esta teoría, defendida por HART frente al estricto conductismo de ciertos realistas americanos, se servirá el mismo BOBBIO en un trabajo posterior[30].

Por otro lado, es posible invocarse cierta corriente de la doctrina internacionalista contemporánea, cuya formulación puede encontrarse, por ejemplo, en la sentencia que la Corte Internacional de Justicia dictó en el caso *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*. Una sentencia que posee algunos párrafos que parecen escritos por el puño del mismo HART (J. HART, naturalmente)[31]:

> «No ha de esperarse que en la práctica los Estados apliquen las normas en cuestión de manera perfecta, en el sentido que los Estados se hayan abstenido, de modo absolutamente consistente, del uso de la fuerza o de la intervención en los asuntos internos de otro estado. La Corte no cree que por el hecho de que una norma se haya establecido como consuetudinaria, la práctica correspondiente tenga que conformarse a la regla de manera absolutamen-

---

[30] *Cfr.* H. L. A HART, 1961: *The Concept of Law*, 2.ª ed. con prólogo por P. A. BULLOCH y J. RAZ, Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 85 y ss.; N. BOBBIO, 1980: «Norma», en ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, cit., pp. 180-181.

[31] Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 27 de junio de 1986 en el «Caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los. Estados Unidos de América)», en *CIJ Recueil,* 1986, 14, párr. 186, citado por R. LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale e le sue fonti*, cit., p. 48.

te rigurosa. Para determinar la existencia de normas consuetudinarias, la Corte considera suficiente que la conducta de los Estados coincida, en general, con tales reglas y que los casos de conductas estatales que no coincidan con una regla dada hayan sido tratados en general como violación de la regla, y no como indicación de un reconocimiento de una nueva regla. Si un Estado se comporta de manera *prima facie* incompatible con una regla reconocida, pero defiende su propia conducta alegando excepciones o justificaciones contempladas por la norma en cuestión, tal actitud tiende a confirmar, más que a debilitar, la norma, independientemente del hecho de que la conducta del Estado sea de hecho justificable sobre esa base».

4. *¿Una cuarta vía de salida?* Frente a la efectividad del argumento lógico, y luego de haber mencionado dos vías de salida, ambas ruinosas, BOBBIO propone, como único recurso practicable para salvar la noción de costumbre jurídica del naufragio, una tercera vía de salida. La vía de salida propuesta por BOBBIO comporta, como se ha visto, sacrificar el elemento *opinio y* anclar las normas consuetudinarias en el *usus* (*usus-formativo* y *usus-conservativo*).

La concepción de las normas consuetudinarias defendida por BOBBIO presenta, sin embargo, algunos defectos que comprometen su valor como alternativa a la concepción dualista tradicional. Esto exige buscar otras vías de salida. ¿Pero existen?

Aparentemente sí.

BOBBIO elimina el elemento *opinio*, como hemos visto, por dos motivos. En primer lugar porque considera equivocada la concepción tradicional. En segundo lugar, y sobre todo, debido a la dependencia epistemológica que la *opinio* presenta respecto al *usus. Usus* entendido como repetición de un comportamiento de acuerdo a una «regla».

La debilidad del argumento epistemológico, sin embargo, sugiere la posibilidad de una cuarta vía de salida. Vía consistente en el *conservar*, con los ajuste necesarios, el elemento *opinio* tanto en la fase formativa como en la fase confirmatoria.

Este camino ha sido propuesto, por ejemplo, por John FINNIS[32] quien identifica, en la formación de una costumbre de Derecho internacional, los siguientes ingredientes:

1. Dos juicios prácticos correlacionados (aún cuando FINNIS se exprese en términos de «*a practical judgement*») según los cuales, *a)* es preferible que, en un sector dado, las relaciones internacionales se desarrollen según un modelo, común y estable, de comportamiento regido por una regla autoritativa; *b)* un determinado modelo de comportamiento *f* constituye el contenido más apropiado (justo, razonable, etc.) para una regla aplicable a ese sector ($PJ_0$).
2. Un juicio de hecho acerca de la extendida convergencia y aquiescencia de los Estados respecto del esquema de comportamiento *f* ($EJ_1$).
3. Un juicio de hecho acerca de la extendida aceptación, por parte de los Estados, de los juicios prácticos $PJ_0$, o sea de la «*opinio iuris*» ($EJ_2$).
4. Un juicio práctico $PJ_1$, de acuerdo al cual la extendida adhesión a $PJ_0$ y la extendida convergencia y aquiescencia respecto del modelo de conducta *f* son suficientes para justificar el juicio práctico $PJ_2$ según el cual existe, actualmente, una regla consuetudinaria autoritativa que prescribe (o permite) *f*.

[32] *Cfr.* J. FINNIS, 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, pp. 238 y ss.

5. Un juicio práctico $PJ_2$ de acuerdo al cual, aquí y ahora, se debe/puede hacer *f* («*f is required/permitted)*») en virtud de una regla de Derecho internacional consuetudinario.

6. Un juicio de hecho $EJ_3$ según el cual los Estados, en general, aceptan la regla que impone el deber (p permite) hacer *f*.

7. Una proposición normativa JJ («*juridical judgement*») según la cual, de acuerdo al Derecho internacional *consuetudinario, f* es obligatorio o se encuentra permitido.

8. Un juicio práctico fundamental *(«meta-legal or framework principle»)* $PJ^m$ según el cual el surgimiento y el reconocimiento de reglas consuetudinarias (asumiendo que un cierto grado de convergencia y/o de aquiescencia, en la práctica y la *opinio juris* correspondiente, es condición suficiente para crear una norma que vincule también a los Estados que no hayan sido partícipes de la práctica o no compartan la *opinio*) es un método conveniente o apropiado para resolver problemas de interacción y coordinación dentro de la comunidad internacional.

De acuerdo al análisis de FINNIS y revisitando la distinción, también presente en BOBBIO, entre *opinio regulae y opinio iuris*, un concepto bien formado de norma jurídica consuetudinaria podría, por lo tanto, ser reconstruido con el auxilio de *cuatro* nociones —recuperando así, si bien bajo ciertas condiciones, el elemento *opinio*—: 1) *usus*-formativo; 2) *usus*-confirmatorio (convalidatorio); 3) *opinio iuris de iure condendo*; 4) *opinio iuris de iure condito*.

La principal novedad de este aparato conceptual es la *opinio iuris de iure condendo*, que debe ser entendida como la intención de los miembros de un grupo de contribuir, con su comportamiento, a producir una norma jurídica consuetudinaria. Y mediante este procedimiento lograr que el Derecho tal como es coincida con el Derecho tal como debe ser. En otras palabras, con el fin de adecuar el derecho positivo al Derecho ideal (bajo alguna concepción de este último).

Es posible individualizar dos elementos principales que componen la *opinio iuris de iure condendo*:

i) La creencia de que el Derecho positivo es inadecuado debido a la ausencia de una norma que, a la luz de una moral ideal (o crítica) cualquiera (incluso una moral exquisitamente egoísta o de *«self-interest seekers with guile»*), debería existir.

ii) La intención de aprovechar el mecanismo de la fuente consuetudinaria para producir, a través de la repetición de ciertos comportamientos, la norma jurídica deseada (justa, oportuna, deseable).

La *opinio iuris de iure condendo* es, por lo tanto, una noción de *opinio* a la luz de la cual la costumbre es concebida como un metódo de producción de normas jurídicas. Un método consistente en la juridización «desde abajo», o *per facta concludentia*, de las reglas de una moral ideal (o crítica) cualquiera.

Asimismo, desde esta perspectiva, el *usus*-formativo es el conjunto de comportamientos —lingüísticos y no lingüísticos— que incluye no sólo los comportamientos cuya repetición se produce de acuerdo a una norma ideal, sino también aquellas conductas colindantes a las que me referí durante el análisis de los límites del argumento epistemológico.

Obviamente, también esta noción de norma consuetudinaria es blanco de dudas escépticas. A pesar de ello, creo se trata de una noción que a diferencia de la noción

dualista tradicional no se encuentra, como *explicatum*, tan alejada de la propuesta bobbiana y es más clara que la de FINNIS.

Antes de examinar la concepción de costumbre jurídica delineada por Giorgio LAZZARO puede ser útil ensayar un breve balance de la contribución de Norberto BOBBIO a la teoría (analítica) de la costumbre jurídica.

En la columna del deber hemos de contar, sin dudas:

i) La apresurada eliminación del elemento *opinio*.
ii) Una concepción extremadamente restringida del *usus iuris*.
iii) La indeterminación epistemológica que afecta a la distinción, en concreto, entre *usus*-formativo y *usus*-conservatorio y que justifica, al menos *prima facie*, un cierto *custom-skepticism*.
iv) La opacidad de la noción de regla social —sin contar, como decía, la opinable idea de la juridicidad intrínseca de las normas consuetudinarias que, por otro lado, el mismo BOBBIO abandonará expresamente a partir de sus escritos de los años sesenta.

En la columna del haber hemos de incluir, en cambio:

i) El abandono de la concepción dualista en su versión tradicional.
ii) La distinción entre la fase de formación y la fase de conservación de las normas consuetudinarias —y la consecuente discusión del problema de las «condiciones de existencia» y de las «condiciones de sobrevivencia» de las normas consuetudinaria.
iii) La multiplicación de los conceptos útiles para dar cuenta, en modo adecuado, del fenómeno consuetudinario —más allá de la particular pertinencia de los conceptos proporcionados por el mismo BOBBIO.
iv) Las indicaciones metodológicas concernientes a la (re)construcción de conceptos jurídicos bien formados.

### 3.2. La llamada de la selva (Lazzaro et la vie sauvage)

En el artículo «Reciprocità e consuetudine» [Reciprocidad y costumbre], publicado el año 1983 en una compilación de trabajos dedicados a Norberto BOBBIO[33], Giorgio LAZZARO propone lo que considero una *quinta* vía para escapar a los problemas revelados por el argumento lógico.

La vía de salida sugerida por LAZZARO —al igual que la cuarta recién analizada— consiste también en un intento de recuperar, si bien con convenientes modificaciones, el tradicional elemento de la *opinio;* con el objetivo declarado de proporcionar una explicación plausible de la genealogía de las normas consuetudinarias.

Con el auxilio de investigaciones sociológicas y, sobre todo, de las investigaciones etnográficas de Bronislaw MALINOWSKI y de Claude LEVI-STRAUSS, LAZZARO construye un modelo de formación de normas (jurídicas) consuetudinarias poniendo en evidencia el fundamental rol genealógico que jugarían las expectativas de reciprocidad —tal como anuncia, por lo demás, en el título de su trabajo—.

[33] G. LAZZARO, «Reciprocità e consuetudine», cit., pp. 231-247.

Vale la pena traer a colación algunos párrafos del texto de LAZZARO[34]:

«Parecen ser dos las tesis más importantes del ensayo [*La consuetudine come fatto normativo* de BOBBIO]:

*a)* La costumbre no necesita otro fundamento más que la propia actitud de considerarse como regla de conducta.

*b)* El uso no exige, como elemento esencial, una convicción particular de los sujetos que lo siguen, y en consecuencia tampoco exige una convicción acerca de una incierta juridicidad.

Las dos tesis [intrínseca juridicidad y crítica de la concepción tradicional de la *opinio iuris*], conservan aún su valor en su parte central. Aún más, creo que, con un poco más de atención, ambas pueden ser sostenidas introduciendo un elemento aún no identificado ni analizado ni discutido por BOBBIO como tampoco por los numerosos autores que lo citan. Este elemento es también un elemento subjetivo del uso y desearía llamarlo *expectativa de reciprocidad* […]

Olvidemos por un momento el problema de la juridicidad. La alusión a la sociología conduce a preguntarse cómo es posible que nazca una regla espontánea, es decir no impuesta, de comportamiento. La referencia a la etnografía lleva también a preguntarse como es que nacen las reglas de comportamiento en las sociedades primitivas. De este modo, entonces, surge —con algo de prepotencia— el elemento de la *reciprocidad* […].

Por tanto, si realmente se quiere identificar un elemento subjetivo de la costumbre es mejor identificarlo con la expectativa de reciprocidad, tal como he intentado trazarla. Y de todos modos, bajo una visión realista de los usos, ningún tipo de *opinio iuris* (ni siquiera un prejuzgamiento de la ley) puede sustituir la expectativa de reciprocidad».

Parecería entonces que nos encontramos frente a una concepción dualista de la formación de normas consuetudinarias, cuyo ingrediente principal consiste en una expectativa de reciprocidad. Ésta, sin embargo, sería una conclusión apresurada.

Si se lo analiza cuidadosamente —teniendo en cuenta lo que el mismo LAZZARO afirma en varios lugares de su artículo, y analizando desapasionadamente los hechos, tomados de MALINOWSKI, que LAZZARO utiliza como ejemplo a favor de su concepción (las relaciones entre una tribu de pescadores y una tribu de aricultores en un isla de la Melanesia)— el cuadro se revela, gracias a LAZZARO, mucho más articulado. En este cuadro el peso del factor expectativas de reciprocidad resulta redimensionado en beneficio de la relevancia de otros factores, uno de los cuales es igualmente interno. Veamos cómo.

---

[34] G. LAZZARO, «Reciprocità e consuetudine», cit., pp. 233, 245. La idea de que la expectativa de reciprocidad juega un rol importante en la explicación del origen de las normas consuetudinaria ha sido sostenida, quizás por primera vez —como indica B. CELANO, 1995: «Consuetudini, convenzioni», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino: Giappichelli, p. 54, nota 36— por Lon FULLER. *Cfr.*, en particular, L. FULLER, 1968: *Anatomy of the Law*, Harmondsworth: Penguin, pp. 99 y ss. Escribe FULLER, en uno de los párrafos que a nosotros aquí más nos interesa (pp. 104-105): *«rules of customary law [...] do not arise simply out of habitual or repeated actions. The fact that a man or a group of men has for a long time acted uniformly in certain respects cannot of itself give anyone else a claim that this pattern of behaviour should be continued. A sudden departure from established routine may cause surprise, but it will not normally arouse a sense of injury or wrong unless the observer has in some way adjusted his own affairs to the previously observed pattern of behaviour. Customary law imposing rights and duties will arise between A and B only in case their interests are interwoven in such a way that each has to orient his own behaviour by some expectation as to the other's action [...] Customary law arises, then, out of situations of human interaction where each participant guides himself by an anticipation of what the other will do and will expect him to do».*

La formación de una norma consuetudinaria —a la luz de los hechos mencionados por LAZZARO— parece ser el resultado de la conjugación de al menos cinco factores, tres factores externos y dos factores internos (psicológicos):

1. Un conjunto de circunstancias favorables (un contexto propicio).
2. La adhesión a un principio ético normativo (una actitud práctica claramente normativa, extendida y compartida).
3. La disponibilidad de un mecanismo sancionador eficaz (un mecanismo sancionador eficiente).
4. Las expectativas de reciprocidad (una actitud proposicional difundida y compartida).
5. La repetición generalizada de un mismo modelo de comportamiento, o *usus* (un modo generalizado de comportamiento).

1. Al *primer factor* —el *contexto propicio* para el surgimiento de una norma consuetudinaria— lo conforman situaciones en las cuales, ya sea desde el punto de vista de los miembros de un grupo social, ya sea para cada uno de dos o más grupos sociales asentados en territorios contiguos, resulta en suma ventajoso instaurar formas de cooperación interindividual, o intertribal. Formas de cooperación consistentes en el intercambio, no contextual, de bienes y/o servicios. Tales intercambios, de hecho, resultan ventajosos para todas las partes involucradas; en este sentido, son transacciones Pareto-superior (al menos una parte resulta beneficiada, y ninguna resulta perjudicada) a favor de las que militan fuertes consideraciones utilitaristas.

2. El *segundo factor* —la *adhesión a un principio etico-normativo común*— consiste, en particular, en una aceptación generalizada de un mismo principio de justicia sinalagmática, como la regla fundamental que rige las relaciones interindividuales o intertribales. Se trata, pecisamente, del «principio de reciprocidad». En palabras de LAZZARO: «Haz a los demás aquello que esperas te hagan a ti».

El principio de reciprocidad —apunta LAZZARO— «implica que cada una de las partes tiene *derechos* y *deberes* contemporáneamente». Ese principio ordena a quien haya recibido un beneficio devolver al beneficiante un beneficio equivalente. El mismo principio confiere a quien haya proporcionado un beneficio el título para esperar, del beneficiado, un beneficio análogo en su favor, *i. e.* una expectativa normativamente justificada, legítima. Tal principio se encuentra, finalmente, concreta en gran variedad de reglas sociales específicas[35].

3. El *tercer factor* —la *disponibilidad de un mecanismo sancionador eficiente*— consiste en la posibilidad, concreta y simple, de sancionar a quienes hayan violado el principio de reciprocidad, es decir, a quienes no hayan hecho aquello que los demás, legítimamente, esperaban que hicieran, y de denegar a aquellos los beneficios que usualmente les habría sido conferido, por lo menos hasta tanto no regularicen su situación:

> «Cada comunidad —señala LAZZARO a propósito del ejemplo de MALINOWSKI[36]— dispone de un arma para hacer respetar los propios derechos, a saber, la *reciprocidad*».

---

[35] «*Così come l'esogamia* —escribe C. LÉVI-STRAUSS, en uno de los párrafos que cita LAZZARO («Reciprocità e consuetudine», cit., pp. 236-237)— *anche la proibizione dell'incesto è una regola di reciprocità: io infatti rinuncio a mia figlia e a mia sorella a patto che anche il mio vicino rinunci alle sue*».

[36] G. LAZZARO, «Reciprocità e consuetudine», cit., p. 234.

4. El *cuarto factor* —las *expectativas de reciprocidad*— consiste en la actitud proposicional, compleja y generalizada, en virtud de la cual cada una de las partes involucradas en una trama permanente de relaciones *espera* (prevé y confía) *que*, si hace *x* en favor de *B* en la situación *S*, a su turno *B*, apenas se dé la ocasión, hará *x* —o algo equivalente *y*- en favor suyo—, y *B* se comportará así porque espera, a su vez, que la otra parte hará *x* en su favor apenas exista la posibilidad.

Escribe a este respecto LAZZARO[37]:

> «El impulso secreto que produce el surgimiento de una regla espontánea es la expectativa de una reciprocidad más o menos intensa».

Desde este punto de vista, las normas consuetudinarias se originarían en comportamientos que se repiten en virtud del entrelazamiento de expectativas de reciprocidad.

Dicho esto, sin embargo, conviene preguntarse: ¿Qué es lo que libera el «impulso secreto» de las expectativas? O, para decirlo sin metáforas: ¿sobre qué «se fundan» tales expectativas? ¿Cómo se explica la formación de tales expectativas? ¿Qué es lo que hace que quienes abrigan tales expectativas consideren justificado abrigarlas?

Aparentemente, al juzgar por el ejemplo etnográfico adoptado por LAZZARO, el impulso de las expectativas resulta liberado por dos factores. Los dos factores son externos al juego mismo de las expectativas cruzadas y consisten en un par de asunciones de los participantes sobre las actitudes psicológicas de los demás.

La primera asunción consiste en formular una hipótesis acerca de los demás participantes, considerándolos *maximizadores racionales del propio interés*. Esta asunción alimenta la expectativa en la continuidad del comportamiento conforme al uso, pues resultaría irracional que este tipo de participantes lleven a cabo un comportamiento que, en virtud del mecanismo sancionador, pudiera ser perjudicial para ellos mismos.

La segunda asunción consiste en formular una hipótesis acerca de la *aceptación por parte de los demás del principio ético normativo de reciprocidad*, *i. e.* considerar que los demás participantes han aceptado, aunque más no sea por razones utilitaristas, el principio de reciprocidad como principio de justicia sinalagmática. En virtud de esta aceptación aparecen en las relaciones interindividuales e intertribales ciertas nociones que de otro modo serían inexplicables. Entre estas nociones, utilizadas por LAZZARO, se encuentran las de «derechos» y «deberes» recíprocos y la de expectativas no meramente prudenciales, sino normativamente justificadas o, o en este sentido, «legítimas».

5. El *quinto*, y último, *factor* —la *repetición de un mismo modelo de comportamiento* por parte de la generalidad de los miembros de un grupo, o por parte de cada grupo (por ejemplo, en las relaciones intertribales)— es el tradicional factor del *usus*. El factor del *usus*, en la concepción de LAZZARO, participa en la formación de una norma consuetudinaria en el contexto de las circunstancias y de las actitudes psicológicas que he intentado iluminar.

---

[37] *Ibídem,* p. 234.

### *3.2.1. Consideraciones al margen*

Me limitaré a dos breves consideraciones.

1. *La opinio iuris en la concepción de las expectativas de reciprocidad*. Las expectativas de reciprocidad constituirían, en la concepción de LAZZARO, un modo de dar, al vetusto elemento de la *opinio,* un contenido inmune a los defectos que el argumento lógico de BOBBIO permitió advertir.

Sin embargo, si la reconstrucción que he ofrecido arriba es correcta, la expectativa de reciprocidad no es, como dije, el único aspecto del elemento interno (*opinio*) en la concepción defendida por LAZZARO. Por lo que sería reduccionista y engañoso considerarla como el elemento genealógico decisivo. Además de la expectativa de reciprocidad es posible aislar, de hecho, otros *tres* elementos.

*En primer lugar*, existe una *actitud normativa*: la adhesión al principio ético-normativo de reciprocidad. La adhesión, si se quiere, a una cierta idea o a un cierto «sentido» de lo que es justo hacer en determinadas circunstancias. Adviértase que en virtud de esta actitud las expectativas acerca del comportamiento de los demás se transforman en expectativas legítimas (normativamente justificadas). De este modo, defraudar las expectativas de los demás no es sólo motivo de sorpresa, o de desconcierto, sino que es un acto ilícito pues lesiona un derecho.

*En segundo lugar,* existe la *asunción* de que los demás individuos involucrados en un contexto de interacción social dado son también maximizadores racionales del propio interés.

*En tercer lugar*, y por último, encontramos asimismo la *asunción* de que los demás individuos involucrados en un cierto contexto de interacción social han aceptado el principio de reciprocidad como un principio normativo cardinal que rige las relaciones sociales.

Bajo esta perspectiva, una norma consuetudinaria es una norma social que se forma debido al repetirse de un comportamiento (*usus*) acompañado (condicionado, explicado) por una *opinio.* Donde *opinio* es entendida como complejo de actitudes psicológicas en el que es posible distinguir, por lo menos, cuatro elementos ya identificados : i) la adhesión de cada parte al principio ético normativo de reciprocidad, ii) la expectativa de reciprocidad (previsión de y confianza en la reciprocidad de los demás) fundada, a su vez, sobre iii) la asunción de la racionalidad ajena, y iv) sobre la asunción de la adhesión, por parte de los demás, al principio de reciprocidad.

2. *Normas consuetudinarias tradicionales (costumbres autoritativas) vs. normas consuetudinarias sinalagmáticas (costumbres sinalagmáticas)*. En la concepción tradicional, como también en la concepción que defiende BOBBIO como resultado de la reconstrucción racional de la primera, una «regla» observada repetidamente por un grupo social adquiere el *status* de norma social (jurídica) obligatoria en virtud de la «autoridad de la tradición».

Si bien BOBBIO evita poner las cosas de este modo —debido a razones vinculadas por un lado con la defensa de la tesis de la costumbre como hecho normativo (como fuente que produce normas a partir de hechos sin que aparentemente inter-

vengan normas presupuestas) y por otro lado al rechazo de un punto de vista normativista de la producción de normas— la «autoridad» (la fuerza prescriptiva) «de la tradición» es un hecho social que depende de la adhesión —consciente o inconsciente— por parte de la generalidad de los miembros del grupo a una norma sobre la producción de normas.

Se trata, particularmente, de una norma sobre la producción de normas (NPN) que puede, por ejemplo, asumir las siguientes formulaciones:

NPN[1] «*Ex facto consuetudinis oritur ius*» —entendiendo la frase, no como una improbable proposición apofantica, sino como expresión del principio que declara a los hechos consuetudinarios fuente de normas jurídicas.

NPN[2] «*Consuetudo servanda est*».

NPN[3] «Es obligatorio comportarse como se han comportado nuestros venerables antepasados»

NPN[4] «Es obligatorio comportarse como siempre nos hemos comportado y como nos comportamos habitualmente», etc. O también, con la forma de una norma sintácticamente condicional sobre la costumbre como fuente (una NCF, para usar un acrónimo similar al introducido por CELANO[38]):

NCF[1] «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, entonces existe una norma (jurídica) que ordena/permite comportarse de ese modo».

NCF[2] «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, con la convicción de que comportarse así se encuentra ordenado/permitido por una norma jurídica existente, entonces existe una norma (jurídica) que ordena/permite comportarse de ese modo».

NCF[3] «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, con la convicción de que comportarse así resulta obligatorio/permitido a la luz de ciertas exigencias sociales ineludibles, entonces existe una norma (jurídica) que ordena/permite comportarse de ese modo».

NCF[4] «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, con la intención de contribuir a la producción de la norma jurídica correspondiente, entonces existe una norma (jurídica) que ordena/permite comportarse de ese modo».

En la concepción de las expectativas de reciprocidad elaborada por LAZZARO, en cambio, la norma sobre la producción de normas es una variante del principio de reciprocidad. Esta norma, en virtud de la cual la repetición de ciertos comportamientos acompañada por expectativas de reciprocidad entrelazadas produce normas sociales, puede ser formulada del siguiente modo:

NPN[5] «Es obligatorio comportarse como siempre nos hemos comportado *si* existe, y *mientras* exista, una expectativa razonable de reciprocidad».

O, con forma de norma condicional sobre la costumbre como fuente:

NCF[5] «Si nos hemos comportado repetidamente en cierto modo, en un contexto de interacción caracterizado por ventajas cooperativas, adhesión al principio de reciprocidad, mecanismo sancionatorio de la reciprocidad y, como consecuencia, expecta-

---

[38] *Cfr.* B. CELANO, «Consuetudine e norme sulla produzione di norme», cit., pp. 185 y ss.

tivas de reciprocidad, entonces existe una norma que ordena/permite comportarse de ese modo *si*, y *mientras*, existe una razonable expectativa de reciprocidad».

Nos encontramos, por lo tanto, frente a dos tipos de «normas cosnsuetudinarias», a saber, las normas consuetudinarias (que podríamos llamar) *tradicionales o miméticas*, formadas sobre la base de normas de tipo $NCF^1$-$NCF^4$, y las normas consuetudinarias (que podriamos llamar) *sinalagmáticas* que se forman, en cambio, sobre la base de normas como $NCF^5$. Nos encontramos frente, en otras palabras, a dos conceptos distintos de «norma consuetudinaria».

Al igual que el explorador que, desembarcando en una isla desconocida, cree erroneamente encontrarse al borde de una tierra conocida desde hace tiempo por los cartógrafos, LAZZARO considera, aparentemente, que su concepción de costumbre no es otra cosa más que una versión sociológico-etnográfica de la concepción bobbiana. Concepción, esta última, que es a su vez una reconstrucción racional (para BOBBIO, tal como vimos, la única posible) de la concepción dualista tradicional.

Pero las cosas no son exactamente así.

Con LAZZARO, la reconstrucción racional de la concepción dualista tradicional desembarca en las tierras vírgenes del pluralismo conceptual. En otras palabras, se arriba a la idea según la cual el conjunto de cosas que suelen llamarse «costumbres» no es un conjunto homogéneo, comprende en cambio fenomenos diversos que mediante aparatos conceptuales apropiados han de ser cuidadosamente distinguidos.

En la cultura jurídica italiana del tardo *novecento*, el camino del pluralismo conceptual *circa consuetudinem*, casualmente abierta por LAZZARO, será recorrida con sesuda determinación, a través de un largo, y quizás exahustivo, trecho, por el tercero de los (buenos) filosofos a quienes está dedicada mi breve reseña: Bruno CELANO.

### 3.3. Tres conceptos de costumbre

Bajo el presupuesto —aparentemente racional pero sin embargo para nada inocuo ni descontado— de que las «costumbres jurídicas» son una especie perteneciente al género «costumbre», CELANO afirma:

> «Mi problema no es: "¿Bajo qué condiciones puede decirse de una costumbre que es una costumbre *jurídica*?", mi problema es, en cambio, más general: "¿Qué es, como tal, una costumbre?"»[39].

La respuesta que proporciona CELANO no consiste, sin embargo, en *un* concepto de «costumbre», sino, a menos que me equivoque, en no menos de tres conceptos de «costumbre»:

1. Costumbre-comportamiento (costumbre-regularidad social conformista).
2. Costumbre-regla social normativa (costumbre-norma social).
3. Costumbre-regla social estratégica (costumbre-regularidad social estratégica).

Veamos muy brevemente de qué se rata.

---

[39] B. CELANO, «Consuetudini, convenzioni», cit., p. 37.

### *3.3.1. Costumbre-comportamiento*

Según la primera noción una costumbre:

> «Es un comportamiento repetido (una regularidad de conducta) por parte de la generalidad de los miembros de un grupo social dado, y cada uno de ellos procede de este modo (cada uno se amolda) porque así se hace "de norma", o normalmente»[40].

A fin de poner en evidencia el elemento subjetivo que caracteriza esta noción de costumbre como *comportamiento consuetudinario* CELANO propone una formulación más precisa que incluya el elemento de las *preferencias* (digamos) *conformistas* de cada uno de los miembros de un grupo social.

La formulación sugerida por CELANO es la siguiente:

En una situación S, que se presenta frecuentemente, existe una costumbre entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente:

1. En toda instancia de S, cada uno de los miembros de G hace A.
2. Cada uno de los miembros de G hace A en S porque prefiere hacer A.

(CD) Cada miembro de G prefiere hacer A en S debido a que los demás miembros de G prefieren hacer A en S (el hecho de que cada uno de los miembros de G prefiera hacer A en S es, de este modo, un efecto que posee como causa el hecho de que los demás miembros de G hacen A en S)[41].

Sin embargo, no es posible, sostiene CELANO, utilizar sensatamente esta noción de costumbre como contenido de una (hipotética) norma sobre la producción jurídica que instituya la «costumbre» como fuente del derecho (una norma NFC: «norma sobre la fuente consuetudinaria»).

Efectivamente, una norma tal —que CELANO indica como norma $NFC_1$— tendría, *grosso modo*, el siguiente tenor:

> «Si existe en un grupo social G una costumbre-comportamiento CC, entonces existe, en el ordenamiento jurídico OG del grupo G, una norma jurídica que establece como standard de conducta ese comportamiento general y constantemente repetido, CC»[42].

La eventual pertenencia de una $NFC_1$ a un ordenamiento jurídico poseería, no obstante, «consecuencias contraintuitivas». Consecuencias que, sostiene CELANO, es razonable suponer, «aparecerían como indeseadas»[43]. Aparecerían como indeseadas por una razón fundamental; cualquier regularidad de comportamiento que dependa de preferencias conformistas, cualquiera sea su contenido (ir al cine los sábados por la noche, consumir pan dulce en navidad, pasar un periodo de vacaciones fuera de la residencia habitual), se transformaría en norma jurídica en virtud de $NFC_1$. Es entonces necesario introducir criterios de distinción.

---

[40] *Ibídem,* p. 48.

[41] *Cfr.* B. CELANO, «Consuetudini, convenzioni», cit., p. 49.

[42] *Cfr.* B. CELANO, 1996: «Consuetudine e norme sulla produzione giuridica», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, p. 187.

[43] *Ibídem,* p. 191.

«Brevemente, NFC deberá "obviamente" […] declarar supuesto de hecho productor de normas jurídicas consuetudinarias a la repetición general y constante, por parte de los miembros de un grupo social, de cierto tipo de comportamiento; *siempre y cuando* tal repetición satisfaga *ciertas condiciones adicionales* que excluyan las consecuencias contraintuitivas derivadas de la precedente formulación de $NFC_1$»[44].

Se llega así «a una segunda versión de $NFC_1$», $NFC_1$*, más sensata, plausible, verosímil y razonable que la primera, según la cual:

«El supuesto de hecho, al cual NFC asocia la consecuencia jurídica consistente en el nacimiento de una norma jurídica "consuetudinaria", es la repetición general y constante de un cierto tipo de comportamiento que satisfaga las condiciones $C_1 \ldots C_n$»[45].

Sin embargo, el modo más razonable de entender las condiciones en presencia de las cuales una regularidad social (una costumbre-comportamiento) representa un supuesto de hecho productor de normas jurídicas consiste, según CELANO, en abandonar la noción de costumbre como comportamiento consuetudinario (regular, habitual, por motivos conformistas) en favor de (alg)una noción de costumbre como «regla social»[46].

En términos completamente genéricos, por lo tanto, una norma NFC apropiada sería una norma formulada, *grosso modo*, de la siguiente manera:

«Si existe en un grupo social G una regla social RS, entonces existe, en el ordenamiento jurídico OG del grupo G, una norma juídica correspondiente ($NG^{RS}$) que ordena/permite el comportamiento que constituye el contenido de RS (*i. e.*, de contenido idéntico a RS)».

¿Cómo puede ser entendida, sin embargo, una costumbre-regla social?

Para responder a esta pregunta CELANO parte de la noción dualista tradicional de costumbre (jurídica):

«La costumbre, en cuanto fuente de producción jurídica, consta de dos elementos fundamentales:

1. Un elemento denominado exterior, material, objetivo: el *usus*.
2. Un elemento denominado espiritual, psicológico, mental, subjetivo: la *opinio juris ac (seu) necessitatis.*

La *opinio* es una actitud subjetiva consistente, *grosso modo*, en la creencia, convencimiento, convicción, sentimiento, opinión… que el tipo de conducta general y constantemente repetida constituye un *standard,* en cierto sentido, vinculante (un tipo de comportamiento que *debe*, en cierto sentido, ser observado)»[47].

Ahora bien, existen según CELANO dos sentidos fundamentales en que un agente puede considerar tener el *deber* de observar un comportamiento. El «deber» puede ser, efectivamente, entendido como un *deber normativo*, o bien, en cambio, como un *deber técnico* (estratégico). En el primer caso, la costumbre es una *regla social normativa* («noción normativa» de costumbre); en el segundo caso existe en cambio una *regla social estratégica* («noción estratégica» de costumbre).

---

[44] *Ibídem,* p. 192, cursivas en el original.
[45] *Ibídem,* p. 192.
[46] *Cfr. ibídem,* pp. 198 y ss.
[47] *Ibídem,* p. 193.

### *3.3.2. Costumbre-regla social normativa*

En los trabajos de CELANO encontramos —por razones analíticas— no menos de tres versiones de la noción de costumbre como regla social normativa. Una versión simple o tradicional (C-RSN1), y dos versiones en las que se precisa el elemento *opinio* teniendo en cuenta la interdependencia individual y las conexiones entre expectativas de reciprocidad (C-RSN2, C-RSN3).

#### *C-RSN1 (Noción normativa simple)*

> «En una situación recurrente S, existe una costumbre [norma consuetudinaria] entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente:
>
> 1. En cada instancia de S cada uno de los miembros de G hace A.
> 2. Porque considera tener el deber de hacer A»[48].

Según CELANO, por otro lado, esta primera noción de regla social normativa no ofrecería una reconstrucción racional satisfactoria del concepto de norma consuetudinaria. Tampoco constituiría un término satisfactorio *ad quem* para una norma NFC adecuada. Todo ello por la sencilla razón que a la luz de esa noción, la repetición generalizada de un mismo modelo de comportamiento puede ser simple reflejo de una *convergencia casual* de los comportamientos y las actitudes de los individuos. En este caso la convergencia se produce independientemente de cualquier consideración de cada individuo acerca de las actitudes y los comportamientos de los demás. En otros términos, la repetición puede ser reflejo de una situación de *«overlapping consensus»* rawlsiana. Faltaría, por lo tanto, la referencia a la conducta y a las actitudes de los demás: la «condición de dependencia» respecto al actuar de los otros, que sería en cambio el rasgo distintivo de los fenomenos que se suelen llamar «costumbre».

#### *C-RSN2 (Noción normativa tradicional, basada en el principio de autoridad de la tradición o principio conformista)*

En una situación recurrente S, existe una costumbre [norma consuetudinaria] entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente, cada vez que se presenta S:

> «1. Cada uno de los miembros de G hace A.
> 2. Porque considera que tiene el deber de hacer A.
> CD. Cada miembro de G concluye que tiene el deber de hacer A porque:
>
> *a)* Cree que tiene el deber de hacer aquello que se hace normalmente y que siempre se ha hecho en el pasado.
>
> *b)* Cree que normalmente se hace A y que en el pasado se lo ha siempre hecho»[49].

---

[48] *Ibídem,* p. 199.
[49] B. CELANO, *Consuetudini, convenzioni*, cit., p. 51.

En esta definición de regla consuetudinaria normativa entra claramente en juego la ««norma fundamental» de un ordenamiento normativo (puramente) consuetudinario». Se trata, precisamente, de una norma del tipo NFC[1-4] (*cfr. supra,* § 2.2.1), que «ordena repetir los comportamientos que de hecho han sido repetidos por la generalidad de los miembros del grupo», de «actuar tal como los miembros de la comunidad han actuado siempre»[50]. Nos encontramos de este modo frente a una definición —sumamente lúcida y articulada— de la noción tradicional de norma consuetudinaria (*supra,* § 2.2.1).

*C-RSN3 (Noción normativa basada en un principio ético-normativo de reciprocidad)*

En una situación recurrente S existe una costumbre [norma consuetudinaria] entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente, en cada instancia de S:

1. Cada uno de los miembros de G hace A.
2. Porque cree [concluye] que tiene el deber de hacer A.

CD. Cada uno de los miembros de G concluye que es su deber hacer A porque:

*a)* Cree que normalmente se haga A y que en el pasado siempre se ha hecho A.
*b)* Cree que tiene el deber de hacer aquello que se hace normalmente y que siempre ha sido hecho en el pasado.
*c)* «Cree que tiene el deber de cumplir la norma "Se debe hacer aquello que se hace normalmente, y siempre se ha hecho en el pasado", bajo la condición de que cada uno de los demás miembros de G considere que es también su propio deber cumplirla (bajo la misma condición [de reciprocidad])»[51].

Esta última noción normativa de regla social consuetudinaria —como habrá sido notado— coincide, *grosso modo*, con la noción (que antes he llamado) sinalagmática, basada en el principio ético-normativo de reciprocidad y también identificada por LAZZARO.

Las últimas dos nociones normativas de costumbre podrían tranquilamente ser adoptadas, al menos *prima facie*, por normas que regulen especialmente la producción jurídica NFC.

Veremos ahora, sin embargo, que CELANO considera que la norma NFC «más plausible» (racional, sensata) es una norma NFC que convierte en normas jurídicas «reglas sociales» estratégicas.

### *3.3.3. Costumbre-regla social estratégica*

La noción estratégica de costumbre-regla social (C-RSS) deriva de la sustitución de la *opinio* tradicional, atada a la idea de deber normativo, por el requisito diverso de la «expectativa de reciprocidad».

---

[50] *Ibídem,* pp. 51-52, nota 32.
[51] *Cfr. ibídem,* p. 64.

«En una situación recurrente de interacción estratégica S, existe una costumbre [regla social consuetudinaria] entre los miembros de un grupo G si, y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente, cada uno de los miembros de G:

1. Hace A en S.
2. Porque cree que tiene el deber de hacer A en S.
3. Concluye que tiene el deber de hacer A en S, porque cree que, para cada uno de los miembros de G, valen las condiciones 1, 2 y 3»[52].

Si, sin embargo, el deber al cual se alude en la definición es, como el mismo CELANO tiene el cuidado de resaltar, un «deber estratégico» o un «deber técnico», y si deber estratégico (deber técnico) equivale a «conveniencia estratégica», ¿por qué no abandonar del todo la utilización de términos deónticos y expresarse, en cambio, precisamente en términos de conveniencia estratégica?

Llevando a cabo las sustituciones adecuadas, la definición de regla social consuetudinaria estratégica a la que acabo de referirme asume, *grosso modo*, el siguiente tenor:

«En una situación recurrente de interacción estratégica S, existe una costumbre (regla social consuetudinaria) entre los miembros de un grupo G, si y sólo si, dado un cierto tipo de acción A que puede ser realizada intencionalmente, cada uno de los miembros de G:

1. Hace A en S.
2. Porque cree conveniente/útil/ventajoso hacer A en S.

3/CD. Concluye que es conveniente/útil/ventajoso hacer A en S, porque cree que, para todos los miembros de G, valen precisamente las condiciones 1, 2 y 3 (*i. e.*, cada uno de los miembros cree que cada uno de los demás miebros hace A en S, que lo hace porque considera ventajoso hacerlo, y cree ventajoso hacerlo en consideración de lo que los demás hacen, creen que es ventajoso hacer, y creen que los demás consideran ventajoso hacer)».

Adviértase que una vez formulada de este modo la noción de C-RSS aparece con toda nitidez la diferencia entre la noción normativa y la noción estratégica de regla social consuetudinaria.

De modo que resulta inoportuno, en el ámbito de la reconstrucción racional de una noción tan problemática como la de costumbre, no diferenciar netamente, incluso a nivel terminológico, las situaciones en las que existen «deberes normativos», únicos deberes propiamente dichos, de las situaciones, radicalmente distintas de las primeras, en las cuales existen en cambio «deberes técnicos», o sea, simples conveniencias estratégicas.

Frente a una regla consuetudinaria estratégica, efectivamente, el comportamiento que no se ajusta al modelo no constituye, propiamente dicho, la violación de un deber pues por hipótesis tal deber no existe. En otros términos, no constituye un acto ilícito sino un simple quebrantamiento del equilibrio estratégico al cual se reacciona, comúnmente, con una ruptura equivalente. La sanción consiste aquí en el no hacer, a su turno, la propia parte. Lo ilustro con una imagen bucólica: «No has venido, sin avisar,

---

[52] B. CELANO, *Consuetudine e norme sulla produzione giuridica*, cit., p. 202. *Cfr.*, para una posición *grosso modo* análoga, respecto de las costumbres internacionales, G. J. POSTEMA, «Custom in International Law: a Normative Practice Account», en A. PERREAU-SAUSSINE y J. B. MURPHY (eds.), *The Nature of Customary Law*, cit., pp. 279-306.

a ayudarme a segar el heno, como habías siempre hecho en los últimos diez años. Bien, no puedo obligarte a hacerlo. Pero tampoco yo iré a ayudarte con la cosecha de las verduras».

El juego costumbre-regla social normativa —en las dos variantes principales que han sido hasta ahora identificadas, el juego «principio de la autoridad de la tradición» y el juego «principio ético-normativo de reciprocidad»— y el juego costumbre-regla social estratégica son por lo tanto, ha de subrayarse, formas de interacción social radicalmente distintas.

Sólo en el primer caso el juego es, propiamente hablando, un juego *normativo.* Un juego que *produce normas* sociales sobre la base de comportamientos inspirados en una norma fundamental sobre producción de normas (de los tipos NFC[1]-NFC[5], *cfr. supra,* § 2.2.1).

En el segundo caso en cambio, como claramente se sigue también de la tesis de la justificación basada en el principio de tutela de la confianza (a la cual me referiré inmediatamente), los modelos de interacción estratégica —la *regularidad estratégica*— adquieren valor de normas sociales (jurídicas), atributivas de derechos y deberes, sólo en virtud de un factor que, por hipótesis, es externo. Este factor consiste en una norma jurídica sobre la producción de normas consuetudinarias que otorga carácter jurídico a los modelos de comportamiento que se repiten en determinadas situaciones de interaccion estratégica.

Con respecto a las costumbre-reglas sociales estratégicas (costumbre como regularidad social estratégica), CELANO sostiene tres tesis que me limito sólo a señalar, a modo de conclusión:

1. La tesis de la naturaleza convencional.
2. La tesis de la justificación basada en el principio jurídico de tutela de la confianza.
3. La tesis de la genuinidad nomopoietica.

1. *Naturaleza convencional.* Las costumbres como regularidades estratégicas son convenciones en el sentido y con los rasgos abajo indicados[53]:

> «El concepto de costumbre […] incluye como elementos constitutivos un conjunto de expectativas recíprocas de conducta (de varios niveles) que se complementan entre sí, y un conjunto de preferencias condicionales, cuya existencia forma parte del conocimiento que comparten los participantes de la práctica consuetudinaria. Las formas estables de interacción sostenidas por la presencia, no accidental, de estos factores pueden sin lugar a dudas ser llamadas […] "convencionales" [...] el comportamiento *acorde* (aun si no *acordado*) de las partes, respaldado por un conjunto de expectativas recíprocas […] y por preferencias condicionales del tipo indicado [dependientes de las expectativas y cuya existencia es de conocimiento común entre los participantes], es un *acuerdo*, una *convención* o, si se quiere, un *pacto* […] la existencia de un sistema de expectativas recíprocas coinciden-

[53] B. CELANO, «Consuetudini, convenzioni», cit., pp. 71-72, cursivas en el original; *cfr.* además p. 72: *«quando sussiste una consuetudine [regla social estratégica, una C-RSS, ndr], il comportamento di ciascun membro di G è fonte (sia di produzione, sia di cognizione) di norme aventi come destinatari i membri di G; nella consuetudine [...] sono i membri del gruppo a dare a se stessi le proprie leggi; l'osservanza generale e costante della regola consuetudinaria va interpretata, alla luce della nostra definizione, come una manifestazione di consenso nei confronti della regola medesima».*

tes y de preferencias condicionales que dependen de una expectativa tal, conocido por todos los agentes involucrados, constituye el núcleo de lo que normalmente se entiende por el término "convención" […] identificar el, así denominado, elemento interior de la costumbre con una "expectativa de reciprocidad" equivale a concebir la costumbre como una convención».

2. *Justificación basada en el principio jurídico de tutela de la confianza.* La recepción (juridización) de las costumbres estratégicas por un ordenamiento jurídico se produce —y no puede producirse de otro modo mas que— a través de una norma al efecto NFC.

Ahora bien, desde un punto de vista ético-normativo, la recepción o juridización de reglas sociales así consideradas encontraría su más sólida razón de ser —sostiene CELANO— en el *principio de tutela de la confianza* y, correlativamente, en la promoción y en la estabilización de la coordinación y de la cooperación interindividual, que tal principio favorece, sancionando los comportamientos antisociales de los *free-riders*[54].

«El ordenamiento jurídico "interioriza" las costumbres sociales [del tipo C-RSS], prestándoles su propio sostén, con el fin de tutelar las expectativas generadas por los actos que se conforman a ellas, haciendo menos probable la eventualidad de que resulten defraudadas, y con el fin de corroborar, de este modo, tales expectativas […]. Brevemente: la *ratio* de HS [hipótesis estrategica, como tipo particular de NFC] consiste en la idea que es tarea del derecho hacer que la *regularidad de conducta surgida y seguida espontáneamente en situaciones de interacción estratégica recurrente* no sean "aprovechadas" por individuos que pretenden, sin pagar los costos, obtener beneficios de la cooperación de los demas».

3. *Genuinidad nomopoiética*. Existiría asimismo —sugiere CELANO— una segunda razón a favor de la juridización de costumbres-regularidades estratégicas relacionada con su comprobación en caso de una controversia judicial. Se trataría, efectivamente, de una noción menos permeable a las interferencias de la discrecionalidad judicial y, por lo tanto, más idónea para asegurar la genuinidad de la fuente costumbre como un auténtico hecho productor de normas jurídicas, y no una pseudofuente (un pseudoconcepto) o una fuente putativa, detrás de la cual se esconden las operaciones clandestinas de otros factores realmente productores de normas jurídicas[55].

A la luz de los principales dudas escépticas que pueden surgir al respecto (discrecionalidad en la selección del contexto de interacción estratégica jurídicamente relevante, indeterminación del modelo de repetición de comportamiento que permite extraer, de una misma experiencia, una pluralidad de reglas diversas y alternativas, fatal indeterminación de proceso de comprobación de la existencia y de la disolución de modelos de coordinación surgidos *per facta concludentia,* fatal derrotabilidad de las reglas sociales estratégicas, etc.), esta última tesis merecería, además, un examen cuidadoso que, lamentablemente, excede los límites del presente trabajo.

---

[54] B. CELANO, «Consuetudine e norme sulla produzione giuridica», cit., pp. 201, 204.

[55] *Cfr. ibídem,* pp. 211-212. En honor de la verdad, CELANO sostiene esta tesis en relación con ordenamientos «pre-modernos», *no* en relación «con derechos codificados y dotados de una constitución escrita rígida». Las dudas escépticas que menciono en el texto, inmediatamente a continuación parecen, sin embargo, valer también para los ordenamientos premodernos pues provienen del carácter incierto del concepto de costumbre com regla social estratégica, o sea de la «noción estratégica» de costumbre.

## 4. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

Me he tomado la libertad de angustiarlos con la narración de algunas páginas de la historia de la jurisprudencia analítica dedicadas a la teoría de la costumbre.

Se trata, incluyendo aciertos y desaciertos, de páginas ejemplares, de las que los cultores del Derecho —cualquiera que sea su rol institucional específico— podrán seguramente extraer sugerencias preciosas para utilizar en la resolución de sus preocupaciones cotidianianas.

Me limitaré, para concluir, a recordar aquellas que considero las más significativas.

1. *La mística del derecho consuetudinario*. Se encuentran a veces, en la literatura jurídica, visiones idealizadoras de los ordenamientos que incluyen mayoritariamente Derecho consuetudinario. Discursos inspirados en lo que Lon FULLER llama, utilizando una feliz expresión, la «mística del Derecho consuetudinario»[56].

Un ejemplo reciente de esta mística creo lo ofrece un historiador del Derecho, que se encuentra entre los más insignes de la actualidad:

> «Debajo del mar eternamente agitado de los acontecimientos cotidianos —escribe Paolo GROSSI— se encuentran las aguas profundas pero calmas, calmas porque profundas, de la tranquilidad jurídica. Es la plataforma constitucional de la *costumbre, hecho primordial y segunda naturaleza*, en ocasiones puesta —mínimamente— por escrito y transfomada en *lex* por obra de un príncipe celoso y con frecuencia mantenida en el estado original de *trama invisible pero omnipresente e imperiosa en la cual se encuentran sumergidos los hombres y las cosas*.
>
> Este patrimonio jurídico de índole tan exquisitamente consuetudinaria tiene *el privilegio de nacer desde abajo*, de ser *la voz intacta de lo real*, logrando —y conservando— así la calidad de auténtico ordenamiento: *aquí el derecho es más ordenamiento que autoridad, no existe violencia sobre las cosas, sino elevada manifestación de las cosas ordenadamente estructuradas*. La *juridicidad* es una dimensión interna de las cosas [...] se encuentra *inscrita en las cosas*»[57].

Es necesario apresurarse a señalar, como incluso el mismo GROSSI, en párrafos siguientes pero de menor fuerza expresiva, ha cuidadosamente advertido que... las cosas presentan a menudo un lado mucho menos edificante. Que las reglas consagradas por el uso podrían también nacer de «exigencias» (*precationes*) bastante difíciles de evitar (como sugiere el caso de los «*famuli*» del monasterio de S. Ambrogio). Que «*usus* y *consuetudo*» sirvieron a veces «para designar las libertades que los pobladores de una tierra fatigosamente arrebataron a los señores y que ahora, una vez consuetudinariamente adquiridas, sirven en cuanto usos de límite a los poderes del señor»[58]. Evocando así el bien conocido fenómeno de las *malae consuetudines* o de las costumbres abusivas que aparece, por supuesto, junto a las *bonae consuetudines*; como también la función cristalizadora de relaciones de fuerza (de violencia sobre hombres y cosas) que puede jugar el Derecho consuetudinario.

Atentamente analizado, el mismo texto de GROSSI sugiere que la mística del Derecho consuetudinario debe ser, cuanto menos, atenuada a la luz de un examen cuidado-

---

[56] *Cfr.* L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., pp. 100-101.
[57] P. GROSSI, 1995: *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari: Laterza, pp. 95-96, cursivas en el original.
[58] P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 90 nota 11, 97-98.

so y desapasionado de las relaciones sociales y, si se quiere, a la luz de consideraciones axiológicas.

Es mucho más corrosiva, sin embargo, la lección que, respecto de la mística del derecho consuetudinario, puede extraerse de las investigaciones de los filósofos analíticos.

El gigantesco y venerable edificio del Derecho consuetudinario[59] —sugieren éstos— reposa, lamentablemente, sobre una trama de dudosos discursos (como alguna vez dijo John AUSTIN en relación con otro tema). Discursos que involucran nociones *técnicas* —¿y qué otra cosa podrían involucrar dada la inveitable artificialidad del Derecho?— que se revelan *equívocas, aproximativas, y* a veces hasta *auto-contradictorias*. De modo que puede dudarse si los cultores de lo jurídico perciban claramente aquello a lo que se refieren cuando hablan de «costumbres».

2. *«El concepto de costumbre»: un falso problema*. Frente al reproche arriba efectuado un operador del Derecho podría considerar que su deber es identificar, con la mayor diligencia y precisión posible, el concepto de costumbre a partir del estudio, histórico y actual, del Derecho consuetudinario.

Aquí entra en juego una segunda sugerencia —si se quiere, una segunda lección— que puede inferirse de las investigaciones de los filósofos analíticos. Una sugerencia que se resume en las ideas de *pluralismo* y de *convencionalismo conceptual*.

No existe un *único* concepto (verdadero o absolutamente correcto) de costumbre y toda investigación que pretenda desandar este camino está destinada al fracaso.

Es por el contrario más conveniente dotarse de una pluralidad de conceptos de costumbre, no excluyente uno del otro, a fin de poder dar cuenta adecuadamente del complejo fenómeno social consuetudinario.

Para comenzar recordemos los cuatro conceptos de costumbre que es posible recabar a partir de los trabajos de los tres filósosfos analíticos que he analizado:

1. El concepto de costumbre como regularidad social conformista.
2. El concepto de costumbre como regularidad social estratégica.
3. El concepto de costumbre como norma social fundada sobre un principio de autoridad de la tradición.
4. El concepto de costumbre como norma social fundada sobre un principio ético-normativo de reciprocidad.

Teniendo en cuenta lo dicho, el método que, desde el punto de vista de la jurisprudencia analítica, ha de seguir todo estudioso del Derecho consiste, según su función institucional, en una o más de las siguientes operaciones:

i) Analizar y afinar, bajo la luz de exigencias pragmáticas previamente identificadas y declaradas (de índole teórica y/o práctica), los diversos conceptos de costumbre comúnmente disponibles.

ii) Elaborar, si es el caso, nuevos conceptos de costumbre que se encuentren justificados por exigencias pragmáticas previamente identificadas y declaradas.

---

[59] Quizás algún irreverente habría preferido referirse —por razones de precisión, entiéndase bien— a la «choza» del Derecho consuetudinario.

iii) Seleccionar cuidadosamente, de modo pragmáticamente justificado y responsable, uno o más conceptos de costumbre, para utilizarlo ya sea en sede de interpretación de disposiciones normativas, ya sea en sede de explicitacion de normas implícitas sobre la costumbre como fuente, ya sea, en fin, en sede de identificación y aplicación de normas consuetudinarias en la resolución de controversias judiciales.

*(Traducción de Federico José Arena)*

# VARIACIONES SOBRE TEMAS DE CARLOS ALCHOURRÓN Y EUGENIO BULYGIN. DERROTABILIDAD, LAGUNAS AXIOLÓGICAS, E INTERPRETACIÓN*

Riccardo Guastini

*Universidad de Génova*

**RESUMEN.** El trabajo pretende analizar las relaciones entre la derrotabilidad de las normas y las lagunas axiológicas desde la perspectiva de una teoría realista de la interpretación. Algunos ejemplos muestran que los dos conceptos denotan fenómenos que se presentan a lo largo del proceso de interpretación y que dependen de las estrategias interpretativas de los juristas. El análisis de los ejemplos permite desprender algunas conclusiones: entre otras, la siguientes.

1. La derrotabilidad no es una propiedad objetiva de las normas, antecedente a toda interpretación: por el contrario, es una de sus posibles consecuencias, es el resultado de una operación interpretativa (en particular, de una interpretación no literal, sino restrictiva, por medio de la cual se crean excepciones implícitas).
2. Al derrotar una norma se excluyen de su alcance algunos supuestos (que, sin embargo, de acuerdo con una distinta interpretación sí estarían reglados por la norma); si dichos supuestos no resultan reglados por otra norma del sistema, el sistema está lagunoso; entonces, la derrota produce una laguna.
3. Dicha laguna puede ser considerada axiólogica o normativa desde perspectivas interpretativas diferentes. Es decir, no se pueden distinguir las lagunas normativas de las lagunas axiológicas independientemente de la interpretación. Entonces incluso las lagunas normativas son variables dependientes de la interpretación: según una interpretación determinada hay una laguna normativa, mientras que según otra interpretación esta laguna milagrosamente desaparece, no subsiste en tanto laguna normativa, y entonces se convierte en laguna axiológica.
4. La derrotabilidad de las normas y las lagunas axiológicas dependen no de la presencia, en el sistema jurídico, de principios, como suponen algunos autores, sino de las valoraciones de los intérpretes, que a menudo toman la forma de «teorías» jurídicas o tesis dogmáticas: algo construido por los juristas antes e independientemente de la interpretación de uno u otro enunciado normativo específico.

**Palabras clave:** derrotabilidad de las normas, lagunas axiológicas, teoría realista de la interpretación.

**ABSTRACT.** The paper aims at analysing the relationships between defeasibility of norms and axiological gaps from the standpoint of a sceptical theory of legal interpretation. A number of examples show that the two concepts denote phenomena which arise along the process of interpretation and depend on the interpretive strategies of jurists. The analysis of such examples allows for a number of conclusions, such as the following.

---

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

** Agradezco a todos los amigos J. C. BAYÓN, H. BOUVIER, E. BULYGIN, B. CELANO, P. CHIASSONI, D. MENDONÇA, J. J. MORESO, P. NAVARRO, G. RATTI y C. REDONDO que discutieron una version preliminar de este trabajo y me hicieron importantes sugerencias.

1. Defeasibility is not an objective property of norms, prior to interpretation; on the contrary, it is one of the possible consequences of interpretation - it is but the result of a particular interpretive act (viz., a non-literal, restrictive interpretation through which implicit exceptions are created).
2. By defeating a norm, interpreters exclude from its domain of application certain facts (which according to a different interpretation would be included). Whenever such facts are not regulated by other valid norms, there is a gap in the legal system. Thus, the defeat produces a gap.
3. Such a gap may be considered either normative or axiological from different interpretive standpoints. This means that one cannot distinguish between normative and axiological gaps independently of interpretation. As a consequence, even normative gaps depend on interpretation: according to a certain interpretation a normative gap exists, while according to a different interpretation this gap disappears, does not exist as a normative gap, and therefore it converts itself in axiological.
4. Defeasibility of norms and axiological gaps do not depend on the existence of principles (as many an author maintains), they simply depend on interpreters' evaluations, which often appear under the clothes of legal «theories» or dogmatic theses, built up by jurists before and independently of the interpretation of any particular legal text.

**Keywords:** defeasibility of norms, axiological gaps, the sceptical theory of legal interpretation.

## 1. INTRODUCCIÓN

Lo que quiero hacer en estas pocas páginas es intentar conectar sistemáticamente dos ideas que se encuentran en la teoría del Derecho de C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN —la de laguna axiológica y la de derrotabilidad de las normas— con una teoría «realista» de la interpretación[1].

1. *Laguna axiológica*. Una laguna axiológica es una situación en la cual un cierto supuesto de hecho sí está reglado por una norma, pero —según la opinión del intérprete— está reglado de forma «axiológicamente inadecuada [...] porque el legislador no tuvo en cuenta una distinción que debería haber tomado en cuenta». Se supone que el legislador no ha tenido en cuenta la distinción en cuestión «por no haberla previsto y que, de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente» al supuesto de que se trata[2].

Dicho de otra forma, una laguna axiológica «no es un caso sin solución, sino más bien un caso con una mala solución»[3]. Evidentemente, la laguna aquí no consiste en la falta de una norma sin más. Lo que falta no es una norma que regule el supuesto en

[1] Las ideas fundamentales de dicha teoría se encuentran en G. TARELLO, 1980: *L'interpretazione della legge*, Milano; R. GUASTINI, 2004: *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano; P. CHIASSONI, 2004: «Codici interpretativi. Breviario metodologico per aspiranti giuristi», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino. *Cfr.* también E. DICIOTTI, 1999: *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino.

[2] C. E. ALCHOURRÓN y E, BULYGIN, 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, p. 158. En mi exposición prefiero evitar la terminología técnica introducida por ALCHOURRÓN y BULYGIN (tesis de relevancia, hipótesis de relevancia, etc.) para que lo que digo resulte fácilmente comprensible a cualquier jurista que no haya leído su libro.

[3] P. NAVARRO y J. RODRÍGUEZ, 2000: «Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas», en *Isonomía*, 13, p. 76.

cuestión, porque ese supuesto en efecto *está* reglado (de no ser así, habría una laguna no axiológica, sino normativa). Lo que falta es una norma satisfactoria o «justa» y, más precisamente, una norma «diferenciadora», es decir una norma que regule de forma distinta un supuesto que al intérprete le parece distinto[4].

2. *Derrotabilidad de las normas*. Cualquier norma jurídica puede ser reconstruida como un enunciado condicional: «Si H, entonces J», donde el antecedente denota un clase de supuestos de hecho y el consecuente denota una clase de consecuencias jurídicas (tales como: obligaciones, permisiones, prohibiciones, sanciones, validez o invalidez de actos, etc.)[5].

Ahora bien, «muchas (sino todas) la formulaciones normativas [que se encuentran en un ordenamiento jurídico] son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explicitamente enunciadas»[6], «circunstancias que desplazan la obligación, aunque no estén formuladas expresamente»[7]. La derrotabilidad «implica dos consecuencias muy importantes. En primer lugar, para el condicional superable [*i. e.,* derrotable] no vale la ley del refuerzo del condicional [...]. En segundo lugar, tampoco vale la ley del *modus ponens*»[8].

Dicho de otra forma, una norma derrotable es una norma «sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano», de manera que no es «posible precisar por anticipado las circunstancias» que operan «como genuina condición suficiente de su aplicación»[9].

Para mostrar la conexión entre lagunas axiológicas, derrotabilidad, e interpretación vamos a ver unos ejemplos ficticios (aunque no completamente ficticios).

---

[4] Aquí no me ocupo de otro concepto de laguna axiológica, que ha sido elaborado por J. RODRÍGUEZ, 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, pp. 76 y ss.; *cfr.* también E. BULYGIN, 2005: «En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria», en F. ATRIA *et al., Lagunas en el derecho*, Madrid-Barcelona; y, sobre BULYGIN, G. B. RATTI, 2006: «Dos modelos de relevancia normativa», inédito (paper presentado al seminario «Homenaje a Eugenio Bulygin», Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, junio).

[5] Este concepto de norma es un poco mas amplio de lo adoptado por C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, incluyendo enunciados que sólo expresan «normas» en el sentido que pertenecen a un sistema normativo, aunque no tienen formulas deónticas en el consecuente.

[6] C. E. ALCHOURRÓN, 1996: «Sobre derecho y lógica», en *Isonomía*, 13, 2000, p. 24.

[7] C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, «Norma jurídica», en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (eds.), 1996: *El derecho y la justicia*, Madrid: Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, 11, p. 146. Otros sentidos de «derrotabilidad» son examinados por M. C. REDONDO, 1997: «Teorías del derecho e indeterminación normativa», en *Doxa*, 20, y J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, cap. IV. En particular, me parece importante señalar que la derrotabilidad en el sentido de que una norma sería sujeta no a excepciones *implícitas*, sino a las excepciones que otras normas *expresas* del mismo sistema normativo introducen en ella, nada tiene que ver con el concepto de derrotabilidad que nos interesa en este contexto. *Cfr.* J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, pp. 358, 364 y ss.

[8] C. E. ALCHOURRÓN y E, BULYGIN, «Norma jurídica», pp. 145 y ss. La lógica de los condicionales derrotables ha sido elaborada por C. E. ALCHOURRÓN en varios ensayos «técnicos» que no es preciso mencionar en este contexto.

[9] J. RODRÍGUEZ, 2003: «Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón», en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, p. 210.

## 2. ALGUNOS EJEMPLOS

1. Primer ejemplo. En una republica con constitución rígida, forma parlamentaria de gobierno, y control concentrado *a posteriori* sobre la constitucionalidad de las leyes, una disposición constitucional establece: «El Presidente de la República puede oponer su veto a la promulgación de las leyes».

¿A cuáles leyes se refiere esta disposición? Según la interpretación literal, a cualquier ley, porque el texto no distingue de ninguna forma entre leyes de tipos diferentes.

Ahora, imaginemos un jurista que argumenta, más o menos, de la manera siguiente:

*a)* Cabe distinguir entre dos tipos de leyes: por un lado, las leyes ordinarias; por otro lado, las leyes de revisión constitucional (esto es lo que, en teoría de la interpretación, se llama la técnica de la disociación).

*b)* En el ordenamiento vigente (gobierno parlamentario) el Presidente de la República no es el jefe del poder ejecutivo, sino un «poder neutro» —algo como el *pouvoir neutre* de B. CONSTANT— que tiene funciones no políticas, sino sólo de garantía de la constitución (esta, nótese, es una tesis no estrictamente interpretativa, sino dogmática: una tesis de «teoría constitucional», si se quiere decirlo así).

*c)* La función del veto presidencial es la de permitir al Presidente un control previo (distinto de lo del Tribunal Constitucional, que es sucesivo) sobre la constitucionalidad de las leyes; en particular, el Presidente tiene el poder de oponer su veto frente a leyes cuya inconstitucionalidad es evidente (esta es una tesis dogmático-interpretativa sobre la *ratio legis*, o sea sobre la finalidad de la disposición que se comenta).

*d)* Por otro lado, un problema de constitucionalidad sólo puede presentarse con respecto a las leyes ordinarias: una ley de revisión constitucional nunca puede ser inconstitucional (excepto por razones formales), porque las leyes de revisión consisten precisamente en un cambio del texto constitucional. Las leyes de revisión, se podría decir, siempre, por definición, son «inconstitucionales», pero están autorizadas a serlo (esta tesis se sigue analíticamente desde el concepto común de revisión constitucional).

*e)* Entonces, la disposición constitucional de que se trata debe ser interpretada en el sentido que se refiere sólo a las leyes ordinarias, no a las leyes de revisión (esta es una primera conclusión interpretativa, que se sigue de la disociación combinada con unas tesis dogmáticas).

*f)* La constitución no dice nada en absoluto sobre el poder presidencial de veto en relación con las leyes de revisión (se trata de una segunda conclusión interpretativa que, como la precedente, se sigue de la disociación y de la dogmática constitucional).

*g)* Por consecuencia, el Presidente de la República no tiene el poder de oponer su veto a las leyes de revisión (esta es una segunda conclusión interpretativa, en sentido amplio, extraida *a contrario* a partir del «silencio» del texto constitucional: *inclusio unius est exclusio alterius*).

Esta forma de razonamiento, como se ve, produce consecuencias de gran interés.

i) En primer lugar, mediante la técnica de la disociación, nuestro jurista imaginario crea una excepción implícita en la disposición constitucional interpretada. Es decir, la hace una disposición derrotable o, mejor dicho, la derrota.

ii) En segundo lugar, el brinda, de dicha disposición, una interpretación restrictiva: el alcance de la disposición resulta restringido a las leyes ordinarias (mientras que, según una interpretación literal, ella se aplicaría a todas las leyes sin distinción).

iii) En tercer lugar, produce una laguna: la disposición constitucional, reglando sólo el supuesto «ley ordinaria», no regula las leyes de revisión; el supuesto «ley de revisión» (en relación con el poder presidencial de veto) no está reglado por la constitución de ninguna forma. Para quien interpreta literalmente la disposición de que se trata, por el contrario, esta laguna no es normativa, sino axiológica, pues el texto se refiere a las leyes sin distinción, y entonces también a las leyes de revisión.

iv) En cuarto lugar, nuestro jurista colma la laguna que el mismo ha creado por una norma «implícita» (en sentido amplio, no en sentido lógico) —una norma de creación doctrinal (*Juristenrecht*)— según la cual el Presidente no tiene poder de veto sobre las leyes de revisión.

2. Segundo ejemplo. En el mismo ordenamiento constitucional que antes, donde el Gobierno tiene el poder de promulgar, en ciertas circunstancias, actos legislativos, que (como las leyes *stricto sensu*) pueden ser sometidos al control sucesivo del Tribunal Constitucional, una disposición constitucional establece: «El Tribunal de Cuentas ejerce el control de legitimidad sobre los actos del Gobierno».

¿A cuáles actos se refiere esta disposición? Según la interpretación literal, a cualquier acto del Gobierno, evidentemente, porque el texto no distingue de ninguna forma entre actos de tipos diferentes.

Sin embargo, imaginemos un jurista que argumenta, más o menos, de la forma siguiente.

*a)* En nuestro ordenamiento existen dos tipos de actos de gobierno: actos legislativos (con «fuerza de ley») y actos no legislativos (reglamentarios y administrativos).

*b)* «Legitimidad» puede significar, a la vez, conformidad con las leyes *stricto sensu* (legalidad) o bien conformidad con la constitución (legitimidad constitucional o constitucionalidad).

*c)* Los actos de valor legislativo, evidentemente, no tienen que ser conformes a las leyes (por el contrario, pueden derogar a las leyes: en eso precisamente consiste su valor legislativo). Los actos legislativos sólo deben ser conformes a la constitución.

*d)* Sin embargo, en nuestro ordenamiento, el control de conformidad con la constitución sobre los actos de valor legislativo es competencia (que se supone exclusiva) del Tribunal Constitucional.

*e)* Por tanto, la disposición constitucional de que se trata debe ser interpretada en el sentido que se refiere sólo a los actos no legislativos; los actos legislativos quedan fuera de su ámbito de aplicación.

*f)* La constitución no dice nada sobre la competencia del Tribunal de Cuentas sobre los actos legislativos del Gobierno.

*g)* Por consecuencia, el Tribunal de Cuentas no tiene competencia para controlar la legitimidad de los actos legislativos del Gobierno.

Como en el caso precedente, nuestro jurista imaginario ha hecho cuatro cosas importantes.

i) Por medio de la técnica de la disociación, ha derrotado la disposición constitucional, introduciendo en ella una excepción implícita: es decir, una excepción que, según la interpretación literal, no existe en absoluto.

ii) De esta forma ha propuesto una interpretación restrictiva de dicha disposición.

iii) Al mismo tiempo ha creado una laguna: la constitución no regula los poderes del Tribunal de Cuentas sobre los actos legislativos del Gobierno. Por supuesto, a quien interpreta literalmente, esta laguna le parece no normativa —pues el texto se refiere a todos los actos gubernativos— sino axiológica.

iv) Y por último nuestro jurista ha colmado la laguna con la norma de creación doctrinal según la cual el Tribunal de Cuentas no es competente para controlar la legitimidad de los actos legislativos del Gobierno.

3. Tercer ejemplo. En el mismo ordenamiento constitucional, una disposición de la constitución establece: «Ningun acto del Presidente de la República es válido si no está refrendado por el ministro proponente».

Interpretación literal: cualquier acto presidencial debe ser refrendado por el ministro proponente. Esto supone que por cualquier acto presidencial haya un ministro proponente, y entonces una propuesta ministerial. Es decir, el Presidente no puede promulgar ningún acto sino sobre la base de una propuesta ministerial.

Pero imaginemos un jurista que argumenta, más o menos, de la forma siguiente.

*a)* Dentro de una forma de gobierno parlamentaria, el Presidente de la República no es el jefe del poder ejecutivo: es un «poder neutro» con funciones de garantía de la constitución (se trata de una premisa dogmática que ya conocemos).

*b)* Por tanto existen actos que el Presidente cumple en el ejercicio de su función garantista: dichos actos no tienen contenido político «partidario», son políticamente imparciales, y entonces no presuponen —no requieren— ninguna propuesta ministerial.

*c)* Por consecuencia, hay que distinguir entre dos tipos de actos presidenciales: los actos «sustancialmente» gubernativos (cumplidos sobre la base de una propuesta ministerial) y los actos «estrictamente» presidenciales (sin propuesta ministerial).

*d)* Ahora bien, la disposición constitucional que se comenta se refiere no a todos los actos del Presidente, sino sólo a los actos sustancialmente gubernativos; los otros actos presidenciales quedan fuera de su alcance.

*e)* Entonces, los actos estrictamente presidenciales no están reglados por la constitución.

*f)* Por consecuencia, los actos estrictamente presidenciales no requieren ningún refrendo ministerial (o, quizás, requieren el refrendo no del ministro proponente, que simplemente no está, sino del ministro competente por materia).

Una vez más, nuestro jurista imaginario ha hecho cuatro cosas.

i) Ha derrotado la disposición constitucional, introduciendo en ella una excepción implícita, que, según la interpretación literal, no subsistiría.

ii) De esta forma ha propuesto una interpretación restrictiva de dicha disposición.

iii) La interpretación restrictiva le ha permitido identificar una laguna: la constitución no regula los actos estrictamente presidenciales en relación con el refrendo ministerial. A quien interpreta literalmente, tal laguna le parece evidentemente axio-

lógica, pues el texto constitucional no distingue, y se refiere a los actos presidenciales sin más.

iv) Por último, nuestro jurista ha colmado esta laguna con la norma de creación doctrinal según la cual los actos estrictamente presidenciales no requieren refrendo ministerial.

## 3. ALGUNAS CONCLUSIONES

No sería difícil multiplicar los ejemplos. Pero, ¿estos simples ejemplos se pueden generalizar? Yo creo que sí. De estos ejemplos, si bien (más o menos) ficticios, se desprenden varias consecuencias interesantes.

1. Los ejemplos sugieren que los conceptos de laguna axiológica y de derrotabilidad pertenecen, para decirlo así, no a la teoría de los sistemas normativos, sino más bien a la teoría de la interpretación. Denotan fenómenos que se presentan a lo largo del proceso de interpretación y que dependen de las estrategias interpretativas de los juristas (o de los jueces, por supuesto). Tal vez, hace falta recordar que las actividades de sistematización del Derecho siguen, no preceden, las decisiones interpretativas: no se hacen inferencias desde los textos (todavía no interpretados), sino sólo desde los significados, que, precisamente, presuponen la interpretación.

2. Muchas veces lagunas axiológicas y derrotabilidad son, por decirlo así, las caras de una misma medalla[10]. Al derrotar una norma se excluyen de su alcance algunos supuestos (que, sin embargo, de acuerdo con una distinta interpretación sí estarían reglados por la norma). A veces dichos supuestos resultan reglados por otra norma del sistema, pero otras veces resultan no reglados por ninguna norma perteneciente al sistema. En este último caso el sistema está lagunoso. Entonces, la derrota produce una laguna[11].

---

[10] J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 377; ID., «Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón», p. 229.

[11] La derrota produce lagunas, pero no todas las lagunas se producen por derrota. Por ejemplo, en la práctica de algunos tribunales constitucionales se encuentran los razonamientos siguientes.

*a)* El legislador, al regular una clase de supuestos (por ejemplo, las «grandes empresas»), ha omitido regular de la misma manera otra clase de supuestos (por ejemplo, las «pequeñas empresas») que, según el juez constitucional, es «sustancialmente» igual a la clase de supuestos reglada.

*b)* El legislador, al regular una clase de supuestos (por ejemplo, las «empresas» sin distinción), ha omitido distinguir, dentro de esa clase, dos subclases (por ejemplo, las «grandes» y las «pequeñas» empresas) que, según el juez constitucional, son «sustancialmente» distintas y, por tanto, exigen regulaciones distintas.

En ambos casos, hay una laguna axiológica (de un tipo particular: *cfr.* G. PARODI, 1996: «Lacune e norme inespresse nella giurisprudenza costituzionale», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino; ID., 1996: *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, pp. 131 ss.; el primer caso, sin embargo, no sería un caso de laguna axiológica según C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 160). En ambos casos, la ley se considera inconstitucional en razón de la laguna axiológica que contiene. La existencia de la laguna se argumenta sobre la base del principio constitucional de igualdad, entendido en el sentido de que los casos iguales deben ser tratados de la misma forma y los casos distintos deben ser tratados de forma distinta. Pero, en el primer caso (laguna axiológica sin derrota), lo que falta, según el juez constitucional, es una norma «igualadora»; en el segundo caso (laguna axiológica como consecuencia de la derrota), lo que falta, en cambio, es una norma «diferenciadora». En ambos casos, el tribunal constitucional emite una «sentencia aditiva». *Cfr.* J. J. MORESO, 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, pp. 171 y ss.

3. El concepto de laguna axiológica no pertenece al lenguaje de los juristas (o de los jueces): pertenece al lenguaje de la teoría del Derecho, más precisamente de la «metajurisprudencia»[12], es decir del análisis lógico del discurso de los juristas (y de los jueces).

Quiero decir que quien afirma la existencia de una laguna —salvo que hable *de jure condendo*, criticando el sistema jurídico vigente[13]— nunca admite que se trata de una laguna axiológica: por el contrario, siempre sugiere que dicha laguna es auténticamente normativa, es decir es un defecto objetivo del sistema normativo, independiente de cualquier valoración[14]. Sin embargo, para decir a nivel de metalenguaje —o sea desde el punto de vista «externo»— que la laguna en cuestión no es normativa, sino axiológica, debemos presuponer una interpretación del mismo texto, *distinta* de la interpretación propuesta por quien afirma la existencia de dicha laguna.

La lagunas axiológicas, entonces, parecen depender de la interpretación dos veces, o en doble sentido. Por un lado, dependen de la interpretación en el sentido que quien afirma la existencia de una laguna axiológica presupone una determinada interpretación —normalmente restrictiva— del texto. Por otro lado, dependen de la interpretación en el sentido que quien afirma, a nivel de metalenguaje, que dicha laguna es precisamente axiológica, y no normativa, presupone a su vez una interpretación distinta —normalmente literal— del mismo texto.

Y esto tiene una consecuencia tal vez aún más inquietante. A veces se habla como si las lagunas axiológicas dependiesen de las valoraciones de los intérpretes, mientras que las lagunas normativas serían algo como propiedades «objetivas» del Derecho. De hecho, no es así. Si es verdad que no se pueden distinguir las lagunas normativas de las lagunas axiológicas independientemente de la interpretación, se sigue que una cierta laguna puede ser considerada normativa o axiológica desde puntos de vistas interpretativos distintos[15]. Pero esto quiere decir que incluso las lagunas normativas son variables dependientes de la interpretación: según una interpretación determinada hay una laguna normativa, mientras que según otra interpretación esta laguna milagrosamente desaparece, no subsiste en tanto laguna normativa, y entonces se convierte en laguna axiológica[16].

4. Los conceptos de derrotabilidad y de laguna axiológica son nuevos (o relativamente nuevos) en el lenguaje de la teoría del Derecho, pero ambas cosas son, a menudo, el resultado de una forma de interpretación bien conocida: la interpretación restrictiva, o sea aquella interpretación que reduce el alcance de una norma.

---

[12] N. BOBBIO, «Essere e dover essere nella scienza giuridica» (1967), en N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970.

[13] J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 82.

[14] Creo que tiene razón J. RODRÍGUEZ, 1999: «Lagunas axiológicas y relevancia normativa», en *Doxa*, 22, al sugerir que, a menudo (o quizás normalmente), los enunciados de los juristas que afirman la existencia de una laguna (axiológica) son simplemente enunciados interpretativos, y no enunciados de crítica ético-política del sistema jurídico vigente.

[15] *Cfr.* M. C. REDONDO, 1998: «Reglas genuinas y positivismo jurídico», en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, p. 256.

[16] «Una disposición que resuelve un caso genérico bajo cierta interpretación puede constituir una laguna en una interpretación diferente»: C. E. ALCHOURRÓN, «Sobre derecho y lógica», p. 21. «Un sistema incompleto (con lagunas) puede ser transformado mediante la interpretación [...] en un sistema completo (sin lagunas)»: C. E. ALCHOURRÓN, y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 144.

Por otra parte, el concepto de interpretación restrictiva es, evidentemente, un concepto de relación: ¿«restrictiva» con respecto a qué? Para afirmar que una interpretación es restrictiva hace falta presuponer una interpretación distinta: normalmente, una interpretación literal. Nótese, sin embargo, que incluso la interpretación literal es una interpretación, tal vez menos discutible, pero —en tanto interpretación— no más «objetiva» o «neutral» que otras interpretaciones posibles.

La interpretación restrictiva, como cualquier interpretación no literal, supone, expresa o tácitamente, el argumento (retórico) de la *ratio legis*, o sea de la intención —a menudo contrafáctica— de la autoridad normativa[17]. Más precisamente, quien rechaza la interpretación literal supone: primero, que existe una discrepancia entre lo que la autoridad normativa ha dicho y lo que quería decir (o hacer); segundo, que la intención tiene que prevalecer sobre el texto[18]. Esta última suposición, evidentemente, no es otra cosa que una ideología política. Por otra parte, les enunciados sobre la intención de las autoridades normativas no pueden seriamente ser considerados como enunciados empíricos: no existe acceso a la «mente» de un legislador, sobre todo si es un órgano colegiado[19].

5. La interpretación restrictiva es el resultado de una técnica interpretativa específica: la técnica de la disociación[20], algo parecido al *distinguishing* de los jueces de *common law*.

Esta técnica consiste en introducir en las normas distinciones «nuevas», es decir no hechas por la autoridad normativa; consiste en descomponer la clase de los supuestos previstos por el texto —según la interpretación literal— en dos (o más) subclases, con el intento de sugerir que dichas subclases, siendo «sustancialmente» distintas, no pueden no tener consecuencias jurídicas diferentes[21]. La disociación, precisamente, es el instrumento argumentativo que permite crear lagunas axiológicas y derrotar las normas.

6. La derrotabilidad no es, como a veces se piensa, una peculiaridad de los principios[22]. Es posible que los principios sean «intrínsecamente» derrotables —en el sentido que la derrotabilidad forma parte del propio concepto de principio— pero lo que es cierto es que cualquier norma puede ser convertida en derrotable: de hecho, los juristas lo hacen continuamente.

7. Algunos autores suponen que la derrotabilidad de las normas y las lagunas axiológicas dependen de la presencia, en el sistema jurídico, de principios, en el sentido que serían precisamente los principios a derrotar la normas y a producir lagunas axiológicas: o, mejor dicho, los intérpretes derrotarían las normas y producirían lagunas axio-

---

[17] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, pp. 142 y ss.

[18] F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, pp. 74 y ss.

[19] C. E. ALCHOURRÓN, «Sobre derecho y lógica», pp. 23, 27 y ss.

[20] Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, 1966: *Trattato dell'argomentazione* (1958), Torino, cap. IV.

[21] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, pp. 163 y ss.; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, pp. 451 y ss.

[22] R. DWORKIN, 1978: *Taking Rights Seriously*, 2.ª ed., London; L. GIANFORMAGGIO, 1985: «L'interpretazione della costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principî», en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, 1996: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona.

lógicas para aplicar uno u otro principio[23]. Por supuesto, a menudo esto es verdad. Pero la derrotabilidad y las lagunas axiológicas no dependen necesariamente de principios: es decir, no hay ninguna relación lógica entre estas cosas.

La derrotabilidad y las lagunas axiológicas dependen muy simplemente de las valoraciones de los intérpretes[24], y a menudo esas valoraciones toman la forma de «teorías» jurídicas, o mejor dicho de tesis dogmáticas: algo construido por los juristas antes e independientemente de la interpretación de uno u otro enunciado normativo específico.

Es preciso señalar que las tesis dogmáticas —por ejemplo: «En una república parlamentaria el jefe del Estado es un poder neutro con funciones de garantía constitucional», «La costumbre internacional se forma con el consentimiento de los Estados», «El ordenamiento de las Comunidades Europeas y los de los Estados miembros son ordenamientos autónomos y independientes», etc.— no son enunciados interpretativos (no presentan la forma estándar de tales enunciados: «El texto T significa S»). A veces son, muy simplemente, normas: «no positivas» evidentemente. Otras veces, son definiciones estipulativas que incorporan juicios de valor, preferencias políticas o morales ocultas, e implican normas. Esas definiciones orientan la interpretación y, a menudo, permiten formular normas «implícitas» apócrifas.

Sólo un ejemplo, por otra parte muy claro. En un fallo bien conocido —*Marbury* (1803)— el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirma que es un principio intrínseco a toda constitución escrita que un acto del poder legislativo no conforme a la constitución es nulo *(«a legislative act contrary to the constitution is not law»)*[25]. Evidentemente, esta afirmación no es un enunciado interpretativo: no hay formulación normativa en la constitución americana que pueda ser entendida en este sentido y, por otra parte, el propio Tribunal tampoco intenta presentar su tesis como una conclusión interpretativa. Se trata precisamente de una tesis dogmática, que expresa directamente una norma y que permite al Tribunal sacar la norma ulterior que le otorga competencia para no aplicar las leyes inconstitucionales.

8. Escribe C. ALCHOURRÓN: «La derrotabilidad torna dificultosa la identificación de las normas de un sistema jurídico mucho más que la simple ambigüedad. De manera que constituye uno de los factores que hace necesario, en muchas situaciones, introducir operaciones valorativas y el uso de pautas axiológicas en la interpretación de los textos normativos»[26].

Estas palabras parecen suponer: por un lado, que la derrotabilidad sea una propiedad objetiva de las normas, antecedente a toda interpretación; por otro lado, que la in-

---

[23] La idea de que las normas son derrotadas por los principios se encuentra, por ejemplo, en J. C. BAYÓN, 1991: *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, pp. 321 y ss.; ID., «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, pp. 295 y ss.; y en R. ALEXY, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, pp. 98 y ss. La tesis de que las lagunas axiológicas dependen de principios ha sido defendida por J. RUIZ MANERO, «Algunas concepciones del derecho y sus lagunas», en F. ATRIA *et al., Lagunas en el derecho*.

[24] Me parece muy ingenua la idea de J. RODRÍGUEZ, «Derrotabilidad e indeterminación del derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón», p. 240, según la cual la justificación de la introducción de una excepción en una norma sólo puede ser ofrecida por otra norma positiva. De hecho no es así.

[25] *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

[26] C. E. ALCHOURRÓN, «Sobre derecho y lógica», p. 28.

terpretación sea —al menos normalmente— una operación que no requiere valoraciones. Las valoraciones, en el proceso interpretativo, serían *no una causa, sino un efecto* de la derrotabilidad.

Se trata de una concepción un poco ingenua a la vez de la derrotabilidad y de la interpretación. La derrotabilidad no preexiste a la interpretación: por el contrario, es una de sus posibles consecuencias. Y las valoraciones de los intérpretes son precisamente *una causa, no un efecto* de la derrotabilidad de las normas.

Así como las lagunas axiológicas no son propiedades objetivas del sistema jurídico, porque dependen de las valoraciones de los intérpretes, la derrotabilidad, igualmente, no es una propiedad objetiva de las normas (o de los enunciados normativos). No depende del carácter fatalmente vago del lenguaje de las autoridades normativas: no depende de la *open texture* del lenguaje; tampoco depende del hecho que esas autoridades no pueden prever la infinita variedad de los casos futuros[27]. La textura abierta, en particular, es una propiedad objetiva e ineliminable de todos los predicados en el lenguaje natural[28]. La derrotabilidad en cambio —o, mejor dicho, la derrota— de las normas es el resultado de una operación interpretativa.

9. Por tanto, no tiene sentido interrogarse sobre la cuestión de si las normas jurídicas (todas o algunas) son derrotables, o no[29]. Las normas o, mejor dicho, las formulaciones normativas, pobrecitas, son inertes, no hacen nada: se dejan derrotar, pero no se derrotan por sí mismas. Como la hermosura no está en las cosas, sino en los ojos de quien mira, la derrotabilidad no está en las normas, sino en la actitud del intérprete[30].

10. La cuestión de si la derrotabilidad es una propiedad de las normas o de las formulaciones normativas es bastante simple. Una formulación normativa es un enunciado (todavía no interpretado); la derrotabilidad es una propiedad lógica; pero antes de la interpretación los enunciados no tienen propiedades lógicas: sólo las normas, en tanto significados, pueden tener tales propiedades. Entonces la derrotabilidad es una propiedad de normas, no de formulaciones normativas.

Tal vez lo que hace pensar que la derrotabilidad es una propiedad de las formulaciones normativas es el hecho que las normas que los juristas derrotan constituyen la interpretación *literal* de esas formulaciones: son «normas *prima facie*»[31]. La falta de distinción entre un enunciado y su significado literal es cosa bastante frecuente, y esto se

---

[27] *Cfr.* J. RODRÍGUEZ y G. SUCAR, «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, pp. 132 y ss.; J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, pp. 364 y ss. Ambas ideas (equivocadas) se encuentran en H. L. A. HART, 1961: *The Concept of Law*, Oxford, cap. VII; ID., 1948: «The Ascription of Responsibility and Rights», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, p. 49; N. MACCORMICK, 1995: «Defeasibility in Law and Logic», en Z. BANKOWSKI *et al.* (eds.), *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*, Dordrecht; en F. SCHAUER, 1991: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-based Decision-Making in Law and Life*, Oxford, pp. 34 y ss.; así como en G. R. CARRIÓ, 1994: *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4.ª ed., Buenos Aires, p. 226.

[28] F. WAISMANN, 1945: «Verifiability», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, p. 19.

[29] Sobre esto, sorprendentemente, parecen discutir J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. *Cfr.* también el debate contenido en *Discusiones*, 5, 2005 (con artículos de J. RODRÍGUEZ, M. C. REDONDO, R. CARACCIOLO, J. J. MORESO y B. CELANO).

[30] J. C. BAYÓN, «Derrotabilidad, indeterminación del derecho, y positivismo jurídico», en J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, p. 178.

[31] Tomo esta expresión de E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*.

comprende, porque a menudo la interpretación literal consiste no en reformular, sino en reiterar sin más el texto interpretado. Sin embargo, el significado literal —incluso cuando está generalmente compartido— sigue siendo un significado, no un enunciado.

11. Hace falta distinguir cuidadosamente entre derrotabilidad, acción de derrotar, y derrota (en tanto producto de dicha acción).

La derrotabilidad es una propiedad disposicional de cualquier norma (en tanto interpretación literal de un enunciado normativo)[32]: es decir, cualquier norma es diacrónicamente derrotable, ya que los juristas pueden (en sentido no deóntico, sino fáctico) derrotarla, y lo hacen continuamente[33].

La acción de derrotar, en tanto proceso, es un acto interpretativo; la derrota, en tanto producto, es el resultado «sincrónico» de ese acto. Sincrónicamente, hay normas de hecho *derrotadas* (así como normas no derrotadas, por supuesto), pero no hay normas *derrotables*.

Una norma «derrotable», mientras permanece derrotable, no sirve para nada[34]: como hemos visto, no permite el refuerzo del antecedente, tampoco permite el *modus ponens*. Es decir, no puede ser utilizada como premisa en ningún razonamiento normativo. Por eso, los juristas sí derrotan las normas, sin embargo no las dejan «derrotables» hasta el infinito[35]. Derrotando una norma incluyen en ella una excepción, pero esta norma, así reformulada (con alcance restringido), queda sincrónicamente inderrotable[36]: apta como premisa para razonamientos en *modus ponens*, es decir apta para la aplicación. Y, por supuesto, diacrónicamente apta para ulteriores derrotas[37].

12. Del mismo modo, también las lagunas axiológicas sólo existen de forma efímera[38]. Derrotando normas, los juristas crean lagunas axiológicas; sin embargo no la hacen para sostener, en serio, que el derecho es incompleto (o para sugerir a los jueces decisiones de *non liquet*): pues inmediatamente van a colmar las lagunas así creadas con normas nuevas «apócrifas»[39].

---

[32] En los terminos de C. E. ALCHOURRÓN («Detachment and Defeasibility in Deontic Logic», en *Studia logica*, 57, 1996), cualquier norma incorpora un «operador de revisión».

[33] Por supuesto, como señala J. C. BAYÓN («Derrotabilidad, indeterminación del derecho, y positivismo jurídico»), a veces la derrota de una cierta norma puede violar una «convención interpretativa» existente, o sea yo diría contradecir la «interpretación vigente» (A. ROSS, 1958: *On Law and Justice*, London, p. 108), y por lo tanto no ser aceptada por los otros operadores jurídicos.

[3] J. RODRÍGUEZ, *Lógica de los sistemas jurídicos*, p. 361; F. SCHAUER, *Playing by the Rules*, p. 116. Sea dicho de paso: la idea de HART, a menudo citada, según la cual una regla que concluye con la expresión «a menos que...» sigue siendo una regla (*The Concept of Law*, p. 136), me parece totalmente absurda. *Tantoque dormitat Homerus*.

[35] J. RODRÍGUEZ y G. SUCAR, «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», p. 132.

[36] En los terminos de C. E. ALCHOURRÓN («Detachment and Defeasibility in Deontic Logic»): una vez realizada la revisión del condicional derrotable, lo que queda es un condicional estricto.

[37] *Cfr.* B. CELANO, 2002: «"Defeasibility" e bilanciamento. Sulla possibilità di revisioni stabili», en *Ragion pratica*, p. 18.

[38] E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, pp. 454 y ss.

[39] Un análisis de algunas técnicas de elaboración de normas «apócrifas» se encuentra en R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, pp. 104 y ss.

## 4. UNA OBSERVACIÓN FINAL

¿Qué tiene que ver la derrotabilidad de las normas jurídicas con el positivismo jurídico? Nada, diría yo. Sin embargo, parece que sí: parece que admitir la derrotabilidad de las normas pueda poner en tela de juicio el positivismo jurídico (metodológico) [40].

El razonamiento es más o menos el siguiente. El positivismo pretende que el derecho sea identificable independientemente de cualquier valoración moral. Pero, si las normas jurídicas son derrotables, su contenido no puede ser identificado sin valoraciones morales. Entonces el proyecto científico del positivismo está destinado al fracaso: para identificar el derecho es preciso suponer valoraciones morales.

Ahora bien, en primer lugar, este razonamiento supone evidentemente que la derrotabilidad sea una propiedad objetiva de las normas jurídicas: un «problema de interpretación», y no un resultado de la interpretación. Lo que, como hemos visto, no es cierto.

En segundo lugar, este razonamiento se basa, según creo, sobre una doble confusión.

i) Primera confusión. Una cosa es identificar algo —concretamente: un texto normativo— como derecho, una cosa muy distinta es determinar su contenido normativo: qué está ordenado (permitido, prohibido), a quién, en cuáles circunstancias [41]. El positivismo jurídico dice simplemente que la *primera* de estas dos cosas se puede hacer sin valoraciones; no dice nada sobre la segunda. El positivismo metodológico *no* es, y tampoco incluye, una teoría de la interpretación.

La tesis positivista, en el fondo, es muy simple: cualquier mandato del soberano es Derecho. Lo que quiere decir que los mandatos del soberano no tienen que ser justos para ser Derecho: incluso las leyes injustas son Derecho. El positivismo no pretende más que esto.

En cambio, para determinar el contenido normativo de los textos normativos sí es preciso interpretar. Y esto normalmente supone valoraciones. ¿Existe alguien hoy en día que piensa, en serio, que la interpretación es una actividad *wertfrei*? [42].

ii) Segunda confusión. Una cosa es el conocimiento científico del Derecho vigente, otra cosa muy distinta es la interpretación de los textos normativos.

Interpretar los textos normativos no es conocer el Derecho, sino contribuir a hacerlo. Si por «Derecho» entendemos no un conjunto de enunciados, sino un conjunto de significados, no hay Derecho sin interpretación: el Derecho resulta de una combinación de legislación (en sentido «material»: emisión de formulaciones normativas) y

---

[40] *Cfr.* una vez más la discusión entre J. C. BAYÓN y J. RODRÍGUEZ, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*. *Cfr.* también M. C. REDONDO, 2006: «Tesis de relevancia y regla de clausura de la relevancia. Positivismo excluyente, positivismo incluyente, y positivismo indiferente», inédito (el paper ha sido presentado al seminario «Homenaje a Eugenio Bulygin», Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, junio).

[41] M. C. REDONDO, «Tesis de relevancia y regla de clausura de la relevancia».

[42] Bueno, tal vez sí: esto parece ser el caso de R. HERNÁNDEZ MARÍN, 1999: *Interpretación, subsunción, y aplicación del derecho*, Madrid-Barcelona.

de interpretación. Entonces, la interpretación no coincide con la identificación del Derecho. Más bien la interpretación es *parte del Derecho*: un aspecto del objeto que se quiere identificar o conocer.

Dicho de otra forma, la interpretación no es la «ciencia del derecho», sino que forma parte de su objeto. La ciencia jurídica es un discurso de segundo nivel (un metalenguaje) respecto al discurso interpretativo.

# REFLEXIONES SOBRE LOS CONCEPTOS DE VALIDEZ Y EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS*

Victoria Iturralde**

*Universidad del País Vasco*

**RESUMEN.** El objeto de estas páginas es analizar algunas de las cuestiones que plantean los conceptos de validez y existencia de las normas en el ordenamiento. Respecto de la validez, planteo que los múltiples significados que dicho término tiene en la teoría jurídica pueden ser eliminados en favor del concepto de validez como legalidad. En este sentido un enunciado acerca de la validez es un enunciado interpretativo, y en muchos casos de carácter valorativo. A diferencia de la validez (que es una característica que las normas pueden o no tener) la noción de existencia plantea una la cuestión diferente: determinar en qué condiciones puede decirse que estamos ante una norma jurídica o, lo que es lo mismo, cuándo una norma jurídica existe. Para esto examino dos nociones de existencia: la de existencia formal y la de existencia convencional.

**Palabras clave:** validez, legalidad, existencia, existencia formal, existencia convencional.

**ABSTRACT.** The he aim of this work is to analyze some of the issues raised by the concepts of validity and existence of the rules in the legal order. About validity, I maintain that the multiple meanings that such a notion has in legal theory could be eliminated in favour of the concept of validity as legality. In this sense, a statement on validity is an interpretative one, and, in many cases, it has a value nature. Unlike the validity (which is a feature that the rules may or may not have), the existence poses a different question: to determine under what conditions it can be said that we have a legal rule or, to put it another way, when a legal rule exists. For this purpose, I analyze two concepts on existence: formal existence and conventional existence.

**Keywords:** validity, legality, existence, formal existence, conventional existence.

---

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

** Ponencia presentada al XIII Congreso hispano-italiano de Teoría Jurídica, celebrado en Oñate (Guipúzcoa) los días 21 y 22 de septiembre de 2007. Agradezco sinceramente a todos los compañeros las sugerencias que me fueron realizadas y que, espero, hayan contribuido a mejorar aquellas reflexiones.

## 1. PLANTEAMIENTO

La cuestión de la validez es un tema omnipresente en la teoría del Derecho tanto desde el punto de vista de la validez externa (validez *del* ordenamiento), como desde la perspectiva de la validez interna) (validez *en el* ordenamiento). En estas páginas me referiré únicamente a esta segunda cuestión, respecto de la cual expondré la pertinencia de limitar el concepto de validez a la legalidad del acto de producción normativa y, que un juicio de validez es un juicio interpretativo que, en muchos, casos tiene carácter valorativo.

A diferencia de lo que ocurre con la validez, el tema de la existencia de las normas, no ha sido objeto de análisis tan precisos por parte de la teoría del Derecho, no obstante su doble importancia. De un lado, desde el punto de vista de la estructura de los ordenamientos jurídicos, éstos están formados por normas existentes. De otro, son las normas existentes las *prima facie* aplicables, «la inexistencia se traduce en la inaplicación de la norma por parte de los operadores jurídicos: una norma inexistente no necesita someterse a un juicio específico de invalidez»[1]. Las normas existentes gozan de una presunción de validez, presunción que puede cuestionarse sometiendo al órgano judicial correspondiente la «cuestión de validez», o bien inaplicar la norma en cuestión.

## 2. VALIDEZ

### 2.1. Validez: un término ambiguo

Comenzaré dando breve cuenta de los múltiples significados que tiene este término en la teoría del Derecho.

Según WRÓBLEWSKI validez es un término que denota tres conceptos distintos, conceptos que (en una terminología que se ha convertido en lugar común) denomina validez sistémica, validez factual y validez axiológica[2].

*a) Validez sistémica*[3]: una norma (*n*) es válida en un sistema jurídico (*sj*) si se cumplen las condiciones siguientes: *a) n* ha sido promulgada de acuerdo con las normas válidas en *sj* y por tanto ha entrado en vigor, o *b) n* es una consecuencia reconocida de las normas válidas en *sj; c) n* no ha sido formalmente rechazada («derogada»); *d) n* no es inconsistente con las normas válidas en *sj*; *e) n* no es inconsistente con ninguna norma válida en *sj* entonces: $e_1$) *n* no es considerada inválida de acuerdo con las normas sobre

[1] M. GASCÓN, 1997: «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes», p. 148.

[2] J. WRÓBLEWSKI, 1992: *The Judicial Application of Law*, pp. 77-85 y J. WRÓBLEWSKI, 1982: «Tre concetti di validità», pp. 585-595. A estos tres conceptos de validez se refieren también A. G. CONTE, 1975: «Validità», p. 421 (validez formal, validez ideal o axiológica y validez material); F. OST, 1988: «Validité», quien habla de validez formal (asociada el término legalidad), validez empírica (asociada a efectividad) y validez axiológica (asociada a legitimidad); A. AARNIO, 1991: *Lo racional como razonable*, pp. 718-787.

[3] El concepto de validez sistémica, corresponde con los de «legal validity» (G. H. VON WRIGHT), «validez intra-sistémica» (U. SCARPELLI), «validez constitucional» (R. SCHREIBER) y «concepción formal de la validez» (L. NOWAK).

conflicto de normas, o $e_2$) *n* es interpretada de tal manera que sea eliminada la inconsistencia en cuestión.

*b) Validez factual*. Hay dos versiones del concepto de validez factual. Según la versión moderada, la validez factual consiste en la validez sistémica a la que hay que añadir una condición ulterior: que la norma no haya sido derogada por desuetudo. Esto significa que las normas validas (validez sistémica) que no han sido aplicadas por los órganos competentes del Estado durante un periodo de tiempo suficientemente amplio pierden su validez. Según esta idea, son normas válidas sólo las que son usadas en decisiones operativas. Según la versión radical, una norma válida es una norma que está siendo utilizada, es decir, que se refiere o que se aplica a una decisión de un caso. La fuente de la norma usada en la decisión no es relevante porque su validez viene determinada por su uso. En situaciones extremas el Derecho operativo puede ser completamente independiente de cualquier norma jurídica promulgada; es decir, la validez factual es independiente del concepto de validez sistémica. En este sentido validez significa predicción del comportamiento de los operadores jurídicos[4].

*c) Validez axiológica.* Según WRÓBLEWSKI, también en este caso pueden darse dos versiones. Según la versión radical las normas jurídicas son válidas si y sólo si son coherentes con determinadas normas extra-jurídicas y/o valoraciones. De acuerdo con la versión moderada, la falta de coherencia es una condición adicional de validez impuesta por la validez sistémica o factual. Tanto en una como en otra versión validez significa *aceptabilidad* de las normas.

BULYGIN por su parte, toma como primitivo el término «existencia» del que distingue cuatro conceptos: existencia fáctica, pertenencia, validez y existencia formal[5]. La existencia fáctica se identifica con la *vigencia* (ROSS: una norma es vigente cuando la predicción de que será usada en sentencias judiciales futuras para justificar la decisión del juez es verdadera) o con la «eficacia» (KELSEN: una norma es eficaz si es obedecida por los sujetos jurídicos o aplicada por las autoridades). El análisis más esclarecedor de la existencia fáctica, dice BULYGIN, se debe a HART quien lo analiza en términos de aceptación de la norma como pauta de comportamiento por el grupo social: los miembros del grupo consideran justificadas las conductas conforme a las normas y también consideran justificada la reacción contra aquellos que la violan. Esto implica que consideran que la norma es obligatoria desde el punto de vista interno. Este concepto fáctico de existencia —dice BULYGIN— es descriptivo (decir que una norma existe en una determinada social es afirmar un hecho); admite diferente grados de intensidad (una norma puede existir o estar vigente en mayor o menos grado de-

---

[4] El concepto de validez factual puede mirar también como destinatario a los ciudadanos. En este sentido ALEXY señala que una norma vale socialmente si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción. Ahora bien, el concepto de obediencia es ambiguo pues uno puede preguntarse si para la obediencia de una norma basta el sólo comportamiento externo o si la obediencia de una norma presupone determinados conocimientos y motivos del actor. En el primer caso hay que destacar tres cosas. De un lado que la validez social (o eficacia social) de una norma es una cuestión de grado (una norma puede ser obedecida y/o aplicada en el ochenta por ciento de los casos en el cincuenta o en el cuarenta por ciento). De otro lado, la validez social es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia. Por último, la aplicación de la sanción en caso de desobediencia incluye el ejercicio de la coacción estatalmente organizada en los sistemas jurídicos desarrollados, R. ALEXY, 1997: *El concepto y la validez del derecho*, p. 88.

[5] E. BULYGIN, 1991: «Validez y Positivismo», pp. 508-511. En el mismo sentido J. R. DE PÁRAMO en J. BETEGÓN, M. GASCÓN, J. R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, 1997: *Lecciones de Teoría del Derecho*, pp. 160-163.

pendiendo del grado de aceptación) y, es relativo a un determinado grupo social y a un momento temporal.

El segundo sentido de existencia es el de *pertenencia*. «Se dice que un sistema de normas existe cuando pertenece a un determinado sistema de normas». Y señala que comúnmente los juristas admiten un criterio genético de pertenencia según el cual una norma pertenece a un sistema dado si ha sido creada por la autoridad competente y no ha sido derogada por la misma u otra autoridad del sistema. En este sentido —dice— se trata de un concepto descriptivo y relativo (la misma norma puede pertenecer a un sistema y no pertenecer a otro; puede pertenecer a un determinado sistema en un momento y no en otro).

Un tercer sentido de existencia es el de *validez.* Se trata de un concepto normativo: una norma existe o es válida en este sentido si, y sólo si, es *obligatoria*. En este sentido, una norma es válida no es afirmar un hecho, sino prescribir la obligación de obedecer la norma en cuestión.

Un cuarto sentido es el de *existencia formal*. Las normas existen en este sentido, o bien cuando han sido formuladas por alguien (que no necesita ser autoridad jurídica), o bien si son consecuencia lógica de normas formuladas (p. ej., un proyecto de ley que no ha sido aun promulgado: sus normas no existen en los tres significados anteriores, puesto están vigentes, y sin embargo tiene perfecto sentido decir que existen).

VON WRIGHT se refiere a dos sentidos de «validez de una norma». Uno de lo sentidos en que una norma puede decirse que es válida es en el de que *existe*. Una persona se encuentra con algo que interpreta como una formulación-norma, en un código, por ejemplo. De esto se infiere que ha sido promulgada una norma de tales y tales características y que, por tanto, dicha norma ha existido, al menos durante algún tiempo. Puesto que validez aquí significa existencia —dice— quizá sería mejor no usar la palabra «validez» en absoluto, pues esta palabra también se usa con un significado completamente diferente. Bajo otro significado, la validez de una norma significa que la norma existe y que, además, existe otra norma que permitió a la autoridad de la primera norma emitirla. Aquí validez de una norma «*significa la legalidad del acto de emitir esa norma*». Así VON WRIGHT concluye señalando que «"valido" y "validez", cuando se aplican a una norma, algunas veces se refieren a la *existencia* como tal de esa norma, y algunas veces a al *legalidad* del acto como resultado del cual esta norma cobró existencia»[6].

En un sentido similar GUASTINI señala que en la literatura se pueden encontrar al menos dos conceptos de validez: *a)* en un sentido fuerte de validez, una norma es válida en un sistema jurídico si, y sólo si, cumple *todos* los criterios de identificación que son específicos de ese sistema. En otras palabras, una norma es válida si, y sólo si, está totalmente libre de cualquier clase de vicio; *b)* en un sentido débil de validez, una norma es válida si y sólo si existe, es decir, si ha sido formulada y creada por una autoridad creadora de reglas. En algunos sistemas jurídicos la diferencia entre estos dos conceptos es de gran importancia. En el sistema italiano, una norma aprobada por votación en el Parlamento y promulgada por el presidente de la República cuenta como una «nor-

[6] G. H. VON WRIGHT, 1970: *Norma y acción*, p. 200.

ma válida», en el sentido débil, aunque sea inconsistente con la Constitución. Sin embargo, una norma inconsistente con la Constitución es obviamente «inválida» en el sentido fuerte por el carácter rígido de la Constitución italiana[7].

## 2.2. Concepto de validez

Como conclusión de lo anterior, puede decirse que el término validez, referido a la validez *en el* Derecho, es un término que viene siendo utilizado con diversos significados, y en este sentido puede decirse que es ambiguo. Pero esta ambigüedad es en parte artificiosa puesto que puede eliminarse, ya que en la propia teoría del Derecho muchos de los conceptos mencionados bajo el término validez se denominan con otros términos: vigencia, existencia, obligatoriedad, etc., y se trata claramente de conceptos distintos.

Siguiendo las definiciones de VON WRIGHT y GUASTINI antes señaladas, acogeré la siguiente definición de validez: «es válida toda norma, disposición o fuente normativa que haya sido creada de conformidad con *todas* las normas que disciplinan su creación»[8].

La validez de las normas está en función de otras normas: las «normas sobre la producción jurídica». Son «normas sobre la producción jurídica» (NPJ) (o «normas de competencia», «reglas que confieren poderes», «normas secundarias») los enunciados jurídicos (disposiciones) que confieren poderes para la producción de nuevos enunciados jurídicos o de proposiciones jurídicas[9] y también, los enunciados que se refieren a poderes ya concedidos por otros enunciados. En otras palabras, son NPJ aquellos enunciados jurídicos que regulan la creación y aplicación de otros enunciados jurídicos[10].

Las NPJ establecen de un lado, la definición de cada categoría normativa (o fuente del Derecho) a través de la cual los enunciados jurídicos se incorporan al ordena-

---

[7] R. GUASTINI, 1994: «Invalidity», pp. 224-225.

[8] R. GUASTINI, 1999: *Distinguiendo*, p. 320.

[9] *Cfr.* A. M. PEÑA FREIRE, 2003: *Las normas sobre la producción jurídica*, p. 144.

[10] Teniendo en cuenta los tipos de normas sobre la producción jurídica pueden verse los errores de una definición que podríamos llamar «clásica» sobre la cuestión como la de WRÓBLEWSKI según la cual una norma es válida si cumple las siguientes condiciones: *a)* haber sido publicada por una autoridad competente para ello en ese ordenamiento jurídico; *b)* no haber sido derogada, y *c)* ser coherente con los enunciados válidos del sistema y, caso de no serlo, entonces o pierde su validez según las reglas aceptadas del conflicto de normas, o bien es interpretado de forma que deje de ser incoherente con los enunciados en cuestión. Véase J. WRÓBLEWSKI, 1982: «Tre concetti di validita», pp. 587-588, y, 1992: *The Judicial Application of Law*, p. 77. En sentido similar N. BOBBIO, 1958: *Teoria della norma giuridica*, pp. 37-38; 1960: *Teoria dell´ordinamento giuridico*, pp. 119-121; F. OST y M. VAN DE KERCHOVE, 1987: *Jalons pour una theorie critique du droit*, p. 279.

Respecto de la primera: la publicación y la creación por una autoridad competente son sólo algunas de las NPJ: para ser correcto este requisito debería incluir todas las NPJ. Respecto de la segunda condición, puede considerarse correcta o no según se considere la derogación: como revocación de la validez de la norma; como pérdida de existencia o como limitación del ámbito temporal de validez. Yo me inclino por la tercera, por lo que la derogación no debería incluirse como requisito de validez. Por último, la coherencia no es *con carácter general* requisito de validez. Lo es cuando entre las normas hay una relación de norma de producción y norma producida y además sean de diferente rango (p. ej., ley y reglamento de desarrollo de dicha ley) o del mismo (ley de bases y decreto legislativo ), pero no lo es cuando existen dos normas en el ordenamiento entre las cuales no se da esa relación de norma de producción y norma producida (por ejemplo puede haber dos normas contradictorias en el código civil, producidas ambas dos dentro de los márgenes de las NPJ y ser ambas válidas).

miento y, de otro, el régimen jurídico de cada categoría normativa señalado qué relaciones va a tener cada fuente del derecho y cada enunciado en ella incluido con todas las demás. Haciéndome eco de una tipología ampliamente asumida, las NPJ incluyen las siguientes clases[11]:

*a)* Normas que confieren poderes. Se trata de enunciados que confieren a un determinado sujeto u órgano del Estado un poder normativo, o sea, la competencia para crear disposiciones. Este tipo de enunciados no suelen realizar una atribución genérica para crear enunciados jurídicos, sino para crear una específica fuente de derecho con un «nombre propio» (ley ordinaria, ley orgánica…). Los enunciados jurídicos no tienen «autonomía», sino que todo enunciado jurídico se distingue por la pertenencia a una determinada fuente. A su vez, toda fuente se distingue por su nombre y su régimen jurídico; régimen que incluye cuestiones como la fuerza, el campo de aplicación, etcétera.

Este tipo de enunciados tiene dos vertientes. De un lado, son normas de conducta y en particular normas permisivas (si bien en determinados casos son normas obligatorias). Por otro lado, son definiciones del tipo de fuente del derecho sobre la que versan. La atribución de una competencia normativa no puede presumirse, sino que debe ser consecuencia de una clara habilitación, lo que conlleva que ninguna otra autoridad dotada de poder normativo puede elaborar documentos pertenecientes a ese tipo de fuente.

*b)* Normas de procedimiento. Son normas que regulan el procedimiento para crear las fuentes de Derecho o, más correctamente, que establecen un procedimiento para la elaboración de cada tipo de fuente o disposición. También este tipo de enunciados presentan un doble aspecto. De un lado son normas de conducta, en particular, *mandatos*, dirigidos a las autoridades normativas y relativas a un tipo de conducta consistente en crear enunciados jurídicos. De otro, constituyen una *definición* del tipo de fuente a la que refieren.

*c)* Normas que circunscriben el ámbito de poder conferido, determinando qué materias se pueden regular con el poder en cuestión. Se trata de normas relativas al ámbito material de una determinada fuente, es decir, el conjunto de materias sobre las que la fuente puede promulgar enunciados jurídicos. Son ejemplo de este tipo de normas, tanto aquellas que enumeran exhaustivamente las materias que puede regular una determinada fuente de derecho, como las que lo indican de manera más genérica.

*d)* Normas que reservan una determinada materia a una determinada fuente, de manera que: i) ninguna otra fuente está habilitada para regular esa materia, y ii) la fuente en favor de la que se establece la reserva no está autorizada para delegar la regulación de la materia en cuestión a otras fuentes. Estas normas incluyen: un *permiso* para que el órgano competente regule esa materia, una *prohibición* a cualquier órgano para regular esa materia por medio de otra fuente y, una *prohibición* al órgano competente de delegar a otras fuentes para regular esa materia.

---

[11] R. GUASTINI, 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti,* pp. 45-353; 1999: *Distinguiendo,* pp. 309-310; 1995: *Il giudic e la legge,* cap. V. *Cfr.* A. M. PEÑA FREIRE, 2003: *Las normas sobre la producción jurídica*, pp. 119-154; J. FERRER BELTRÁN, 2000: *Las normas de competencia*; R. HERNÁNDEZ MARÍN, 2002: *Introducción a la teoría de la norma jurídica,* pp. 343-370.

*e)* Normas relativas al contenido de la regulación futura. Se trata de límites sustanciales, prohibiendo a una determinada fuente crear normas con un determinado contenido o imponiendo que estas tengan un contenido determinado. Se trata por tanto de prohibiciones (u obligaciones) impuestas al órgano al que se refieren[12].

## 2.3. Juicio de validez

*2.3.1.* Los juicios de validez son enunciados del tipo «La norma N es una norma válida/inválida». Aquí la expresión *«la norma N»*, puede tener diversos sentidos en función de los significados de «norma jurídica»: acto lingüístico, disposición y norma.

*a) Acto lingüístico.* El enunciado «Es válida/inválida la norma N» puede referirse a la relación entre un determinado comportamiento (el acto lingüístico de legislar) y una norma o conjunto de normas de producción.

Legislar es un acto institucional o, más bien, una secuencia de actos institucionales gobernados por normas jurídicas constitutivas (es decir, la noción de legislación no puede ser definida sin mencionar en el *definiens* las normas en cuestión)[13]. Estas normas constitutivas son «normas sobre la producción jurídica» que regulan la producción de leyes. Las NPJ confieren al acto «bruto» de prescribir (realizado por determinados sujetos conforme a ciertos procedimientos) la etiqueta institucional. Legislar consiste en la realización de una secuencia de actos y comportamientos que dan lugar a la producción de un texto normativos; actos que, en su conjunto, constituyen el procedimiento legislativo.

*b) Disposición y norma*. El enunciado «Es válida la norma N» puede versar sobre la relación entre la disposición y la norma, y en este sentido una disposición es válida *si expresa al menos una norma válida*.

Partiendo de esta distinción, GUASTINI distingue entre validez formal y material: la validez formal de una disposición depende de la validez del acto normativo del cual ha sido producida; mientras la validez material de una disposición depende de la validez de las normas que de la misma pueden obtenerse mediante interpretación. Se dice que una disposición es válida desde el punto de vista formal cuando ha sido producida mediante un acto normativo formalmente válido. En otros términos, las condiciones de validez formal de una disposición se resuelven en las condiciones de validez del acto normativo por medio del cual dicha disposición ha sido producida (conformidad a las metanormas sobre la producción jurídica, concretamente las de

[12] Los límites pueden clasificarse en dos categorías: directos e indirectos. Los primeros son todos los enunciados que predeterminan positivamente (imponiendo obligaciones, como lo hacen por ejemplo los enunciados programáticos de la Constitución imponiendo promover determinados fines económicos o sociales) o negativamente (imponiendo prohibiciones, p. ej., la prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución) el contenido de la legislación. Son límites indirectos los que derivan de la combinación de dos tipos de enunciados: i) por un lado, los enunciados con los cuales una determinada fuente regula directamente cierto supuesto de hecho (p. ej., confiriendo derechos a los ciudadanos); ii) por otro, los enunciados con los cuales la fuente en cuestión establece su propia superioridad jerárquica sobre otras fuentes., p. ej., la Constitución sobre cualquier tipo de ley). En virtud de este tipo de relación el enunciado subordinado no puede contener enunciados que contradigan otros incluidos en la fuente superior.

[13] R. GUASTINI, 1999: *Distinguiendo,* p. 307.

competencia y de procedimiento, no de la disposición misma sino, del acto normativo). Una disposición normativa es válida desde el punto de vista material cuando las normas (explícitas) que de la misma pueden obtenerse son materialmente válidas. Más precisamente, una disposición es válida si expresa al menos una norma materialmente válida; pero una disposición es inválida si todas las normas que ella expresa son materialmente válidas[14].

Considero que resulta más clarificador referir la validez al conjunto de NPJ, sin distinguir entre validez formal y marial en función del tipo de NPJ, pues la validez se define por el cumplimiento de *todas* las NPJ. Es obvio entre las NPJ hay algunas unas con mayor facilidad interpretativa que otras, pero ello no da lugar a dos tipos de validez.

*2.3.2.* Un juicio de validez es un enunciado interpretativo en el cual están involucrados los siguientes enunciados:

EO) Enunciado *objeto* del juicio de validez: es un enunciado que pertenece a un texto jurídico, y cuya validez es examinada.

EP) Enunciado (o enunciados) que constituye el parámetro del juicio de validez: son las normas de producción jurídica relativas a EO, más las normas supremas (éstas, aunque no estén *directamente* relacionadas con EP constituyen también un parámetro de validez).

ER) Enunciado *resultado* del juicio de validez; es un enunciado interpretativo que, a diferencia de los anteriores, pertenece al lenguaje de los juristas o jueces y es un metalenguaje respecto a los dos enunciados anteriores (EO y EP).

El carácter interpretativo de ER se hace patente si se tienen en cuenta las NPJ. Estas suelen contener requisitos formales (de procedimiento) y materiales (de contenido). Ambos son requisitos de validez: la diferencia entre unos y otros radica en la mayor o menor dificultad interpretativa, pero todos ellos constituyen requisitos de validez. Como ha señalado JORI «de hecho las llamadas normas formales (por lo general normas de competencia o de procedimiento) son casi siempre semánticamente más precisas y rigurosas que las otras», pero manifiestan «los mismos problemas de indeterminación semántica, discrecionalidad interpretativa y referencias a parámetros valorativos»[15].

---

[14] La relación entre los criterios de validez formal y material es la siguiente. La validez formal es una condición ni suficiente ni necesaria de la validez material. De un lado, la validez formal no es condición suficiente de la validez de una norma. En otros términos, una norma explícita puede ser válida desde el punto de vista formal e inválida desde el punto de vista material (p. ej., el legislador puede produce una norma valida desde el punto de vista del proceso de formación del derecho, pero a su vez ser incompatible con la Constitución; con lo cual será materialmente inválida (es decir, inválida en razón de su contenido). En algunos casos la invalidez de una norma afecta a la disposición invalidando aquélla. De otro lado, la validez formal tampoco es condición necesaria de la validez material de una norma. Una norma implícita (por tanto, inválida bajo el punto de vista formal) puede ser válida desde el punto de vista material. Los juristas consideran (materialmente) válidas muchas normas que no han sido formuladas por el legislador, pero que en su opinión pueden ser obtenidas de alguna norma explícita o de la combinación de normas explícitas. Entre los dos criterios de validez se da la siguiente relación: en caso de conflicto entre ellos el criterio material prevalece sobre el formal. En otros términos: *a)* si una norma (explicita) es válida desde el punto de vista formal pero, al mismo tiempo, invalida desde el punto de vista material, es considerada *tout court* inválida; *b)* si una norma (implícita) es inválida desde el punto de vista formal pero, al mismo tiempo, valida desde el punto de vista material, es considerada *tout court* válida. La validez formal es una validez «débil» mientras la validez material es «fuerte», R. GUASTINI, 1989: «Concetti e criteri di validità», p. 877.

[15] M. JORI, 1993: «La cicala e la formica», p. 84.

Por otro lado, ha estado (o está) arraigada la idea de que la validez de los enunciados jurídicos es una característica meramente formal. Así para RAZ, la validez jurídica es establecida no por argumentos sobre su valor y justificación, sino mostrando que la norma se conforma a criterios de validez establecidos por algunas otras normas del sistema: las reglas de reconocimiento, «tales criterios se refieren normalmente a la forma en que la norma fue legislada o establecida por la autoridad judicial»[16]. Asimismo, cuando HART explica la variedad de criterios de pertenencia al sistema jurídico que puede contener una regla de reconocimiento, sólo alude a criterios formales, como «la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a la práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas especificadas, o a las decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares»; y considera Derecho «todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias»[17]. Y MACCORMICK ha señalado que «es común tomar como una característica definitoria del positivismo que todo positivista genuino mantiene que todas las normas que son normas jurídicas lo son porque pertenecen a un particular ordenamiento jurídico, y que pertenecen al sistema porque satisfacen criterios *formales* de reconocimiento»[18]. En la doctrina constitucional española, hay opiniones, como la de REQUEJO PAGÉS según la cual: «una norma es válida en la medida en que su generación se ha verificado con arreglo a los procedimientos de producción normativa instaurados en el sistema del que forma parte. Es éste un concepto de validez puramente procedimental, en el que se hace abstracción de consideraciones de índole material y axiológica, en la idea de que, en último término, un sistema normativo no es más que un entramado de procedimientos a cuyo través puede dotarse a las formas jurídicas de cualquier contenido. Las supuestas condiciones materiales de validez no son otra cosa, en puridad, que simples condiciones de procedimiento»[19].

Este privilegio de la vertiente formal de la validez resulta paradójica cuando, según hemos visto, las normas de producción jurídica que establecen los criterios de validez imponen no sólo límites formales, sino también materiales, esto es de contenido. La idea opuesta la expresa perfectamente FERRAJOLI cuando dice que «La definición teórica de "derecho válido" —con arreglo al principio metacientífico del positivismo jurídico expresado por nuestra tesis acerca de la separación entre Derecho y moral— sigue siendo por tanto ideológicamente neutral: es válida, aunque sea injusta, cualquier norma o prescripción que sea conforme a las normas acerca de su producción. Lo que ocurre es que entre las normas acerca de la producción de normas el moderno estado constitucional de derecho ha incluido múltiples principios ético-políticos o de justicia, que imponen valoraciones ético-políticas de las normas producidas y actúan como parámetros o criterios de legitimidad y de ilegitimidad no ya externos o iusnaturalistas,

---

[16] J. RAZ, 1982: *La autoridad del derecho*, p. 193

[17] H. L. A. HART, 1998: *The Concept of Law*, pp. 101 y 109.

[18] N. MACCORMICK, 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 61 (la cursiva es mía).

[19] J. L. REQUEJO PAGÉS, 1998: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente,* pp. 26-27. Si bien luego dice: «los únicos límites materiales jurídicamente admisibles son los representados por las decisiones materiales formalizadas en normas que condicionan la validez de normas inferiores y cuya revisión está sometida a especiales dificultades de procedimiento. Tal es, señaladamente, el caso de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales, en las que se formalizan límites de contenido que evidencian su condición última de de límites procedimentales a poco que se repare en el hecho de que es posible su revisión a través de la reforma constitucional».

sino internos o iuspositivistas… La especificidad del moderno Estado constitucional de derecho reside precisamente en el hecho de que las condiciones de validez establecidas por sus leyes fundamentales incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial. Estos rasgos sustanciales de la validez inexplicablemente ignorados por la mayor parte de las definiciones iuspositivistas de "Derecho válido", ya sean normativistas o realistas, tienen una relevancia bastante mayor que la de los meramente formales»[20].

*2.3.3.* En cuanto al *objeto* del juicio de validez al que me he referido antes, hay que decir el juicio de validez no puede predicarse de todas las disposiciones de un orden jurídico, pues quedan *excluidas* del mismo las normas supremas; la razón es obvia: el concepto mismo de norma suprema impide que pueda ser sometida a un juicio de validez *en el* ordenamiento.

Una situación diferente se da con las normas persistentes o receptadas[21], respecto de las cuales sólo se les exige el cumplimiento de parte de las NPJ.

Para explicar el concepto de normas receptadas hay que partir de la distinción entre «sistema jurídico», es decir, el «conjunto de normas agrupadas en virtud de algún criterio específico» y «orden jurídico», esto es, la sucesión de estos conjuntos que por algún factor o circunstancia se nos muestran como una secuencia unitaria o como dotados de una misma identidad[22]. En otras palabras: la expresión «sistema jurídico» se emplea para referirse a conjuntos de normas asociados a un tiempo *t* determinado, mientras que «orden jurídico» hace referencia a una secuencia de sistemas jurídicos. Una norma jurídica pertenece a un sistema jurídico y un sistema jurídico pertenece a un orden jurídico. Así, para cada momento determinado hay un conjunto de normas que conforman un sistema jurídico. Además distintos sistemas jurídicos asociados a distintos momentos pertenecen al mismo orden jurídico[23].

Desde el punto de vista dinámico, un orden jurídico sucede a uno anterior y también es sucedido por otro posterior. Si referimos este proceso a algún momento histórico o caso real que nítidamente interpretemos como la sustitución de un orden jurídico por otro, puede comprobarse que tras la desaparición de un orden jurídico y sustitución por otro, no se hace *tabula rasa* de todas las normas jurídicas pertenecientes al último sistema del orden anterior; por lo general, la mayoría de ellas seguirá siendo considerada como parte del Derecho de la unidad política de que se trate. La fundación en un momento histórico de un nuevo orden jurídico no implica en *términos históricos* la extinción o derogación de todas y cada una de las normas que pertenecían a su último sistema, sino que «las normas anteriores a la promulgación de una nueva constitución, elaborada al margen de las reglas anteriores a su aparición (…), siguen usándose después de la promulgación de la nueva constitución para atribuir obligaciones y derechos a los individuos por los tribunales y por los operadores jurídicos en ge-

---

[20] L. FERRAJOLI, 1995: *Derecho y razón*, p. 358.

[21] *Cfr.* J. M. VILLAJOSANA, 1998: «Sobre recepción de normas» y, 1998: «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», pp. 49-64.

[22] Es la diferencia que hace E. BULYGIN, 1991: «Tiempo y validez», p. 197; 1991: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», p. 260, entre tiempo interno y tiempo externo. *Cfr.* sobre esta distinción J. J. MORESO y E. NAVARRO, 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico,* pp. 41-44.

[23] J. M. VILLAJOSANA, 1998: «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», p. 52

neral»[24]. Por esto, en los casos de sustitución de un orden jurídico por otro, por lo general desaparecen algunas normas importantes, pero las demás prolongan su *vigencia* en los sistemas del nuevo orden. A las normas que subsisten de un orden a otro se las califica como «normas persistentes» o «normas receptadas»[25]. Por tanto, las normas receptadas no tienen que cumplir todas las NPJ del ordenamiento, sino únicamente las normas relativas al contenido; lo que da lugar a lo que VILLAJOSANA llama criterio sustantivo de pertenencia y que formula como sigue: «Una norma N pertenece al último sistema jurídico del orden jurídico O1 pertenece a un sistema jurídico del orden jurídico O2 del mismo orden estatal si su *contenido* es compatible con las normas del primer sistema jurídico de O2»[26].

## 3. EXISTENCIA

### 3.1. Planteamiento

La cuestión de la existencia de las normas se plantea de manera radicalmente diferente a la de la validez. La validez, como la vigencia, la aplicabilidad, la eficacia, etc. son propiedades o características que las normas pueden tener o no. La existencia, por el contrario, no es una propiedad; la existencia es diferente de las propiedades, «la existencia no añade nada a la cosa, no es una propiedad más, sino que es simplemente la posición de una cosa determinada con todas sus propiedades delante de un sujeto»[27].

Como señala LÓPEZ HERNÁNDEZ[28], «para decir que una cosa existe, primero, tiene que poder ser descrita como una entidad caracterizada por la posesión de algunas propiedades que le dotan de una identidad y que la hacen identificable a través de los mismos, y segundo, esa entidad así caracterizada tiene que aparecer delante de un sujeto cognoscente». La forma de aparición de la cosa ante el sujeto es lo que llamamos su modo de existencia, que será diferente según el tipo de entidad de que se trate: si es una entidad factual deberá mostrarse ante el sujeto empíricamente, si es una entidad ideal, deberá mostrarse de una manera abstracta.

Dicho de otra manera, el verbo «ser» puede emplearse en dos sentido: 1) en sentido copulativo (*x* es *P*), y entonces actúa para atribuir propiedades a un objeto; 2) en sentido existencial (*x* existe), y entonces actúa para afirmar la presencia de un objeto cualquiera con todas sus propiedades ante un sujeto cognoscente. Ambos usos son independientes y en ninguno de los casos «ser» figura como predicado, o sea, no es una propiedad: en el primer caso enlaza predicados a sujetos y en el segundo caso solamente afirma la existencia de objetos individuales de los que, en enunciados distintos, se pueden haber predicado algunas propiedades.

---

[24] J.J. MORESO, 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución,* p. 159.

[25] A.M. PEÑA FREIRE, 2001: «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», p. 207. Véase J.M. VILLAJOSANA, 1998: «Sobre recepción de normas».

[26] J.M. VILLAJOSANA, 1998: «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», p. 63.

[27] Esta idea me fue sugerida por J.M. VILLAJOSANA. Vid. J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, 2004: «Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas», *Anales de Derecho*, n.º 22, p. 103.

[28] J. LÓPEZ HERNÁNDEZ, 2004: «Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas», *Anales de Derecho*, n.º 22, p. 104.

Partiendo de este planteamiento, el tema de la existencia de las normas jurídicas es una cuestión complemente distinta de la de la validez: se trata de saber si existen normas jurídicas (cosa que se da por supuesta); y de saber bajo qué condiciones o circunstancias existen tales normas[29].

Por tanto, la cuestión de la existencia de las disposiciones se plantea en los siguientes términos: cuándo una norma jurídica existe o, lo que es lo mismo, cuándo estamos ante una norma jurídica. Para ser más precisa, voy a me voy a referir únicamente a la existencia de las disposiciones.

## 3.2. Diferentes nociones de existencia

### *3.2.1. Existencia formal*

Una primera respuesta a la pregunta cuándo existe una disposición, es hacerlo en términos de *existencia formal;* se trata de probar la existencia de una disposición *desde el punto de vista del derecho* es decir, en función de factores y criterios de carácter jurídico.

Comencemos por algunas definiciones de existencia que parten de esta idea:

Def. 1: «Que una ley existe o está vigente significa sólo que está contenida en un acto legislativo no anulado y puede por consiguiente ser aplicada mediante decisiones válidas respecto a ella»[30].

Def. 2: «Uno de los sentidos en que una norma puede decirse que es válida es en el de que *existe*. Una persona se encuentra con algo que interpreta como una formulación-norma, en un tablero de anuncios o en un libro de estatutos, por ejemplo. De esto se infiere que ha sido promulgada una norma de tales y tales características y que, por tanto, dicha norma ha existido, al menos durante algún tiempo»[31].

Def. 3: Las reglas de competencia recogen en su antecedente las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de las fuente-acto. Dentro de estas condiciones podemos distinguir entre la competencia formal, la material, la personal, la territorial y

---

[29] Un concepto próximo al de existencia (y en muchas ocasiones identificado con él) es el de vigencia. La vigencia de las normas puede definirse como «su capacidad regulativa, su aptitud para regular las situaciones que caigan bajo su condición de aplicación; su aplicabilidad en definitiva. Esto significa que una norma regula cuántas situaciones se produzcan mientras la misma está en vigor, y, en consecuencia, que la norma podrá ser usada por los jueces para justificar su decisión cuando tengan que resolver conflictos referentes a dichas decisiones. *Cfr.* M. GASCÓN en J. BETEGÓN, M. GASCÓN, J.R. DE PÁRAMO y L. PRIETO, 1997: *Lecciones de Teoría del Derecho*, p.249. L. FERRAJOLI, 1995: *Derecho y razón*, pp.873-874, identifica existencia con vigencia. Pues bien, existencia y vigencia son conceptos distintos puesto que la vigencia es una propiedad de la norma: un a norma puede existir, es decir ser norma jurídica, y no estar vigente.

[30] L. FERRAJOLI, 1995: *Derecho y razón*, p.873. Sobre la noción de vigencia, véase J. DELGADO PINTO, 1990: «Sobre la vigencia y validez de las normas», pp.101-167.

[31] G.H. VON WRIGHT, 1970: *Normas y Acción,* p.200. *Cfr.* C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p.43, quienes definen la existencia en términos de promulgación seguidamente decir que aunque no es un concepto de existencia válido para dar cuenta de la existencia temporal de las normas jurídicas. Y más adelante (p.74) señalan que sólo de normas promulgadas cabe decir que son válidas o inválidas. En otras palabras, la validez y la invalidez sólo puede predicarse respecto de normas *existentes* (en el sentido de promulgación).

otras condiciones que generalmente suelen referirse a la oportunidad. «Del hecho de que se configuren como condiciones necesarias del resultado institucional, de la fuente-acto, se sigue que la no satisfacción de cualquiera de ellas hace que no se produzca el resultado institucional, es decir que no exista la fuente acto»[32].

Como se desprende de estas definiciones, estos criterios jurídicos no son otros que las NPJ. La pregunta siguiente es *qué* NPJ son necesarias para que exista una disposición; pues parece claro que no es necesario el cumplimiento de todas las NPJ para la existencia de las disposiciones, sino sólo para su validez.

A esta cuestión se han dado varias respuestas. Para un grupo de autores la cuestión depende del cumplimiento de *determinadas NPJ*. Para GUASTINI por ejemplo, una fuente de derecho es no sólo inválida sino no-existente si es producida por un órgano que no tiene competencia para producir esa clase de fuente. Si se infringen las reglas de procedimiento, la cosa es dudosa. A veces una fuente de derecho producida infringiendo una regla de procedimiento es existente, aunque inválida. A veces sin embargo es considerada no-existente. «Como norma general la infracción de *una única* regla de procedimiento simplemente implica invalidez, mientras que la infracción de *todas* las reglas de procedimiento implica no-existencia. Pero los conceptos de invalidez e inexistencia tienen textura abierta. Es imposible afirmar cuantas reglas de procedimiento se deben violar para alcanzar la no-existencia»[33]. No se puede trazar una línea clara de demarcación entre invalidez e inexistencia…, no es posible decir con precisión a qué y a cuántas NPJ debe ser conforme una norma para superar el umbral de la existencia sin alcanzar la plena validez[34]. En otro lugar dice que si bien es difícil determinar cuáles son los requisitos para que un enunciado se considere existente, puede decirse que son los siguientes: que haya sido creado por un órgano *prima facie* competente y que se hayan respetado algunas normas procedimentales (aunque es difícil determinar cuales sean estas exactamente[35].

PEÑA FREIRE llega a la siguiente conclusión: las NPJ que confieren poder al órgano O para crear normas de la clase N, más las normas de procedimiento que resulten constitutivas del órgano O determinan la *existencia*. Las demás normas, es decir, las normas de procedimiento, las normas de competencia, las de reserva y las de contenido, no determinan la existencia de las normas, únicamente su validez. En un intento

---

[32] J. AGUILÓ, 2000: *Teoría general de las fuentes del derecho*, p. 81. En pp. 67-68 se refiere a las fuentes-acto como sigue: «la legislación, tomada en su sentido más amplio, es el ejemplo paradigmático que guiará nuestra exposición sobre las fuentes-acto y sobre las normas provenientes de autoridades políticas». Señala también que las fuentes-acto presentan cuatro elementos constitutivos: *a)* la autoridad normativa, esto es, un sujeto investido de poder (competencia) para crear Derecho; *b)* el acto normativo, es decir el acto o secuencia de actos productores de normas; *c)* el texto o documento normativo: el resultado de lo anterior es un documento, un conjunto de enunciados que cumplen una función prescriptiva; enunciados que componen una disposición, y *d)* las normas, esto es, el contenido significativo que resulta de la interpretación del documento normativo o disposición.

[33] R. GUASTINI, 1994: «Invalidity», pp. 222-223. En *Teoria e dogmatica delle fonti*, 1998, p. 147, señala: «Una norma "existe" en un ordenamiento jurídico —o bien pertenece al mismo— si, y sólo si, ha sido no sólo formulada (como, p. ej., las normas de un proyecto de ley), sino además "puesta" o sea discutida y emanada (además de publicada), de acuerdo con al menos algunas de las normas sobre la producción jurídica propias del ordenamiento».

[34] R. GUASTINI, 1994: «Invalidity», pp. 179, 183. En el mismo sentido R. GUASTINI, 1999: *Distinguiendo*, p. 321.

[35] R. GUASTINI, 1999: *Distinguiendo*, p. 320.

de precisar más la respuesta señala lo siguiente: «Diremos que una norma N existe como tal cuando el órgano que la creó tenía poder para hacerlo o dicho de otro modo, una decisión D —hecho bruto— cuenta como norma de la clase N —hecho institucional— cuando el órgano O que la produjo tenía conferido poder para crear normas de la clase N[36].

GASCÓN, por su parte, después de plantear los problemas que presenta distinguir entre validez y nulidad en base al tipo de NPJ que se infrinja, parte de que la elección del criterio que trace la diferencia entre validez y invalidez debe ser coherente con la función que la inexistencia está destinada a cumplir, función que consiste en establecer un particular régimen de invalidación orientado a reaccionar de un modo expeditivo frente a aquellos actos o normas que resultan más groseramente irregulares, y que la inexistencia así construida no debe dejar sin eficacia al régimen general de invalidación establecido en el sistema. De esta forma llega a la conclusión de que «parece que tan sólo cabe pensar como criterio de la inexistencia en la *manifiesta e indubitada inconstitucionalidad*, dado que éste es un elemento que justifica la inmediata ineficacia (inaplicación) de la norma en el sistema y que, al mismo tiempo, no cancela el régimen general de invalidación establecido»… «En suma, diremos que una norma es inexistente cuando carece en absoluto de una apariencia de validez; es decir, cuando su invalidez sea manifiesta, evidente y fácilmente recognoscible; cuando no hay dudas de que, llegado el caso, la norma será declarada inválida por el órgano competente». «Llamamos inexistencia a los vicios que prevemos determinarán la invalidez con toda seguridad o, lo que es igual, a la manifiesta e indubitada inconstitucionalidad»[37]. Por otra parte, para GASCÓN el juicio de inexistencia, como el de validez «es un juicio descriptivo destinado a *constatar* si determinada norma reúne las condiciones de pertenencia establecidas en el sistema». Pero además presenta una dimensión *predictiva* «porque requiere aventurar que ese vicio es de tal naturaleza o magnitud que, con toda seguridad, conducirá a la declaración de invalidez»[38]. Y en un sentido similar se pronuncia Aguiló, para quien hay ejemplos en los que el resultado institucional de producción de la fuente-acto no se produce, es decir no existe; y señala como ejemplo los siguientes: El Parlamento español (fuera de su ámbito formal de competencia) trata de producir el resultado «ley autonómica»; el Parlament de Catalunya (dentro de su competencia formal y fuera de su competencia territorial) trata de «ordenar el territorio andaluz», el Parlament de Catalunya (dentro de su competencia formal y material y fuera de su competencia personal) trata de extender el régimen económico-matrimonial de la separación de bienes a aquellos que no están sujetos al Derecho foral catalán, etc. En todos estos casos —dice AGUILÓ— parece claro que las autoridades en cuestión fracasarían en su pretensión de producir los resultados institucionales que llamamos fuentes-acto. El efecto jurídico de estos intentos sería la inexistencia del resultado institucional[39].

Para otros autores el elemento que determina la existencia es *la* promulgación o publicación. Así ALCHOURRÓN y BULYGIN, indican que para explicar la existencia de las

---

[36] A. M. PEÑA FREIRE, 1999: «Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas», pp. 400-401.

[37] M. GASCÓN ABELLÁN, 1997: «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes», pp. 149-150.

[38] *Ibídem,* pp. 150-151.

[39] J. AGUILÓ, 2000: *Teoría general de las fuentes del derecho*, p. 81.

normas jurídicas basta el acto de prescribir, es decir, la promulgación que hará nacer la relación normativa sin necesidad de recepción por parte de sus destinatarios[40]. Y HERNÁNDEZ MARÍN afirma que son jurídicos todos aquellos enunciados que aparecen contenidos en un texto o documento que, a su vez, tenga la consideración de cuerpo jurídico; y señala que «para que un enunciado añada a su existencia factual y lingüística la existencia jurídica, es condición necesaria y suficiente que el documento en el que se halla dicho enunciado se convierta en un cuerpo jurídico», y que «un cuerpo jurídico es un cuerpo legal que ha sido publicado»[41].

Considero que éste es el criterio es el más adecuado como criterio de existencia de las disposiciones. Sin embargo algunos autores añaden un adjetivo: que se trate de un *acto serio* de promulgación*:* «todo acto (serio) de promulgar una norma da lugar a la existencia de una norma. Lo único que queda excluido son los actos no serios (por ejemplo, bromas, prescripciones realizadas por un actor en un escenario, etc.)»[42]. Pero los ejemplos citados de actos no serios de promulgación, ni siquiera pueden considerarse actos de promulgación o mejor, de publicación en un diario oficial. Lo mismo ocurre en el caso de enunciados que, no obstante la inserción de un texto en un diario oficial, le falta cualquier apariencia de texto jurídico (p. ej., porque no se corresponde con ninguna fuente de derecho de ese ordenamiento, o porque el sujeto que lo publica es una persona que nada tiene que ver son los órganos competentes, etc.).

### *3.2.2. Existencia convencional*

Una segunda respuesta es aquella que entiende la existencia de una disposición como *existencia convencional*. En el sentido de existencia convencional se dice que «el enunciado que predica la validez constitutiva (o existencia) de una entidad A en el sistema S, será válido siempre y cuando concurran determinados hechos que nos permitan afirmar que A es una entidad convencional en S»[43]. La pregunta es: ¿en qué consiste tales hechos?[44]. La respuesta es que se trata de «hechos o entidades convencionales».

De manera sintética puede decirse que los dos rasgos distintivos de una entidad convencional son los siguientes. En primer lugar, la *creencia mutua* entre los miembros de la comunidad S en la entidad A. En segundo lugar, que la existencia de tal creencia genera entre los miembros de S alguna razón para la acción que, de otra forma, no ten-

---

[40] C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas,* p. 37.

[41] R. HERNÁNDEZ MARÍN, 2002: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, p. 444.

[42] C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, p. 37. *Cfr.* también J. J. MORESO, 1997: *Normas jurídicas y estructura del derecho*, pp. 29 y 86, que se refiere también a la promulgación de las normas «exitosamente», aunque creo que se refiere más a la vigencia, que la existencia puesto que señala «Una norma N es vigente si y sólo si ha sido promulgada *exitosamenete.* Determinar las condiciones en que una norma N es exitosamente promulgada es delimitar las condiciones en que una norma (jurídica) exista socialmente».

[43] A. RÓDENAS, 2006: «Sobre la validez jurídica: entre la validez y la convención», p. 259.

[44] Una norma existe cuando ciertos actos, hechos o documentos son considerados como normas jurídicas por los miembros de un grupo social, ya se trate de particulares o de autoridades. Esta forma de existencia da cuenta de un lado, de la naturaleza social del Derecho y de otro, de que los procedimientos de identificación del Derecho y de las normas no son ajenos a las creencias y actitudes de los miembros respecto de lo que el derecho es A. M. PEÑA FREIRE, 1999: «Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas», p. 382.

drían. En cuanto al primer requisito, tratándose de entidades convencionales de carácter jurídico la comunidad relevante es la de los operadores jurídicos: basta con que una parte suficientemente extensa de ellos crean en la existencia de la entidad A y que los sujetos tengan una percepción del carácter compartido de la creencia. El segundo requisito (y teniendo en cuenta que la comunidad de referencia es la de los operadores jurídicos) se concreta en que al menos en algunos casos la creencia en la existencia de la entidad jurídica forme parte del conjunto de razones que opera en el trasfondo de las resoluciones de los operadores jurídicos[45].

Esta respuesta está basada en las ideas de SEARLE y LAGERSPETZ de los «hechos institucionales» (o «hechos dependiente de la creencia») cuya idea fundamental es que hay «hechos» cuya subsistencia depende de la creencia de que subsistan: se da el caso que *p* sólo si se cree que se da el caso que *p* (p. ej., algo es dinero sólo si se cree que es dinero, o un determinado conjunto de eventos constituye un matrimonio sólo si se cree que constituye un matrimonio). Los hechos sociales que cumplen esta condición se denominan «hechos dependientes de la creencia» o «hechos institucionales». Este tipo de hechos (sociales) son elementos fundamentales de la realidad social; aun siendo hechos de tipo peculiar, pueden considerarse existentes o no existentes, pueden ser objeto de afirmaciones de hecho, de carácter descriptivo susceptibles de verdad o falsedad. Los hechos institucionales se caracterizan por una relación de circularidad entre el ser y el creer. En general, en relación a todo tipo de hechos es posible creer de modo verdadero que *p* sólo si se da el caso que *p.* En el caso de los hechos institucionales, sin embargo, vale también la relación inversa: si *p* es un hecho institucional es posible que se de el caso que *p* sólo si se cree que *p*[46].

Según SEARLE podemos distinguir entre «hechos brutos» (independientes de los estados mentales y de las instituciones humanas, p. ej., «Hay nieve en el Everest») y «hechos institucionales» (que sí requieren estados mentales, como p. ej., «Juan y yo estamos casados»).

Los hechos institucionales se definen mediante tres conceptos:

*a)* La intencionalidad colectiva, esto es, aquel tipo de estado mental intencional que se tiene sólo en tanto que compartido con otros individuos.

*b)* La asignación de funciones de status, es decir, la imposición de una función a algún objeto u hecho previamente existente, con la peculiaridad de que las características físicas de ese objeto no bastan por sí solas para cumplir esa función, sino que es necesaria la intencionalidad colectiva continuada al efecto. Se tiene un hecho institucional si y sólo si se asegura a un cierto tipo de objeto, por intencionalidad colectiva, una función que el objeto no está en condiciones de cumplir por su constitución física, sino sólo en virtud de la aceptación colectiva del hecho de que dicho objeto está en condiciones de cumplirla. SEARLE llama a este tipo de función «función de estatus», que puede expresarse como «X cuenta como Y en el contexto C»[47].

---

[45] A. RÓDENAS, 2006: «Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención», pp. 259-261.

[46] B. CELANO, 2000: «Fatti istituzionali e fatti convenzionali», pp. 163-164. Véase las obras de J. SEARLE, 1980: *Actos de habla* y, 1995: *La construcción de la realidad social,* y la de E. LAGERSPETZ, 1995: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions.*

[47] J. R. SEARLE, 1995: *La construcción de la realidad social,* pp. 23-46.

*c)* Las reglas constitutivas, que son aquellas que no se limitan a regular un comportamiento ya existente, sino que constituyen su condición de posibilidad (como las reglas de un juego); las reglas constitutivas a la vez *constituyen* los hechos institucionales y *describen* su estructura lógica, según la fórmula «X cuenta como Y en el contexto C»[48].

LAGERSPETZ considera su teoría como una mejora de la teoría de SEARLE de los hechos institucionales. La diferencia de fondo entre la teoría de SEARLE y la de LAGERSPETZ, radica en la noción de «convención» y en la de «conocimiento común». Según LAGERSPETZ la subsistencia de hechos dependientes de la creencia está sujeta a dos condiciones: 1) que se de un problema de interacción estratégica; 2) que la subsistencia del hecho en cuestión sea conciencia común entre los agentes implicados.

LAGERSPETZ se pregunta qué tipo de hecho es el hecho de que esas reglas existen en las comunidades relevantes. Obviamente no puede ser un hecho bruto (no es un hecho como la madera del mundo físico). Si la clasificación de SEARLE pretende ser una clasificación exhaustiva, los hechos relativos a las reglas deben ser por sí mismos hechos institucionales. Además, son inherentemente dependientes de la existencia de otras reglas: algo es una regla sólo si hay una regla con el efecto de que ese algo cuenta como una regla. Estamos en un regreso el infinito: el regreso lógico de las reglas[49]. De esta manera, la alternativa de LAGERSPETZ (frente a la critica que se hace a SEARLE del regreso lógico de las reglas) es construir una noción de hecho convencional que no esté fundada en reglas. Su idea básica es que hay cosas que existen y hechos que se sostienen sólo si los individuos relevantes *creen* que existen o los *sostienen* y *actúan* de acuerdo con estas creencias»[50]. Esto da lugar a la «creencia mutua compartida»

Tradicionalmente se asume que los hechos son independientes de nuestras creencias. Podemos tener razones para creer que ciertos hechos se dan, pero que los hechos realmente se den es independiente de estas razones. Por ejemplo, las montañas existen con independencia de nuestras razones para creer en su existencia. Esta distinción no funciona muy bien para la realidad social. Si todos nosotros creemos que estos pedazos de papel son dinero y que pueden ser intercambiados por bienes, *son* dinero que puede ser intercambiados por bienes. Esto tiene la consecuencia de que si produzco un argumento convincente (efectivo) es en el sentido de que si cierta regla es una regla jurídica válida, la regla es *ipso facto* una regla jurídica válida, porque el argumento ha producido la creencia relevante.

En definitiva, la noción de existencia convencional anular la distinción entre los hechos que son y nuestras creencias acerca de los mismos: en el terreno de los hechos sociales la creencia compartida en la existencia de una entidad convierte a tal entidad en existente: lo convencional *constituye* la realidad social[51].

Es obvia la importancia de la idea de los hechos institucionales y el alcance de la misma en la teoría jurídica[52]; sin embrago, como señala NOGUERA, una cosa es decir que

---

[48] J. A. NOGUERA, 1999: «¿Son los hechos sociales una clase de hechos mentales?», pp. 37-38.
[49] E. LAGERSPETZ, 2001: «On the Existence of Institutions», p. 73.
[50] *Cfr.* A. RÓDENAS, 2006: «Sobre la validez jurídica», pp. 259-260.
[51] A. RÓDENAS, 2006: «Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención», p. 261.
[52] *Cfr.,* por poner dos ejemplos las obras de E. LAGERPESTZ, 1995: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions,* y N. MACCORMICK y O. WEINBERGER, 1996: *An Institutional Theory of Law.*

los hechos institucionales requieren de la existencia de alguna creencia humana para existir, y otra muy distinta decir que existen *sólo porque* creemos que existen[53]. A efectos de la existencia de las normas, creo que ésta debe definirse en los términos que he señalado antes: publicación en un diario oficial.

## BIBLIOGRAFÍA


AARNIO, A., 1991: *Lo racional como razonable*, Madrid: Centro de Estudio Constitucionales.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela): Facultad de Derecho-Univ. de Carabobo.

— 1991: «La concepción expresiva de las normas», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 121-153.

ALEXY, 1997: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona: Gedisa.

BETEGÓN, J.; GASCÓN, M.; PÁRAMO, J. R., y DE PRIETO, L., 1997: *Lecciones de Teoría del Derecho*, Madrid: MacGraw-Hill.

BOBBIO, 1958: *Teoria della norma giuridica*, Torino: Giappichelli.

— 1960: *Teoria dell´ordinamento giuridico*, Torino: Giappichelli.

BULYGIN, E., 1991: «Validez y Positivismo», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 499-519.

— 1991: «Tiempo y validez», en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 195-214.

— 1991: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *DOXA*, n.º 9, pp. 257-279.

CARACCIOLO, R., 1997: «Existencia de normas», *Isonomía*, n.º 7, pp. 159-178.

— 1998: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CELANO, B., 2000: «Fatti istituzionali e fatti convenzionali», *Filosofia e Questioni Pubbliche,* 5 (2), pp. 163-164

CONTE, 1970: «Studio per una teoria della validità», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n.º 47, pp. 331-354.

CONTE, A.G., 1975: «Validità», *Novisimo Digesto Italiano*, vol. XX, pp. 418-425.

DELGADO PINTO, J., 1990: «Sobre la vigencia y validez de las normas», *DOXA*, n.º 7, pp. 101-167.

FERRAJOLI, L., 1995: *Derecho y razón*, Madrid: Trotta.

FERRER BELTRÁN, J., 2000: *Las normas de competencia,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GASCÓN ABELLÁN, M., 1997: «Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes», *DOXA*, n.º 20, pp. 131-156.

GUASTINI, R., 1989: «Concetti e criteri di validità», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 4, pp. 867-878.

— 1993: *Le fonti del diritto e l´interpretazione*, Milano: Giuffrè.

— 1994), «Invalidity», *Ratio Iuris*, vol. 7, 2, pp. 212-226.

— 1995: *Il giudice e la legge*, Padova: CEDAM.

— 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè.

— 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa.

HERNÁNDEZ MARÍN, R., 2002: *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid: Marcial Pons.


[53] J. A. NOGUERA, 1999: «¿Son los hechos sociales una clase de hechos mentales?», p. 49.

JORI, M., 1993: «La cicala e la formica», en L. GIANFORMAGIO (coord.), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino: Giappichelli, pp. 66-119.

LAGERSPETZ, E., 1995: *The Opposite Mirrors*, Dordrecht-Boston-London: Kluwer.

— 2001: «On the Existence of Institutions», en E. LAGERSPETZ, N. IKÄHEIMO y J. KOTKAVIRTA (eds.), *On the Nature of Social and Institutional Reality,* Sophi (Jyäskyla), pp. 70-101.

LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., 2004: «Existencia, validez y nulidad de las normas jurídicas», *Anales de Derecho*, n.º 22, pp. 99-120.

MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.

MACCORMICK, N., y WEINBERGER, O., 1986: *An Institutional Theory of Law*, Dordrecth: Reidel.

MENDOCA, D., 1992: *Introducción al análisis normativo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

MORESO, J. J., 1996: «Lenguaje jurídico», en E. GARZÓN VALDÉS y F.J. LAPORTA (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid: Trota-CSIC-BOE, pp. 106-107.

— 1997: *Normas jurídicas y estructura del derecho*, México: Fontamara.

— 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MORESO, J. J., y NAVARO, P., 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

NOGUERA, J. A., 1999: «¿Son los hechos sociales una clase de hechos mentales?», *REIS*, pp. 35-60.

OST, F., 1988: «Validité», en A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire Enciclopedique de Theorie et de Sociologie du droit*, Paris: LGDJ, pp. 431-435

OST, F., y KERCHOVE, M. VAN DE, 1987: *Jalons pour una theorie critique du droit*, Bruxelles: Facultes Universitaires Saint-Louis.

PECZENIK, A., y HAGE, J., 1999: «Conocimiento jurídico, ¿sobre qué?», *DOXA,* n.º 22, pp. 25-48.

PEÑA FREIRE, A. M., 1999: «Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVI, pp. 99-119

— 1999: «Reglas de competencia y existencia de las normas jurídicas», *DOXA*, n.º 22, pp. 381-412

— 2001: «Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas», *Analisi e diritto*, pp. 193-230

— 2003: «Las normas sobre la producción jurídica», *Revista de Derecho de la Universidad de Granada*, 6, pp. 119-154.

RAZ, J., 1982: *La autoridad del derecho,* México: UNAM.

REQUEJO PAGÉS, J. L., 1998: *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

RÓDENAS, A., 2006: «Sobre la validez jurídica: entre la validez y la convención», *Analisi e diritto*, pp. 255-276

SEARLE, J. R., 1980: *Actos de habla*, Madrid: Cátedra.

— 1995: *La construcción de la realidad social,* Barcelona: Paidos.

VILLAJOSANA J. M., 1998: «Sobre recepción de normas», *Isonomía,* n.º 8, pp. 181-191,

— 1998: «Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas», *DOXA*, n.º 21-I, pp. 49-64.

WRIGHT, G. H. VON, 1970: *Norma y acción*, Madrid: Tecnos.

WRÓBLEWSKI, 1982: «Tre concetti di validità», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, pp. 584-595.

— 1992: *The Judicial Application of Law*, Dordrecht-Boston-London: Kluwer.

# TEORÍA DEL DERECHO Y NEUTRALIDAD VALORATIVA*

José Juan Moreso
*Universitat Pompeu Fabra*

**RESUMEN.** En este artículo se analizan dos tesis vinculadas con una teoría jurídica neutral desde el punto de vista valorativo: 1) la explicación conceptual de la naturaleza del Derecho es una tarea descriptiva que puede realizarse sin recurrir a consideraciones valorativas, y 2) la determinación del contenido del Derecho, de aquello que el Derecho requiere, depende únicamente de determinados hechos sociales que pueden describirse sin recurrir a consideraciones valorativas.

Se argumenta que ambas tesis han de ser abandonadas. Para ello se realiza una comparación entre la evolución de la teoría económica y la teoría jurídica por lo que a la neutralidad valorativa se refiere. Se acaba considerando la repercusión del abandono de la neutralidad valorativa para una concepción adecuada del alcance y los límites del positivismo jurídico.

**Palabras clave:** neutralidad valorativa de la teoría del Derecho, naturaleza del Derecho, contenido del Derecho, positivismo jurídico.

**ABSTRACT.** In this paper two theses about a value-free legal theory are analyzed: 1) the conceptual explanation of the nature of law is a descriptive task, that can be made without resort to moral considerations; and 2) the determination of the content of law, the identification of what law requires, only depends on social facts which can be described without resort to evaluative considerations.

It is argued that both theses should be given up. In this way, a comparison between the evolution of economic theory and legal theory is carried out. The paper ends with an analysis of the impact of this understanding of a non value-free legal theory for our conception of the limits and the scope of legal positivism.

**Keywords:** value-free legal theory, the nature of law, the content of law, legal positivism.

* Fecha de recepción: 7 de enero de 2008. Fecha de aceptación: 31 de enero de 2008.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las caracterizaciones más conocidas del positivismo jurídico es aquella que se corresponde con el *motto* de J. AUSTIN: «Una cosa es la existencia del Derecho, otra su mérito o demérito» (AUSTIN, 1832: 157). Dicha caracterización ha sido usualmente asociada con la idea de que mientras la existencia del Derecho es una cuestión de hecho, aquello que el Derecho debe ser es una cuestión de valoraciones y también con el correlato epistémico de esta dicotomía ontológica, es decir, la tarea de conocer aquello que sea el Derecho es una tarea descriptiva y moralmente neutral, mientras la tarea de establecer sus méritos es una tarea evaluativa y moralmente comprometida.

Ni J. AUSTIN, ni J. BENTHAM antes que él, creyeron que la tarea evaluativa careciera de sentido. Por el contrario, ambos pensaban que era una tarea que tenía perfecto sentido, y que ellos creían que había de ser llevada a cabo con el molde del utilitarismo. Ahora bien, ambos pensaron que las dos tareas habían de separarse claramente. Una idea que procedía ciertamente de la estricta separación, establecida por D. HUME, entre el ámbito de lo fáctico y el ámbito de lo normativo, con arreglo a la cual —como es sabido— no pueden derivarse enunciados de deber de enunciados descriptivos, el «debe» no puede inferirse del «es» (HUME, 1739-1740: 469-470).

No obstante, elaborando algunas ideas que procedían del empirismo humeano, es en el ámbito del positivismo lógico, a comienzos del pasado siglo, cuando la dicotomía entre los hechos y los valores se agudiza. Los positivistas lógicos distinguían, en el ámbito de las proposiciones significativas, las proposiciones analíticas, cuya verdad depende únicamente de su forma lógica y las proposiciones fácticas, cuya verdad depende de cómo sea el mundo, son *verificables*. Esta distinción permitía, a su vez, distinguir entre problemas lógicos o conceptuales, que versan sobre el significado de las palabras y problemas empíricos, que versan sobre los hechos. El resto de problemas de los que se había ocupado la filosofía eran sólo pseudo-problemas. Y, por tanto, los juicios de valor carecen de significado cognoscitivo, son totalmente subjetivos, meras expresiones de emociones o descripciones de las emociones de otros[1].

Esta posición tuvo una influencia muy considerable en los diversos ámbitos de la filosofía y de las ciencias sociales. La tuvo, como tendré ocasión de analizar, en la teoría jurídica. La tuvo también en la teoría económica y es esta influencia la que tomó H. PUTNAM (PUTNAM, 2002), como objeto de sus *Rosenthal Lectures* en la Escuela de Derecho de la Universidad de Northwestern, para tratar de mostrar las debilidades de la dicotomía tal como a menudo se plantea y su significación para la economía. Al final de sus lecciones, PUTNAM (2002: 64) afirma: «Una de las razones por las que he analizado la dicotomía hecho/valor en estos capítulos ha consistido no únicamente en suministrar una visión filosófica de las razones por las cuales economistas como L. ROBBINS pensaron que el desarrollo de lo que WALSH ha llamado "la segunda fase de la economía clásica", la tarea de "llevar la economía cerca de la ética", era "lógicamente imposible"; sino también, abatiendo esas razones, he querido suministrar una filosofía del lenguaje que pueda dar acomodo y apoyo a esta segunda fase. Creo, pero consciente de

[1] El *locus classicus* de dicha posición tal vez sea el cap. VI de AYER, 1936.

mis propias limitaciones no he tratado de documentarlo, que muy semejantes cuestiones surgen en el ámbito del Derecho».

Pues bien, persuadido de que PUTNAM lleva razón, me propongo en lo que sigue tratar de *documentar* esta sugerencia suya referida al Derecho. Para ello, en primer lugar, reconstruiré sucintamente los argumentos de PUTNAM y algunos de A. SEN, al que PUTNAM toma —con toda la razón— como paradigma de autor que ha acercado la ética y la economía. En segundo lugar, trataré de mostrar cómo la teoría jurídica ha seguido una evolución en cierto modo paralela a la teoría económica. En tercer lugar, ya en el ámbito de la teoría jurídica únicamente, distinguiré dos sentidos que en ella puede atribuirse a la idea de la neutralidad valorativa. Y, por último, concluiré estableciendo en qué sentido, en mi opinión, la teoría jurídica ha de aceptar la *imbricación* entre los hechos y los valores y en qué sentido, sin embargo, ello no comporta la introducción no filtrada de los juicios de valor de los juristas en su tarea cognoscitiva.

## 2. PUTNAM AFTER SEN[2]

A. SEN (SEN, 1987: 2-7) ha sugerido que la economía tiene dos orígenes distintos. Por un lado, ya en la obra de Aristóteles, la economía guarda relación con los fines básicos de los seres humanos, en cómo la producción y distribución de la riqueza se entrelazan con el logro de estos fines básicos. Este origen vincula la economía con la ética. El segundo origen de la economía la considera relacionada no con los fines últimos de los humanos, no con cuestiones referidas a cómo debemos vivir, sino con cuestiones técnicas relativas a cómo diseñar los instrumentos para alcanzar algunos fines que se consideran dados. SEN lo denomina el *«engineering approach».*

Aunque en la economía clásica ambos enfoques eran complementarios y SEN se esfuerza por mostrar cómo esto era así en un autor como A. SMITH [que escribió no sólo su conocido clásico de economía, SMITH (1776), sino también sobre filosofía moral, SMITH (1759) y, póstumamente publicado, sobre jurisprudencia, SMITH (1978)]; parcialmente el prestigio del positivismo lógico hizo que esta dos tradiciones se separaran radicalmente. El influyente economista L. ROBBINS (1935: 148) sostuvo que la ética y la economía son dos ámbitos lógicamente separados, puesto que la economía trata de hechos determinables, mientras la ética trata de evaluaciones y obligaciones, y «si discrepamos acerca de la moralidad… entonces no hay lugar para el argumento».

Otra idea de L. ROBBINS iba a resultar a la postre muy relevante. ROBBINS sostuvo que las comparaciones interpersonales de utilidad, necesarias para llevar a cabo el cálculo utilitario requerido por la economía del bienestar, han de ser calificadas como éticas o normativas y arrojadas al infierno de la irracionalidad (ROBBINS, 1938)[3].

---

[2] La razón de este título será diáfana para aquellos que lean WALSH, 2000; WALSH, 2003, y SEN, 2005.

[3] Como SEN (1987: 30 y nota 1) señala las razones de ROBBINS no son del todo claras. Me parece que SEN lleva razón cuando afirma que ROBBINS estaba más interesado en destacar el aspecto negativo de su tesis, con arreglo a la cual las comparaciones interpersonales de utilidad no tienen fundamento científico, que el aspecto positivo, conforme al cual dichas comparaciones son de carácter ético. Tal vez algo semejante ocurre con la afirmación de muchos téoricos del Derecho procesal y de muchos jueces según la cual, en ocasiones, las valoracio-

Con este panorama el enfoque técnico, el *engineering approach,* de la economía estaba llamado al éxito.

Abandonadas las comparaciones interpersonales de utilidad, a la economía del bienestar le quedaba solamente el establecer un modo de enfocar la construcción de una función de bienestar social en la línea de la teoría de la acción social, que tiene sus orígenes en algunas muy relevantes contribuciones matemáticas de pensadores franceses del siglo XVIII, como J. C. BORDA o el marqués de Condorcet. La contribución capital es obviamente la de K. J. ARROW (1951) y su conocido teorema de imposibilidad. Como es sabido, dicho teorema establece que cuatro condiciones, aparentemente muy plausibles, que debe respetar la función de bienestar social no pueden ser satisfechas, por razones lógicas, de manera simultánea; las condiciones son las siguientes: 1) eficiencia paretiana, 2) no dictadura, 3) independencia de las alternativas irrelevantes, y 4) dominio no restringido (que requiere que cualquier preferencia social debe ser un orden completo, con conexividad y transitividad para cualquier conjunto de preferencias individuales). La obra de ARROW estimuló como ninguna otra el desarrollo formal de la teoría de la elección social y dio paso a la época dorada de los desarrollos formales de la economía[4]. Pero no quiero detenerme en estos desarrollos, quiero únicamente resaltar que los presupuestos de la teoría de la elección social y de la economía del bienestar quedaron reducidos a una imagen idealizada del ser humano como un ser con un conjunto consistente de preferencias que maximiza su autointerés. Los fines básicos, dados a la economía, quedan reducidos a algo tan endeble como el óptimo de Pareto: una situación social, como es sabido, es un óptimo de Pareto si y sólo si no puede aumentarse la utilidad de uno sin reducir la utilidad de otro. Como nos recuerda SEN (SEN, 1987: 32): «Una situación social puede ser un óptimo de Pareto con algunas personas en la miseria más extrema y con otras en el mayor de los lujos, en la medida en que no pueda mejorarse la situación de los pobres sin reducir el lujo de los ricos». No obstante, con estos postulados se pudo demostrar el teorema fundamental de la economía del bienestar, conforme al cual bajo determinadas condiciones, todo estado social óptimo en el sentido paretiano es también un equilibrio perfectamente competitivo con respecto a algún conjunto de precios y para alguna distribución inicial de las dotaciones de las personas.

Con todo, la obra de A. SEN (y de otros muchos economistas y teóricos sociales) constituye un modo especialmente perspicuo de poner en duda la versión de la persona como egoísta y de enriquecer con otros fines el óptimo de Pareto. El mismo rechazo de las comparaciones interpersonales de utilidad es desafíado, para aceptar algún tipo de comparabilidad parcial. Como el mismo SEN nos recuerda (SEN, 2002: 79): «No tenemos grandes dificultades, por ejemplo, en reconocer que la utilidad que el emperador Nerón obtuvo del incendio de Roma fue menor que la suma total de la pérdida de utilidad de todos los romanos que sufrieron los efectos del fuego».

---

nes de los hechos llevadas a cabo por los jueces en el proceso son, en realidad, juicios de valor. Véase FERRER, 2005, p. 51 y nota 53.

[4] El propio SEN (por ejemplo, SEN, 1970) se ocupó de ello y de varios modos de debilitar algunos de los axiomas para evitar la imposibilidad. Un panorama excelente de este desarrollo puede hallarse en SEN, 2002, y allí se hallará también la bibliografía relevante —se trata de la contribución de SEN en Estocolmo—, con ocasión de ser distinguido con el premio Nobel de Economía en 1998.

En cualquier caso, lo que emerge de este apretado (e incompleto) resumen es la necesidad de enriquecer los presupuestos con los que evaluar el bienestar económico de una sociedad. El debate y las críticas que el utilitarismo ha recibido en las últimas décadas tampoco pueden pasar desapercibidos a los economistas del bienestar y, por ello, es preciso que se embarquen en dicho debate para establecer más adecuadamente su noción de bienestar.

Brevemente, el legado de aportaciones como la de SEN puede presentarse del siguiente modo: a) un rechazo de la reducción de la racionalidad a consistencia interna, b) una ampliación, más allá del autointerés, de los motivos de los agentes racionales y, principalmente, c) la ampliación de los fines de la economía del bienestar, que habían quedado casi reducidos al óptimo de Pareto (en el caso de SEN, a través, de su *«capabilities approach»,* vid., por ejemplo, SEN, 1999).

Merece la pena añadir que, como SEN (SEN, 1987: 78-79) nos recuerda también la ética puede beneficiarse de algunos de los desarrollos técnicos de la economía para una mejor comprensión de los problemas que analiza.

Pues bien, PUTNAM da argumentos para mostrar cómo el enfoque técnico y formal de la economía estuvo muy influido por la filosofía del positivismo lógico a la que me he referido y que, como sabemos, sostenía que los juicios de valor carecen de significado cognoscitivo y, por tanto, sobre ellos no es posible el control racional.

La posición de PUTNAM al respecto (PUTNAM, 2002: caps. 1 y 2) puede resumirse del siguiente modo:

Por una parte, la dicotomía entre los hechos y valores era deudora de la gran dicotomía entre proposiciones analíticas y proposiciones sintéticas. En un artículo famoso, W. v. O. QUINE (QUINE, 1953) argüía que dos dogmas centrales del empirismo (y del positivismo lógico) debían ser arrinconados. Se trata de la distinción entre verdades *analíticas*, o basadas en el significado con independencia de las materias de hecho, y verdades *sintéticas*, o basadas en los hechos; y el *reduccionismo*, según el cual cada enunciado significativo es equivalente a un constructo lógico acerca de términos que se refieren a la experiencia inmediata. Quine aboga por una concepción *holista* del conocimiento humano, según la cual nuestros esquemas conceptuales son como redes que limitan con la experiencia. Revisar nuestras creencias es siempre una tarea que requiere embarcarnos en una posible revisión de todo nuestro esquema conceptual. De esta forma, el criterio de significación de las proposiciones del positivismo lógico, fundamentado en la distinción entre proposiciones analíticas y proposiciones fácticas (y con ella la posibilidad de distinguir con claridad entre problemas empíricos y problemas conceptuales) y en la posibilidad de verificar nuestras proposiciones fácticas a través de la verificación concluyente de algunas de estas proposiciones, los enunciados *protocolares,* a los cuales todas las demás son *reducibles*, debe ser abandonada.

Si esto es así, tal vez también la dicotomía entre juicios de hecho y juicios de valor debe ser debilitada. El argumento principal de PUTNAM al respecto es el siguiente: existen muchas proposiciones significativas, con contenido informativo, que tienen una dimensión evaluativa. Los enfoques no-cognoscitivistas, como los del positivismo lógico, en materia moral suelen tener como referencia juicios morales que usan lo que se han

denominado conceptos morales ligeros (*thin moral concepts*) que, tal vez, poseen sólo una dimensión prescriptiva, como «bueno», «correcto» o «deber». Pero el discurso moral, y el discurso ordinario —por cierto— contiene también conceptos morales densos (*thick moral concepts*), tales como «honesto», «cobarde» o «trato degradante». Parece difícil negar que pueda haber conocimiento acerca de los conceptos morales densos[5]. Poseemos dichos conceptos y sabemos a menudo a lo que nos referimos cuando los usamos. Una explicación de la aptitud para la verdad y, por tanto, para la objetividad, de los juicios morales que contienen conceptos densos, en la línea del prescriptivismo hareano (HARE, 1952)[6], es la que separa claramente dos dimensiones, la descriptiva y la prescriptiva, de ambos conceptos. Su contenido descriptivo tiene condiciones de verdad y lleva aparejada la dimensión prescriptiva. Su contenido descriptivo hace que el concepto sea guiado por el mundo, su dimensión prescriptiva lo hace capaz de guiar la acción, de ofrecer razones para la acción. Otros autores, como B. WILLIAMS, se inclinan por pensar que la dimensión evaluativa no puede ser netamente separada del contenido descriptivo del concepto, tal vez, porque piensan que lo evaluativo no puede reducirse totalmente a lo prescriptivo, que evaluar no es únicamente una función de desear y, seguramente, porque desean rechazar lo que se ha denominado *centralismo* en moral, que presupone que los conceptos morales ligeros son los más básicos (como HARE), mientras afirman que las conclusiones que usan conceptos morales ligeros son supervinientes en relación con las que usan conceptos morales densos (vid. HURLEY, 1990: cap. 2).

Sea como fuere, y esto es lo que PUTNAM quiere destacar (PUTNAM, 2002: 34-45), lo que muestra la existencia de proposiciones que contienen conceptos densos es la *imbricación* entre los hechos y los valores. Parece difícil pensar las ciencias sociales, tal y como las conocemos, sin este tipo de proposiciones. Los historiadores escriben cosas como «El emperador Calígula era cruel» y los economistas cosas como «La mayoría de los habitantes de Somalia viven en un estado de pobreza». Se trata de proposiciones significativas, poseen contenido informativo, pero también valoran negativamente a Calígula o la situación de Somalia. Parece una conclusión inevitable. No comprendemos estos conceptos sino comprendemos que tienen una dimensión evaluativa.

Deseo, sin embargo, realizar dos consideraciones con el objetivo de alcanzar una comprensión más cabal del comportamiento de estos conceptos. En primer lugar, deseo aclarar que del hecho de que a una situación se aplique un concepto denso positivo no siempre se deriva que dicha situación es elogiable o que tenemos razones para favorecerla. De la afirmación de que Desmond Tutu es amigo de Nelson Mandela, en su contexto de la lucha contra el *apartheid* en Sudáfrica, se puede obtener que Desmond Tutu debe contribuir a los objetivos políticos de Mandela. Sin embargo, del hecho de que Joseph Goebbels es amigo de Adolf Hitler no puede obtenerse que Goebbels deba contribuir a que Hitler se salga con la suya. Ciertamente, afirmar que alguien es amigo de otro supone atribuir a una relación entre personas algún valor, pero la instanciación de ese valor puede ser tan defectuosa que no suministre ya razones para actuar en determinado contexto.

---

[5] Véase, por ejemplo, WILLIAMS, 1985: cap. 8, y RAZ, 1999: cap. 6.

[6] Existe, por cierto, un antiguo trabajo de A. SEN, en el que a partir del prescriptivismo de HARE sugería ya una posición metaética que lo alejaba de los postulados del positivismo lógico: SEN, 1967.

En segundo lugar, para sostener una posición como la de la imbricación entre los hechos y los valores no hace falta suponer que existen en el mundo entidades metafísicas sospechosas. Esta es una posición compatible con el naturalismo. Obviamente que para lo que una vez B. WILLIAMS denominó la *concepción absoluta del mundo* (WILLIAMS, 1985: 138) no hay imbricación entre los hechos y los valores, allí hay sólo objetos y cualidades primarias. Se trata de algo como el ideal de la física, la teoría unificada del mundo. Pero, por ejemplo, en la concepción absoluta del mundo no hay colores; aún así no podemos comprender la pintura sin los colores. Más aún, en uno de los mejores y más influyentes libros sobre la filosofía de las ciencias humanas, *The Common Mind*, de Ph. PETTIT, el autor nos recuerda que el fisicalismo extremo que vindica, el *microfisicalismo,* es consistente con un enfoque comprensivo de los asuntos humanos. PETTIT escribe (PETTIT, 1996: 354-355):

> «El microfisicalismo antes introducido comporta la creencia de que si conociéramos todo lo que hay que conocer acerca de la distribución de las partículas microfísicas y acerca de las leyes microfísicas que gobiernan estas partículas, entonces comprenderíamos todo lo que hay que comprender. ¿Cómo puede entonces el modo de comprensión *Verstehen* disfrutar de la primacía que le confiero, dado que una comprensión microfísica completa pareciera derrotarla? ¿Cómo puede la dimensión conversacional conservar su interés una vez la dimensión microfísica es accesible?
>
> Consistente con la verdad del microfisicalismo, un modo de comprensión o de conocimiento no-microfísico puede ser canónico en un importante sentido […]. Consideremos el modo de saber que algo es rojo que consiste en verlo como rojo y comparémoslo con el modo de saber que es rojo —él único accesible a un ciego, por ejemplo— que consiste en reconocer que tiene una propiedad que causa a sus portadores aparecer como rojo a observadores normales en condiciones normales. El primer modo de saber es canónico en el sentido de que el hecho que existe […] es la principal razón por la que la propiedad en cuestión solicita nuestro interés y atención. Y, sin embargo, el segundo modo de saber es mucho más cercano al modo de saber que la perspectiva microfísica nos ofrece».

Esto es, el mejor modo de comprender las sociedades humanas es aquel que tiene en cuenta que están formadas por agentes *intencionales* capaces de atribuir valor y disvalor a sus acciones. Ahora bien, este modo de comprensión es compatible con una concepción naturalista del mundo, estándar para la mayoría de nosotros. No se trata, debe quedar claro, de vindicar aquí el microfisicalismo sino sólo de mostrar que la imbricación entre los hechos y los valores es compatible incluso con una forma extrema de naturalismo como éste.

## 3. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO

Veamos ahora cómo la tesis de la imbricación entre los hechos y los valores se vincula con la teoría del Derecho. Y veámoslo con una alegoría[7].

Pensemos en una práctica social más simple que el Derecho. Pensamos en la práctica convencional de guardar la cola para comprar la entrada para el cine, para el teatro, para subir al autobús. Se trata de una práctica convencional y contingente, pero una vez establecida genera deberes y derechos a sus participantes, dicho ahora breve-

[7] Alegoría presentada por primera vez en GARGARELLA y MORESO, 2006.

mente: el deber de aguardar a que obtenga su entrada o billete aquél que nos precede en la cola y el derecho a obtenerlo antes que el que nos sucede en la cola. Sin embargo, como se trata de una práctica convencional, no está escrito que todos los conflictos que pueden plantearse en lo que concierne a guardar la cola tengan una clara y unívoca solución en estas reglas tan simples. Pensemos en la cuestión siguiente: ¿puede venderse, a cambio de dinero o especie, la posición en la cola? Nada en las reglas referidas lo prohíbe, nada tampoco lo permite. Cuando en algunas ocasiones he planteado este problema a mis estudiantes de Derecho, acostumbran a dividirse más o menos por la mitad. Supongamos que se plantea realmente el conflicto y supongamos también que, como ocurre en el Derecho, hay alguien que tiene el cometido de resolver el conflicto, llamémosle el guardián de la cola. Si, como de nuevo ocurre en el Derecho, existe la prohibición de *non liquet*, es decir si el guardián de la cola está obligado a tomar una decisión, ¿con qué criterios habrá de tomarla?

Parece razonable pensar que nuestro guardián de la cola deberá argumentar por una solución que encaje mejor con el *sentido* que asignemos a la práctica de guardar la cola. Si se nos permite la frivolidad, podríamos decir que hay, al menos, dos enfoques posibles que atribuyen sentido a la práctica de guardar la cola, un enfoque *liberal* y un enfoque *republicano*. Para el enfoque liberal, la práctica tiene sentido en cuanto nos permite razonablemente la coordinación en aquellas actividades en las que somos muchos los que queremos disfrutar de algún recurso escaso y dicha coordinación satisface nuestros intereses individuales. Eso es todo. Para este enfoque no hay problema alguno en permitir la compraventa de la posición en la cola, puesto que ningún interés individual es afectado por esta compraventa. Para el enfoque republicano, en cambio, la práctica tiene sentido porque otorgando el derecho por turnos como consecuencia de la espera, nos reconocemos unos a otros como iguales, como miembros del mismo grupo, y aceptar la compraventa, representaría corromper este reconocimiento recíproco, puesto que alguien podría alcanzar su turno sólo por disponer de más dinero. Si a alguien le parece ilusa la concepción republicana, que piense en una lista de espera para un trasplante de riñón y considere entonces cuán razonable le parecería admitir la compraventa del lugar en la lista. Para el enfoque republicano, como es obvio, la compraventa del puesto en la cola está prohibida.

Supongamos que en una sociedad imaginaria, llamémosla *Queue*, existe la práctica de la cola tal y como la conocemos. Supongamos también que existen algunas discrepancias acerca de qué requiere dicha práctica en algunos supuestos: por ejemplo acerca de si puede o no venderse la posición en la cola. Hay en *Queue* consciencia de que la práctica de guardar cola tiene una función en dicha sociedad y comienzan a surgir diversas concepciones sobre la práctica. Las concepciones dan cuenta de los aspectos más sobresalientes de dicha práctica, aunque no siempre acuerdan acerca del sentido de dicha práctica. En general la práctica es considerada valiosa. Supongamos también que en *Queue* se establece la lapidación como pena para diversos delitos y que se reclutan voluntarios para practicarla. Cuando hay más voluntarios de los necesarios se guarda la cola para distribuir los puestos libres. Entonces, algunos autores comienzan a reflexionar diciendo que como la práctica de guardar cola sirve para un objetivo indeseable: la lapidación, en estos casos no se trata de colas *genuinas*. Otros insisten en que dado que la práctica se realiza del mismo modo que la de guardar la cola para comprar el pan, sí se trata de colas. Hay que distinguir, dicen, entre lo que es guardar la cola y cuándo debemos hacerlo.

En este contexto, algunos autores comienzan a ser escépticos acerca de que nuestra comprensión de las colas aumente por el hecho de establecer su naturaleza, su función y su valor en *Queue*. Dicen que estos debates están permeados de juicios de valor subjetivos y que lo importante es disponer de un modelo que nos permita capturar el funcionamiento adecuado de las colas, su estructura matemática, para hacerlas más eficientes, reducir (o, al menos, predecir) el tiempo de espera, etc. Esto es todo lo que la teoría de las colas puede ofrecer[8]. De hecho, sostienen, las colas constituyen en *Queue* un subsistema social autónomo que puede ser comprendido prescindiendo de su origen y de su función.

Es obvio que nuestra comprensión de las colas aumenta considerablemente con dicha teoría y ahora disponemos ya de especialistas en teoría de colas. Sin embargo, ¿es esto todo lo que nuestra comprensión de la práctica de guardar la cola requiere?

Yo creo que no y creo también, como a estas alturas resultará obvio, que algo semejante ha ocurrido en la modernidad con nuestras concepciones del Derecho. No estoy ahora en condiciones de establecer ni siquiera un bosquejo de la historia de las ideas y de la evolución del Derecho en los últimos siglos para mostrarlo. Pero todos podemos recordar cómo hasta el siglo XIX la teoría jurídica y la teoría política no se concebían una sin la otra y, por tanto, establecer la naturaleza del Derecho se veía como una tarea conceptual con una dimensión normativa. Obviamente que en esta tarea conceptual hay discrepancias, algunos conciben el Derecho como una técnica para guiar el comportamiento, otros como una disciplina de la coacción, otros como imbricada con la justificación de la coacción, como un modo de reducir los conflictos y evitar las situaciones de dilema del prisionero, como un modo de incrementar el bienestar de los seres humanos, como un modo de hacer compatibles la libertad y autonomía de todos los ciudadanos, etc. En el siglo XIX, sin embargo, en Gran Bretaña los padres del iuspositivismo inglés, J. BENTHAM y J. AUSTIN, interesados en denunciar las arbitrariedades del propio sistema jurídico en el que vivían y en su reforma, establecieron una clara separación entre el Derecho tal como es y el Derecho tal como debe ser; precisamente para permitir que su utilitarismo reformador estableciera qué aspectos del Derecho inglés debían ser profundamente reformados[9]. En Alemania, la otra gran tradición jurídica, se configura una, podemos decir, *autonomización* del Derecho que va de la obra de la jurisprudencia de conceptos de R. VON IHERING hasta H. KELSEN, pasando por la Escuela alemana de Derecho público (esto es, GERBER, LABAND y JELLINEK) y que tal vez tiene más que ver con una fuerte pulsión disciplinar y de prestigio de los juristas, al margen del resto de los científicos sociales. El Derecho configura un ámbito autónomo de la realidad que debe ser comprendido con una metodología autónoma, la metodología interpretativa de la dogmática jurídica[10].

---

[8] De hecho existe una desarrollada *teoría de colas* en matemáticas. Puede verse BOSE, 2001.

[9] Para BENTHAM puede verse HART, 1982; POSTEMA, 1986, y MORESO, 1992; para AUSTIN, MORISON, 1982; RUMBLE, 1985, y TURÉGANO, 2001.

[10] Una buena presentación de esta evolución que conjetura un significado ideológico de carácter conservador a este proceso puede hallarse en WILHELM, 1958. Curiosamente DWORKIN (DWORKIN, 2006: 213) ha realizado una crítica semejante acerca de la presunta autonomía de la filosofía del Derecho: «Según su entendimiento, la filosofía jurídica es distinta no sólo de la práctica real del Derecho, sino también del estudio académico de los campos jurídicos sustantivos y procesales porque tanto la práctica como el estudio del Derecho son acerca de la legislación de alguna jurisdicción particular, mientras la filosofía del Derecho es acerca del Derecho en

H. KELSEN todavía no funda la pureza de su teoría jurídica en los postulados filosóficos del positivismo lógico sino en el neokantismo[11], pero su concepción acerca de los juicios de valor es ya la misma concepción escéptica, y por semejantes razones, de la del positivismo lógico[12]. Y fue A. ROSS el que escribió que apelar a la justicia es como dar un golpe sobre la mesa (ROSS, 1958: 274). De hecho el realismo jurídico escandinavo se había originado en la obra de A. HÄGERSTRÖM, que es justamente considerado uno de los predecesores del emotivismo ético[13]. Pero en cualquier caso, es obvio que la importancia del positivismo lógico había de notarse y largamente en la teoría jurídica.

De todos modos, lo que sí había quedado presente en toda la reflexión jurídica desde la Ilustración como un ideal, es el ideal de la certeza del Derecho. El ideal con arreglo al cual sólo leyes claras y precisas pueden guiar el comportamiento humano y son respetuosas con la autonomía personal. Creo que este ideal es lo que en la reflexión jurídica puede considerarse paralelo al óptimo de Pareto en economía. Dado que los fines más robustos, como el bienestar de los seres humanos, la libertad o la igualdad, son controvertidos y presuponen consideraciones evaluativas, quedémonos con este objetivo más frágil pero más firme. Ocurre aquí como con el óptimo de Pareto, existen maneras de hacer el Derecho cierto pero profundamente insatisfactorio. En alguna otra ocasión me he referido (MORESO, 2004) a la idea conforme a la cual un derecho privado sin vicios del consentimiento sería mucho más cierto, pero también mucho más injusto. Si los contratos no fueran nulos por error o por intimidación sería más claro (como en la *stipulatio* del Derecho romano arcaico) cuando hemos contraído una obligación contractual, ahora hay que determinar, por ejemplo, la naturaleza del error, su relación con mi declaración de voluntad, etc., y para hacerlo a menudo hay que realizar juicios de valor[14].

De hecho, incluso las posibilidades de alcanzar este ideal han sido puestas en duda. El *realismo jurídico americano* consideró que el Derecho antes de su aplicación no estaba en condiciones de disciplinar el comportamiento de los aplicadores y que éstos harían bien en tomar sus decisiones de acuerdo con las consecuencias que ellas producirían en el mecanismo social[15]. Algunas de estas ideas están presentes en la crítica ideológica a la concepción estándar del Derecho de los *Critical Legal Studies*[16] o al profundo escepticismo interpretativo de lo que puede denominarse como *realismo jurídico italiano*[17], conforme al cual cualquier proposición referida al contenido del Derecho supone un juicio de valor y, para esta concepción, carece de valor de verdad.

---

general. Es también distinta e independiente de la filosofía política normativa porque es conceptual y descriptiva y no sustantiva y normativa. Es diferente de la sociología y la antropología jurídicas porque aquéllas son disciplinas empíricas, mientras la filosofía jurídica es conceptual. […] La analogía con la teología escolástica es, de nuevo, tentadora».

[11] Véase, por ejemplo, PAULSON, 1992.

[12] Pueden verse los trabajos de KELSEN (KELSEN, 1957).

[13] Véase HÄGERSTRÖM, 1953. Esta obra, editada por K. OLIVECRONA, fue traducida por C. D. BROAD, uno de los filósofos que siguió el positivismo lógico.

[14] Véase la misma idea aplicada a las causas de justificación en el Derecho penal en MORESO, 2001a, y esta idea general en MORESO, 2005.

[15] Puede verse, por ejemplo, TARELLO, 1962, y SUMMERS, 1982.

[16] Véanse ALTMAN, 1980, y KELMAN, 1987.

[17] Véase su concepción de la interpretación jurídica en, por ejemplo, TARELLO, 1980, y GUASTINI, 1991, 1993, 1996, 1998.

En cualquier caso, afincada en este ideal implícito, la teoría del Derecho disfrutó en las últimas décadas del siglo XX de un impresionante desarrollo. Se elaboró una teoría de las normas más adecuada, teniendo muy presentes los desarrollos de la lógica deóntica[18]. Se estableció una mejor tipología del tipo de reglas jurídicas que integran los sistemas jurídicos, teniendo muy presente que no todas ellas establecen deberes[19]. Y, sobre todo, siguiendo ideas kelsenianas acerca de la estructura sistemática del Derecho[20] se elaboraron nociones muy sofisticadas de sistema jurídico: de las relaciones estructuradoras entre las normas y de los cambios que por la creación y eliminación de normas se producen en ellos[21]. A ello hay que añadir, sin duda, los numerosos estudios sobre interpretación y argumentación jurídica aparecidos en las últimas décadas[22]. El desarrollo formal y la recepción de determinados avances en las diversas ramas de la filosofía han posibilitado disponer de una teoría jurídica mucho más articulada[23]. Como SEN nos recordaba en el caso de la teoría económica, también aquí es cierto que la filosofía moral y la filosofía política se beneficiarían de algunos de los desarrollos de la teoría jurídica.

En paralelo a este desarrollo, determinada literatura mostraba de diversos modos la preocupación de que la teoría jurídica diera cuenta de la dimensión *normativa* del derecho, de su capacidad para suministrarnos razones para la acción[24]. Por otro lado, el impresionante desarrollo, desde la teoría de la justicia de RAWLS (RAWLS, 1971), de la filosofía moral y la filosofía política hacían más difícil una teoría jurídica que prescindiera absolutamente de consideraciones evaluativas, como la teoría de R. DWORKIN y el debate que originó ponen de manifiesto (DWORKIN, 1977, 1986, 2006).

## 4. LAS TESIS DE LA NEUTRALIDAD VALORATIVA

En el debate actual en la teoría jurídica hay al menos dos tesis, independientes entre sí, que se relacionan con la neutralidad valorativa y que según creo merece la pena distinguir. Según la primera de ellas, el análisis del concepto de Derecho, la determinación de cuál sea la naturaleza del Derecho puede ser llevada a cabo sin recurrir a consideraciones valorativas. La teoría del Derecho debe reconstruir los rasgos más sobresalientes de esa práctica que llamamos Derecho y este análisis conceptual comporta únicamente una tarea descriptiva. Podemos enunciarla así:

---

[18] Que tenían sus orígenes en la analogía entre operadores modales y deónticos que se halla ya en LEIBNIZ, 1671, y BENHTAM, 1970, por ejemplo, y que en el siglo XX se origina en trabajos como VON WRIGHT, 1951, o KALINOWSKI, 1953.

[19] La obra de HART es elocuente en este sentido (HART, 1961). Las contribuciones de SEARLE fueron también claves para la consciencia de la presencia de reglas constitutivas en el Derecho (véase SEARLE, 1969 y 1995). En España puede verse por ejemplo, ATIENZA-RUIZ MANERO, 1996, y HERNÁNDEZ MARÍN, 1998.

[20] En KELSEN, 1960, véase también BOBBIO, 1960.

[21] Véanse, sobre todo, RAZ, 1970, y ALCHOURRÓN-BULYGIN, 1971. En la literatura iusfilosófica en castellano (aparte de la traducción de ALCHOURRÓN-BULYGIN, 1971), por ejemplo, CARACCIOLO, 1988; ALCHOURRÓN-BULYGIN, 1991; MORESO-NAVARRO, 1993, y RODRÍGUEZ, 2002.

[22] Sobre interpretación la literatura es inmensa pero, aparte de GUASTINI, 1993, 1996, podemos citar MARMOR, 1992. Sobre argumentación jurídica, por ejemplo, ALEXY, 1978; MACCORMICK, 1978, y ATIENZA, 2006.

[23] Un artículo de N. BOBBIO (BOBBIO, 1950), lúcidamente exponía un programa de investigación para la teoría del derecho que contenía todas estas cuestiones a la luz de los postulados del positivismo lógico.

[24] En la literatura en castellano contamos con dos obras capitales al respecto, ambas en los años noventa. BAYÓN, 1992, y REDONDO, 1996.

[TNV 1]: La explicación conceptual de la naturaleza del Derecho es una tarea descriptiva y para llevarla a cabo no hace falta recurrir a consideraciones valorativas.

La segunda tesis de la neutralidad valorativa establece que el contenido del Derecho, aquello que el Derecho requiere, ha de ser establecido sin recurrir a consideraciones valorativas. Puede ser formulada del siguiente modo:

[TNV 2] La determinación del contenido del Derecho, de aquello que el Derecho requiere, depende únicamente de determinados hechos sociales, que pueden describirse sin recurrir a consideraciones valorativas.

Quiero insistir en que estas dos tesis son independientes entre sí. Es cierto que ambas tesis han sido asociadas al positivismo jurídico y algunos de los autores positivistas han vindicado ambas. Seguramente ambas tesis son atribuibles al ideal de pureza kelseniano. Seguramente también son atribuibles a la caracterización de Bobbio del positivismo jurídico como *approach* (BOBBIO, 1965: 41)[25]:

«En el primer aspecto —esto es, como modo de acercarse al estudio del Derecho— el positivismo jurídico está caracterizado por una clara distinción entre Derecho real y Derecho ideal, utilizando otras expresiones equivalentes, entre Derecho como hecho y Derecho como valor, entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser; y por la convicción de que el Derecho del cual debe ocuparse el jurista es el primero y no el segundo».

Pero también es cierto que en el debate contemporáneo, por ejemplo, mientras HART sostiene la primera tesis y rechaza la segunda, RAZ rechaza la primera y sostiene la segunda.

Ésta es la posición de H. L. A. HART respecto de la primera tesis (HART, 1994: 240):

«Mi enfoque es *descriptivo* en el sentido de que es moralmente neutral y no tiene pretensiones justificativas: no trata de justificar o recomendar con arreglo a fundamentos morales o de otro tipo las formas y estructuras que aparecen en mi enfoque general del Derecho, aunque una clara comprensión de estos es, creo, un preliminar importante para una útil crítica moral del Derecho».

Es decir, HART sostiene la primera tesis [TNV 1]. Y HART rechaza la segunda (HART, 1994: 250):

«[…] la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos; es decir, mi doctrina es lo que ha sido denominado *"soft-postivism"* y no como aparece en la versión de DWORKIN de ella *"plain-fact positivism"*».

En cambio, J. RAZ rechaza la primera tesis (RAZ, 2001: 21)[26]:

«Al fin y al cabo la propia comprensión de HART de su teoría, este es el fin de la cuestión, rechaza que la explicación de la naturaleza del Derecho sea evaluativa. Para él, se tra-

[25] BOBBIO también había escrito —en consonancia con las tesis del positivismo lógico— (BOBBIO, 1961: 134): «Para el positivista la ciencia excluye de su propio ámbito los juicios de valor porque quiere ser un conocimiento puramente *objetivo* de la realidad, mientras los juicios en cuestión son siempre *subjetivos* (o personales), y por ello contrarios a la exigencia de objetividad». Vale tal vez la pena recordar aquí que los escépticos acerca del Derecho (*los realistas jurídicos*), aceptarían la primera tesis pero rechazarían la segunda, puesto que el contenido del Derecho es siempre determinado mediante operaciones interpretativas que presuponen juicios de valor subjetivos y que no son racionalmente controlables.

[26] Véanse también para las razones del rechazo de la primera tesis, FINNIS, 1980: cap. 1; RAZ, 1994: caps. 9 y 10; PERRY, 1995: cap. 3, y PERRY, 2001: cap. 9; MOORE, 1998; WALDRON, 2001: cap. 12; GREENBERG, 2004, y DWORKIN, 2006: cap. 6.

taba de una tarea «descriptiva». Por razones explicadas por J. FINNIS y otros, creo que HART está aquí en un error, y DWORKIN está en lo cierto cuando sostiene que la explicación de la naturaleza del Derecho involucra consideraciones evaluativas».

No obstante, RAZ acepta la segunda tesis [TNV 2] y se convierte en su principal valedor (RAZ, 1979: 39-40):

> «Una teoría del Derecho es aceptable sólo si sus criterios para identificar el contenido del Derecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos relativos a la conducta humana capaces de ser descritos en términos valorativamente neutrales y aplicados sin recurrir a la argumentación moral».

Creo que es importante distinguir ambas tesis y, en consecuencia, analizarlas por separado. Trataré, a continuación, de mostrar las razones por las que me parece plausible, no obstante, argumentar en contra de ambas.

Por lo que respecta a la primera de ellas [TNV 1], comencemos por la siguiente afirmación de A. MARMOR (MARMOR, 2007):

> «Las teorías del Derecho contemporáneas definen dos principales cuestiones acerca de la naturaleza del Derecho. En primer lugar, necesitamos comprender las condiciones generales que harían jurídicamente válida determinada norma. ¿Son únicamente, por ejemplo, referidas a la fuente de la norma, tal como la promulgación por determinada institución política, o también guardan relación con su contenido? Se trata de una cuestión general acerca de las condiciones de validez jurídica. En segundo lugar, hay la cuestión de la dimensión normativa del Derecho. Esta cuestión filosófica tiene dos dimensiones; un enfoque filosófico completo de la normatividad del Derecho comprende a la vez una tarea explicativa y una tarea normativa y justificativa. La tarea explicativa consiste en un intento de explicar cómo las normas jurídicas dan lugar a razones para la acción y qué tipo de razones están involucradas. La tarea de justificación concierne a la elucidación de las razones que las personas *deben* tener para reconocer la dimensión normativa del Derecho. Una teoría acerca de la naturaleza del Derecho, como opuesta a a las teorías críticas del Derecho, se concentra en la primera de las dos cuestiones. Intenta explicar en qué consiste la normatividad del Derecho. Algunos iusfilósofos contemporáneos, sin embargo, dudan de que estos dos aspectos de la normatividad del Derecho puedan separarse».

Aunque éste no es el caso de MARMOR, podemos ver con sus propias palabras el nervio de la argumentación de aquellos que consideran que ambas tareas no pueden ser separadas (MARMOR, 2006: 688):

> «Hablando en general, no puede comprenderse una práctica social sin conocer para qué es, cuál es su función. Sin una comprensión de las funciones esenciales, o *rationale*, de la práctica social o institución sería vano intentar una comprensión teórica de ella. Ahora bien, no es difícil darse cuenta que el Derecho tiene funciones morales y políticas en nuestra sociedad. Lo tenemos para resolver, entre otras cosas, problemas morales y políticos. Por tanto, sería fútil, si no carente de sentido, tratar de elucidar la naturaleza del Derecho en términos que no usen conceptos morales y no comporten una comprensión del tipo de problemas morales y políticos que el Derecho ha de resolver».

Esta afirmación debería bastar para comprender que la teoría jurídica debe embarcarse en algún tipo de elucidación normativa. La teoría y la filosofía jurídicas ocupan un lugar de engarce entre la filosofía social y la filosofía moral y política. A pesar de ello, MARMOR (y HART), por ejemplo, insisten en que no es así. Tratar de mostrar adecuadamente las razones por las cuales la tarea de la teoría jurídica tiene una dimensión evaluativa nos llevaría a analizar con detenimiento la vieja idea weberiana según la cual al

construir determinados *tipos ideales* en ciencias sociales, en la tarea de la construcción conceptos, es inevitable una instancia valorativa, compatible con el ideal weberiano de una ciencia *wertfrei* (WEBER, 1917).

Ciertamente, parece que privilegiar alguna de las funciones que el Derecho tiene en la sociedad requiere algún tipo de tarea normativa. Veámoslo sólo con un ejemplo. Cuando HART replica a DWORKIN en el *Postscript*, tratando de vindicar su concepción descriptiva de la naturaleza del Derecho, afirma lo siguiente (HART, 1994: 248-249)[27]:

> «Mientras la teoría interpretativa del Derecho de DWORKIN descansa en el presupuesto de que el sentido o el propósito del Derecho y de la práctica jurídica es justificar la coerción, ciertamente no mantengo ni nunca he mantenido el punto de vista con arreglo al cual el Derecho tiene este sentido o propósito. Como otras formas de positivismo mi teoría no pretende identificar el sentido o el propósito del Derecho y de las prácticas jurídicas como tales; de modo que no hay nada en mi teoría a favor del punto de vista de DWORKIN, que ciertamente no comparto, de que el propósito del Derecho es justificar el uso de la coerción. De hecho, considero bastante vano tratar de delimitar para el Derecho un propósito específico más allá de señalar que suministra guías para el comportamiento humano y estándares de crítica de tal comportamiento».

Dejando aparte ahora el debate sustantivo entre el sentido del Derecho entre HART y DWORKIN, lo que me parece claro es que HART no puede excluir una concepción del Derecho como la de DWORKIN sin apelar a algunos elementos evaluativos que privilegien su idea de que la naturaleza del Derecho guarda una relación esencial con la dirección y evaluación del comportamiento humano y no con otras funciones que el Derecho también realiza (vid., en el mismo sentido, PERRY, 1995).

Debe quedar claro, con todo, que esta tarea evaluativa es de naturaleza muy abstracta y no autoriza la introducción de juicios de valor particulares por parte del teórico. En este sentido, la idea de DWORKIN para el cual la teoría del Derecho es la parte silenciosa de la aplicación del Derecho (DWORKIN, 1986: 90) es cuestionable. Sería como sostener que la ética general es sólo la parte silenciosa de la ética médica, que tal vez no coincida con la parte silenciosa de la ética de los negocios. En sentido contrario, me parece que el razonamiento sobre la ética general tiene perfecto sentido autónomamente[28].

Debe quedar claro, también, que aquí no he tratado de argumentar contra la posición más extrema según la cual la elucidación de la naturaleza del Derecho no puede tener una dimensión evaluativa, porque los argumentos evaluativos no están sujetos a control racional y deben quedar apartados de la reflexión científica y de la reflexión filosófica. Ésta no es la posición de la mayor parte de los autores presentes en el debate contemporáneo, aunque algo de ello podía haber en el trasfondo de las razones de HART para vindicar su enfoque descriptivo. En este sentido RAZ ha escrito (RAZ, 2001: 5):

> «El problema que HART debía resolver era el problema de las relaciones entre Derecho y moral a la vista de dos creencias filosóficas: en primer lugar, sus dudas acerca de la objetividad de la ética y de todos los juicios de valor, y en segundo lugar, su creencia en la objetividad del Derecho».

---

[27] Véase también esta forma de argumentar en PERRY, 2001.

[28] Para una crítica a DWORKIN semejante, tratando de mostrar que la naturaleza del derecho es independiente de lo que sobre este punto elaboren los jueces, véase. RAZ, 2007.

Vayamos ahora a la segunda tesis. Esta es la tesis que divide, en el debate contemporáneo, a los defensores del positivismo jurídico inclusivo y exclusivo. Mientras los segundos la abrazan, los primeros la rechazan. Como es sabido, la defensa de la tesis [TNV 2] por parte de RAZ es una de las consecuencias de su teoría de la autoridad (RAZ, 1986: caps. 2 y 3; RAZ, 1994, cap. 9). Dicho ahora de manera muy simplificada, la teoría de RAZ sostiene que el Derecho es una institución que pretende *autoridad*, esto es, que pretende ofrecer razones para la conducta de los sujetos normativos. Obviamente que dicha pretensión de autoridad puede fracasar, esto es, es posible que las directivas de la autoridad no reflejen las razones genuinas que los sujetos normativos tienen para comportarse de determinado modo. Sin embargo, según la teoría de la autoridad de RAZ, las directivas dotadas de autoridad deben reemplazar las razones que los sujetos tienen para comportarse de determinado modo, es decir, los sujetos normativos han de poder identificar el contenido de las razones de las autoridades sin recurrir a sus propios juicios de valor. Por tanto, si el Derecho conceptualmente es una institución que posee el rasgo de la pretensión de autoridad, entonces su contenido ha de poder identificarse sin recurrir a argumentos valorativos. ¿Significa esto que, según RAZ, los jueces nunca deben apelar a la moralidad para decidir los casos? Pues no, según RAZ, es el mismo Derecho identificado sin recurrir a valoraciones el que autoriza a los jueces a aplicar consideraciones extrajurídicas: «bastante habitualmente los jueces tienen discreción para modificar las reglas, o para introducir excepciones en su aplicación, y cuando disponen de tal discreción deben recurrir al razonamiento moral para decidir si usarlo y cómo» (RAZ, 1994: 319). Según RAZ, por tanto, el Derecho es identificado siempre sin recurrir a valoraciones, pero los jueces tienen discreción para modificarlo, de acuerdo con pautas morales, cuando deciden los casos. Por esta razón, RAZ divide el razonamiento jurídico en razonamiento acerca del Derecho (*reasoning about the law*) y razonamiento con arreglo al derecho (*reasoning according to law*): «El primero es gobernado por la tesis de las fuentes, el segundo considero que es ya razonamiento moral propio» (RAZ, 1994: 316-317)[29].

Considero, no obstante, que como DWORKIN ha sostenido en diversas ocasiones (DWORKIN, 1986: 429-430, nota 3, y, también, DWORKIN, 2006: caps. 7 y 8):

> «RAZ considera que el Derecho no puede estar dotado de autoridad excepto si quienes lo aceptan nunca usan sus propias convicciones para decidir lo que requiere, incluso de un modo parcial. Pero, ¿por qué debe el Derecho ser una autoridad ciega más que dotada de autoridad de una manera menos estricta como otras concepciones asumen?».

Como DWORKIN, de nuevo, sostiene (DWORKIN, 2006: 198-211) son necesarios muchos arreglos *ptolemaicos* para aceptar una teoría jurídica compatible con la teoría de la autoridad de RAZ. Hay que suponer, por ejemplo, que siempre que el Derecho usa conceptos morales no está incorporando la moralidad, sino sólo apelando a la discreción judicial[30].

Si rechazamos los argumentos de RAZ y tampoco somos escépticos acerca de la posibilidad de la argumentación racional en materia moral, entonces es plausible sostener

[29] Véase una nueva defensa de esta posición en RAZ, 2004.

[30] Me he ocupado de ello en otros lugares, en donde he argumentado a favor de una forma de positivismo jurídico inclusivo. Véanse. MORESO, 2002, y MORESO, 2004.

que las condiciones de verdad de determinadas proposiciones acerca de lo que el Derecho requiere precisan recurrir a argumentos morales, al menos cuando las pautas jurídicas remiten a ellos. El positivismo jurídico inclusivo[31] sostiene también que es conceptualmente posible un sistema jurídico que nunca remita a la moralidad y, por tanto, defiende la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral por esta razón. A DWORKIN (DWORKIN, 2006: 188-198) esto le parece una promesa *pickwickeana*, y DWORKIN arguye tratando de mostrar que se trata de un intento de defender tesis antipositivistas con un lenguaje positivista. Pero no voy a tratar de analizar aquí los argumentos de DWORKIN. Quiero, no obstante, poner de manifiesto que en un punto los argumentos de DWORKIN para defender su noción interpretativa de Derecho no me parecen convincentes (DWORKIN, 2006: caps. 1 y 8). DWORKIN distingue cuatro conceptos de Derecho, dos descriptivos que denomina *sociológico y taxonómico* y dos normativos, *doctrinal y aspiracional*[32]. El concepto doctrinal es el que tiene primacía en su teoría, pues es el que establece las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas, las proposiciones acerca del contenido del Derecho. Me parece que una elucidación de la naturaleza del Derecho debe servir tanto para establecer las bases de aquello que el Derecho requiere, de la identificación del contenido del Derecho, cuanto para distinguir el Derecho de otros órdenes normativos o establecer cuándo en determinada sociedad podemos decir que hay un sistema jurídico. La pluralidad de conceptos de Derecho me parece tan extraña como, para volver a la alegoría inicial, la de alguien que sostuviera que hay un concepto de cola que sirve para distinguirla de las aglomeraciones y otro, por ejemplo, que sirve para establecer los deberes y derechos de los integrantes de la cola. Una y la misma noción de cola debe servir para las dos cosas, me parece. Tal vez la insistencia de DWORKIN en dar cuenta de las discrepancias tan presentes acerca de la naturaleza y el contenido del Derecho, le ha hecho ignorar que el Derecho es una práctica con una razonable estabilidad, que consigue coordinar los comportamientos, prever y resolver los conflictos con un grado aceptable de éxito.

Una de las críticas más fundamentales de DWORKIN al positivismo jurídico reside precisamente en que dicha doctrina deja por explicar las discrepancias que se producen entre los juristas (DWORKIN, 2006: 233)[33]: «los juristas discrepan a menudo acerca de lo que el Derecho es en alguna materia, aunque están de acuerdo acerca de todos los hechos históricos que los positivistas citan y que, según su punto de vista, agotan las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*propositions of law)*». Es más, arguyendo contra la defensa de J. COLEMAN (COLEMAN, 2001) del positivismo inclusivo, DWORKIN sostiene que el argumento de COLEMAN presupone que los jueces en los Estados Unidos están de acuerdo en que la validez de algunas de las leyes depende de su corrección moral, dado que así lo exigen las disposiciones constitucionales, pero añade (DWORKIN, 2006: 194): «esto ciertamente no es verdad. Por el contrario, la proposición que la cláusula de la igual protección hace el Derecho dependiente de la moralidad es también profundamente controvertida. Muchos juristas, incluidos algunos de los jueces del Tribunal Supremo, insisten en que es verdadera, mientras otros, incluidos otros jue-

[31] Véanse WALUCHOW, 1994; COLEMAN 2001; MORESO, 2002, e HIMMA, 2002.

[32] Hasta donde yo sé, el primer autor que sostuvo la coexistencia de conceptos descriptivos y normativos de derecho fue C. NINO, por ejemplo en NINO, 1994.

[33] Para una caracterización general de las discrepancias en el Derecho y su importancia teórica, véase BESSON, 2005.

ces del Tribunal Supremo, la rechazan duramente. Muchos de ellos insisten en que la cláusula hace que la ley dependa de hechos históricos acerca de lo que los *framers* consideraban injusto, o de lo que los americanos en general juzgan injusto, o algo similar».

Me parece que se trata de un argumento convincente. Si la existencia del Derecho es un fenómeno convencional (como quiere el positivismo hartiano), entonces deberán existir convenciones ampliamente compartidas que permitan la identificación del Derecho. Sin embargo, estas convenciones parecen ser desafiadas por las diversas concepciones de lo que el Derecho requiere en una sociedad.

Ahora bien, la concepción del Derecho de DWORKIN, en competencia con las demás, proyecta una imagen de la práctica jurídica que la asemeja demasiado a los debates académicos acerca de la democracia, la igualdad u otros valores políticos. Si nuestras discrepancias son tan amplias, es legítimo preguntarnos cómo es posible que el Derecho rija nuestra conducta de un modo razonable. Ha de haber algunos elementos del Derecho que expliquen esta estabilidad. La propia teoría de HART al concebir el Derecho como la unión de reglas primarias y secundarias tal vez nos puede ofrecer una pista de la línea a seguir.

No me parece razonable considerar que todo lo que el Derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia. En mi opinión —y expuesto de modo muy tentativo— al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones[34]:

*a)* Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.

*b)* Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.

Los dos puntos merecen algún comentario. Las decisiones individuales que ponen fin a las controversias han de atribuir derechos y deberes de un modo claro. Una sentencia penal debe condenar a X por haber cometido el delito D, no puede condenar a X bajo la condición de que no estuviera amparado por una causa de justificación (lo que seguiría siendo controvertible).

Respecto del último punto es importante notar que, por ejemplo, aunque la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2007 sobre la constitucionalidad de determinados artículos de los Acuerdos entre España y la Santa Sede es muy controvertida y destacados juristas opinan que no es acorde con la Constitución, nadie pone en duda que —dado que la decisión es, según el Derecho español, definitiva— el Tribunal Superior de Canarias que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, debe resolver el caso considerando los artículos de los Acuerdos como constitucionales.

Ello no ha de llevarnos, en mi opinión, a creer, como se ha sugerido recientemente[35], que la regla de reconocimiento ha de establecer que es Derecho aquello que establece el Tribunal Constitucional. Es posible sostener que una determinada norma es

[34] Obviamente que así se concede una parte de la razón a los positivistas exclusivos que sostienen que la existencia y el contenido del derecho se determina sin recurrir a la moralidad. Véase, recientemente, RAZ, 2004.

[35] Véase. HIMMA, 2003, 2005.

contraria a la Constitución y, sin embargo, que los jueces ordinarios tienen el deber de aplicarla en virtud de la estructura jerárquica del sistema jurídico[36]. Es más, ésta es al parecer la propia autocomprensión que los Tribunales superiores tienen de su función.

En mi opinión, sobre la posibilidad de identificar convencionalmente estas reglas a través de la regla de reconocimiento, reglas que también son secundarias y que sólo precisan la aceptación de los *«officials»* en la terminología hartiana, es posible anclar la estabilidad de nuestros sistemas jurídicos[37]. De este modo, se atenúa el efecto que una discrepancia profunda sobre el contenido de determinadas reglas pueda tener. Es posible, entonces, no estar de acuerdo sobre si la Constitución autoriza la despenalización del aborto, o la eutanasia, o sobre los límites de la libertad religiosa, porque en los conflictos concretos todos aceptamos las reglas que confieren competencia a algunos órganos para dictar resoluciones definitivas.

Queda por explicar cómo han de entenderse las discrepancias acerca de lo que el Derecho requiere. Parece que el positivismo jurídico recomendaría una comprensión de las discrepancias jurídicas, como por ejemplo entre:

[1a] La Constitución española prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo,
y
[1b] La Constitución española no prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo

semejante a la que apreciamos entre

[2a] Los caracoles están sabrosos
y
[2b] Los caracoles no están sabrosos;

o bien entre

[3a] Andreu Buenafuente es divertido
y
[3b] Andreu Buenafuente no es divertido.

El problema con estas afirmaciones es que nos aparecen como realmente discrepancias (y podemos discutir acerca de su verdad o falsedad), pero a la vez parece que no hay ningún tipo de defecto cognitivo en quien las pronuncia, llamémoslas *discrepancias no defectuosas*[38]. Que no hay ningún tipo de defecto cognitivo puede comprenderse como que las circunstancias de percepción y juicio de los que pronuncian estas oraciones en una conversación no están alteradas. Pongamos un ejemplo: si enviamos por fax a dos números distintos un texto y la máquina de origen funciona adecuadamente

[36] No hace falta para ello, en mi opinión, suponer que los jueces tienen el poder jurídico de dictar sentencias contrarias a la Constitución, aunque tienen prohibido hacerlo. Aunque ésta es precisamente la posición de KRAMER, 2005. Y ésta es la posición de M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO en ATIENZA y RUIZ MANERO, 1996: 94-95. Véase también mi discusión crítica de este punto de su teoría en MORESO, 2001b: 168-169.

[37] Tal vez una idea semejante sea la sugerida por KUTZ, 2001, y SÁNCHEZ BRÍGIDO, 2007.

[38] Véase KÖLBEL, 2003, La discusión contemporánea sobre el discurso de lo que es divertido y, en general, sobre las condiciones de verdad en ámbitos como estos debe mucho al excelente libro de C. WRIGHT (WRIGHT, 1992). La forma en que presento la cuestión sigue a D. LÓPEZ DE SA (LÓPEZ DE SA, 2007a, 2007b). «El ejemplo preferido de LÓPEZ DE SA es "Homer Simpson is funny"».

y la de destino también, llegarán el mismo texto a ambos números; dicho de otro modo, si las máquinas funcionan correctamente y no llega el mismo texto es que no se envió el mismo texto. Éste es el modo en que, creo, el positivismo jurídico contempla las discrepancias jurídicas: aparentemente hay un desacuerdo, pero no hay ningún defecto epistémico entre los que discrepan. Es por esta razón que, en dichos casos, el positivismo jurídico habitualmente sostiene que los jueces tienen discreción para tomar la decisión. Veamos la siguiente frase de K. GREENAWALT (GREENAWALT, 1975: 386):

> «La discreción existe mientras no exista ningún procedimiento práctico para determinar si el resultado es correcto, los juristas bien informados discrepen acerca de cuál es el resultado adecuado y la decisión de un juez, cualquiera que sea, no será considerada por la mayoría como un incumplimiento de sus responsabilidades judiciales».

La explicación de la apariencia de discrepancia puede proceder del hecho de que este tipo de oraciones activan determinados *presupuestos comunes* entre los que participan el debate. Si los que discrepamos acerca del sabor de los caracoles somos mi amigo Jaume y yo, que somos razonablemente similares en lo que al gusto por los caracoles se refiere, entonces tal vez el debate puede proseguir: no son sabrosos por culpa de la salsa que los acompaña, por ejemplo. Si la discrepancia es con mi hija Júlia, que odia los caracoles, podemos decir que el presupuesto de una base común fracasa y, entonces, en realidad no hay contradicción, como no la hay entre mi afirmación «estoy cansado» y la tuya «no estoy cansado», son afirmaciones incompletas, indexicales[39].

Las discrepancias jurídicas activan también el presupuesto de que nos referimos a algunos fundamentos comunes. Este presupuesto tiene la peculiaridad de que contiene, inevitablemente, fundamentos normativos. Para determinar si la Constitución española prohíbe o no los matrimonios entre personas del mismo sexo es necesario referirse a la interpretación de la declaración de derechos contenida en dicha constitución. No se me alcanza cómo puede esto ser llevado a cabo sin una tarea que forma parte de la filosofía práctica. Comprender aquello que la Constitución española requiere, conlleva comprender aquello que la constitución española presupone[40]. No se puede participar en debates como éste sin asumir determinadas premisas normativas. Es más, no se puede otorgar sentido a las prácticas jurídicas, seleccionar aquello que es relevante de aquello que no lo es, sin embarcarse en una actividad que contemple la dimensión normativa del Derecho.

## 5. CONCLUSIONES

Las conclusiones, entonces, son que para determinar la naturaleza del Derecho y para determinar su contenido es preciso, a menudo, recurrir a consideraciones valorativas. No debería resultar especialmente controvertible, si no fuese porque la idea de que los juicios de valor no están sujetos a control racional, está tan ampliamente difundida, que la explicación de determinadas prácticas humanas requieren una elucidación de su sentido que no puede llevarse a cabo sin embarcarse en un debate evaluativo. La comprensión de muchas de nuestras prácticas humanas, institucionales y no institucio-

[39] El ejemplo procede de C. WRIGHT (WRIGHT, 2001).
[40] Véase un perspicuo desarrollo de esta idea en CELANO, 2002.

nales, como la democracia o la amistad, apelan a este debate. No podemos comprender cuál sea la naturaleza de la democracia o la naturaleza de la amistad sin analizar cuándo y de qué modo estas prácticas introducen razones para actuar, sin comprender su dimensión normativa.

Esto no significa que calificar a un sistema político de democracia o a una relación personal de amistad implique necesariamente que debamos comportarnos conforme a lo que dichas prácticas establecen o sugieren. Hay formas tan degeneradas de democracia y de amistad que no requieren nuestro respeto ni aquiescencia, del mismo modo hay formas tan degeneradas de Derecho que no requieren nuestra aceptación ni cumplimiento. Pero una cabal comprensión del Derecho como institución requiere una elucidación de su sentido, una tarea que tiene una dimensión normativa. Analizar cómo se entrelazan los diversos valores y cómo una práctica humana los instancia, es una tarea, creo, inseparable de la explicación de la naturaleza de dicha práctica.

Esto no significa que los juicios de valor no filtrados del teórico del Derecho puedan introducirse en su análisis del sistema jurídico[41]. Es obvio que el Derecho tal y como es puede ser muy distinto, en algunos aspectos particulares, del Derecho ideal. Pero no es éste el tema que estamos debatiendo, el mismo DWORKIN reconoce sin problema alguno este punto (DWORKIN, 1996: 36):

> «Yo no leo la Constitución como si contuviera todos los principios importantes del liberalismo político. En otros escritos, por ejemplo, he defendido una teoría de la justicia económica que requeriría una redistribución substancial de la riqueza en las sociedades políticas opulentas. Algunas constituciones nacionales intentan establecer un grado de igualdad económica como un derecho constitucional, y algunos juristas americanos han argumentado que nuestra Constitución puede ser comprendida como estableciéndolo. Pero yo no pienso de este modo, por el contrario, he insistido en que la integridad detendría cualquier intento de argumentar desde las cláusulas morales abstractas de la declaración de derechos, o desde cualquier otra parte de la constitución, hasta tal resultado».

Hay un aspecto que creo es rescatable de esta posición y de la idea del positivismo jurídico como *approach* que distingue el Derecho como es del Derecho como debe ser. Si bien ya he dicho que el Derecho como es no puede ser comprendido sin una adecuada comprensión del Derecho como debe ser, hay un punto de esta posición que merece la pena destacar. Tomado una expresión de P. MENZIES y P. PETTIT (MENZIES y PETTIT, 1993: 107), podemos decir que dicha actitud aconseja la *servidumbre epistémica* (*epistemic servility*), la sujeción a la regla epistémica de una realidad independiente. En este sentido, aquello que el Derecho español, por ejemplo, requiere es independiente del teórico del Derecho y del dogmático. Esta actitud epistémica puede también alejarnos de algo que, razonablemente, temen algunos autores como L. PRIETO o P. COMANDUCCI[42], es decir, la sacralización de los valores que subyacen al constitucionalismo y, por ende, la sacralización del Derecho de nuestras sociedades, al identificarlo con nuestras teorías morales y políticas. Si, sin embargo, hacemos teoría del Derecho con servidumbre epistémica, podremos distinguir lo que el Derecho requiere de lo que debería requerir y, de este modo, conservaremos intacta la capacidad de censurarlo.

---

[41] Véase una posición también moderada acerca de la presencia ded juicios de valor en la teoría económica en MONGUIN, 2006.

[42] Véanse PRIETO SANCHÍS, 1997, y COMANDUCCI, 2002.

## BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*, Wien/New York: Springer.

— 1991: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, R., 1978: *Theorie der juristischen Argumentation,* Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

ALTMAN, A., 1990: *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

ATIENZA, M., 2006: *El derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J. 1996: *Las piezas del derecho*, Barcelona: Ariel.

AUSTIN, J., 1832: *The Province of Jurisprudence Determined*, W. RUMBLE (ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

ARROW, K. J., 1951: *Social Choice and Individual Values*, New York: Wiley.

AYER, A. J., 1936), *Language, Truth and Logic,* Harmondsworth, Middlesex: Penguin Books, 1971.

BAYÓN, J. C., 1992: *La normatividad del derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BENTHAM, J., 1970: *Of Laws in General*, H. L. A. HART (ed.), London: The Athlone Press.

BESSON, S., 2005: *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford: Hart Publishing.

BOBBIO, N., 1950: «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 6: 342-367.

— 1960: *Teoria dell»ordenamiento giuridico*, Torino: Giappichelli.

— 1961: *Il positivismo giuridico,* Torino: Giappichelli, 1996.

— 1965: *El problema del positivismo jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, México: Fontamara, 1991.

BOSE, S. K., 2001: *An Introduction to Queueing Systems,* Dordrecht: Kluwer Academic/Plenum Publishers.

CARACCIOLO, R., 1988: *Sistema jurídico. Problemas actuales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CELANO, B., 2002: «Come deve essere la discipline costituzionale dei diritti?», en S. POZZOLO (ed.), *La legge e i diritti,* Torino: Giappichelli, pp. 89-123.

COLEMAN, J., 2001: *The Practice of Principle*, Oxford: Oxford University Press.

— (ed.), 2001: *Hart's Postscript*, Oxford: Oxford University Press.

COMANDUCCI, P., 2002: «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico», *Isonomía,* 16: 89-112.

DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously,* London: Duckworth.

— 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

— 1996: «Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise», en R. DWORKIN, *Freedom's Law,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 1-38.

— 2006: *Justice in Robes,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

FERRER BELTRÁN, J., 2005: *Prueba y verdad en el derecho*, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

FINNIS, J., 1980: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press.

GARGARELLA, R., y MORESO, J. J., 2006: «Prólogo», en J. L. MARTÍ MÁRMOL, *La república deliberativa,* Madrid: Marcial Pons.

GREENBERG, M., 2004: «How Facts Make Law», *Legal Theory*, 10: 157-198.

GREENAWALT, K.: «Discretion and Judicial Decisión: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges», *Columbia Law Review*, 75: 359-398.

GUASTINI, R., 1991: *Dalle fonti alle norme,* Torino: Giappichelli.

— 1993: *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano: Giuffrè

— 1996: *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli.
— 1998: *Teoria e dogmatica delle fonti,* Milano: Giuffrè.
HÄGERSTRÖM, A., 1953: *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, K. OLIVECRONA (ed.), translated by C. D. Broad, Stockholm: Almquist & Wiksell.
HARE, R. M., 1952: *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press.
HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
— 1982: *Essays on Bentham,* Oxford: Oxford University Press.
— 1994: «Postscript», en H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2.ª ed., P. A. BULLOCH y J. RAZ (eds.), Oxford: Oxford University Press, pp. 238-276
HERNÁNDEZ MARÍN, R., 1998: *Introducción a la teoría de la norma jurídica,* Madrid: Marcial Pons.
HIMMA, K. E., 2002: «Inclusive Legal Positivism», en J. COLEMAN; S. J. SHAPIRO y K. E. HIMMA (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, cap. 4.
— 2003: «Making Sense of Constitucional Disagreement: Legal Positivism, the Hill of Rights, and the convencional Rule of Recognition in the United States», *Journal of Law and Society,* 42: 149-218 .
— 2005: «Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism», *Law and Philosophy*, 24: 1-45.
HUME, D., 1739-1740: *A Treatise of Human Nature*, L. A. SELBY-BIGGE y P. H. NIDDITCH (eds.), Oxford: Oxford University Press, 1978.
HURLEY, S., 1990: *Natural Reasons,* Oxford: Oxford University Press.
KALINOWSKI, G., 1953: «Théorie des propositions normatives», *Studia Logica*, 1: 147-183.
KELMAN, M., 1987: *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
KELSEN, H., 1957: *What is Justice. Justice, Law, and Politic in the Mirror of Science,* Berkeley: California University Press.
— 1960: *Reine Recthslehre*, Wien: Franz Deuticke.
KÖLBEL, M., 2003: «Faultless Disagreement», *Proceeding of the Aristotelian Society*, 104: 53-73.
KUTZ, Ch., 2001: «The Judicial Community», *Nous. Philosophical Issues*, 11: 442-469.
LEIBNIZ, G. W., 1671: *Los elementos del derecho natural*, trad. de T. GUILLÉN VERA, Madrid: Tecnos, 1991.
LÓPEZ DE SA, D., 2007a: «Presuppositions of Commonality. An Indexical Relativist Account of Disagreement», forthcoming en M. GARCÍA CARPINETERO y M. KÖLBEL (eds.), *Relativizing Truth,* Oxford: Oxford University Press.
— 2007b: «The Many Relativisms and the Questions of Disagreement», forthcoming en *International Journal of Philosophical Studies,* 15.
MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford: Oxford University Press.
MARMOR, A., 1992: *Interpretation and Legal Theory,* Oxford: Oxford University Press.
— 2006: «Legal Positivism: Still Descriptive and Morally Neutral», *Oxford Journal of Legal Studies*, 26: 683-704.
— 2007: «The Nature of Law», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2007 Edition), E. N. ZALTA (ed.), URL = http://plato.stanford.edu/archives/spr2007/entries/lawphil-nature/.
— (ed.), 1995: *Law and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press.
MENZIES, P., y PETTIT, Ph., 1993: «Found: The Missing Explanation», *Analysis*, 53: 100-109.
MONGUIN, Ph., 2006: «Value Judgments and Value Neutrality in Economics», *Economica*, 73: 257-286.

MOORE, M., 1998: «Hart's Concluding Unscientific Postscript», *Legal Theory*, 4: 301-327.
MORESO, J.J., 1992: *La teoría del derecho de Bentham,* Barcelona: PPU.
— 2001a: «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *DOXA,* 24: 525-545.
— 2001b: «El encaje de las piezas del Derecho (2.ª parte)», *Isonomía*, 15: 165-192.
— 2002: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», en P.E. NAVARRO y M.C. REDONDO (comps.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política,* Barcelona: Gedisa, pp. 93-116
— 2004: «Positivismo jurídico y aplicación del derecho», *DOXA*, 27: 45-62.
— 2005: «A Brilliant Disguise: Entre fuentes y lagunas», en F. ATRIA, E. BULYGIN, J.J. MORESO, P.E. NAVARRO, J. RODRÍGUEZ y J. RUIZ MANERO, *Lagunas en el Derecho,* Madrid: Marcial Pons, pp. 185-203.
MORESO, J.J., y NAVARRO, P.E., 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
MORISON, W.L., 1982: *John Austin,* Stanford, California: Stanford University Press.
NINO, C.S., 1994: *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel.
PAULSON, S.L., 1992: «The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law», *Oxford Journal of Legal Studies,* 12: 311-332.
PETTIT, Ph., 1996: «Postscript: A Common Mind in Three Senses», en Ph. PETTIT, *The Common Mind. An Essay on Psychology, Society, and Politics*, 2.ª ed., Oxford: Oxford University Press.
PERRY, S.R., 1995: «Interpretation and Methodology in Legal Theory», en MARMOR, 1995: cap. 3.
— 2001: «Hart's Methodological Positivism», en COLEMAN, 2001: cap. 9.
PRIETO SANCHÍS, L., 1997: *Constitucionalismo y positivismo,* México: Fontamara.
POSTEMA, G., 1986: *Bentham and the Common Law Tradition,* Oxford: Oxford University Press.
PUTNAM, H., 2002: *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
QUINE, W. VAN O., 1953: «Two Dogmas of Empiricism», en W. VAN O. QUINE, *From a Logical Point of View*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 20-46.
RAZ, J., 1970: *The Concept of a Legal System*, Oxford: Oxford University Press.
— 1979: *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press.
— 1986: *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press.
— 1994: *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press.
— 1999: «Notes on Value and Objectivity», en *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford: Oxford University Press, cap. 6.
— 2001: «Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison», en COLEMAN, 2001: cap. 1.
— 2004: «Incorporation by Law», *Legal Theory*, 10: 1-17.
— 2007: «¿Puede haber una teoría del derecho?», trad. de R. SÁNCHEZ BRÍGIDO en J. RAZ, R. ALEXY y E. BULYGIN, *Una discusión sobre teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
REDONDO, M.C., 1996: *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
ROBBINS, L., 1935: *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2.ª ed., London: MacMillan.
— 1938: «Interpersonal Comparisons of Utility: A Comment», *The Economic Journal*, 48: 635-641.
RODRÍGUEZ, J.L., 2002: *La lógica de los sistemas normativos,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
ROSS, A., 1958: *On Law and Justice,* London: Stevens & Sons.

RUMBLE, W. L., 1985: *The Thought of John Austin,* London: The Athlone Press.
SÁNCHEZ BRÍGIDO, R., 2007: *Groups, Rules and Legal Practice*, Oxford: Doctoral Thesis.
SEARLE, J., 1969: *Speech Acts. An Essay of Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press.
— 1995: *The Construction of Social Reality,* New York: Free Press.
SEN, A., 1967: «The Nature and Classes of Prescriptive Judgments», *The Philosophical Quarterly*, 17: 46-62.
— 1970: *Collective Choice and Social Welfare,* San Francisco, CA: Holden-Day.
— 1987: *On Ethics and Economics*, Oxford: Blackwell.
— 1999: *Development as Freedom,* Oxford: Oxford University Press.
— 2002: «The Possibility of Social Choice», en A. SEN, *Rationality and Freedom,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 65-118.
— 2005: «Walsh on Sen after Putnam», *Review of Political Economy,* 17:107-113.
SMITH, A., 1759: *The Theory of Moral Sentiments*, D. D. RAPHAEL y A. L. MACFIE (eds.), Oxford: Oxford University Press, 1975.
— 1776: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, New Cork: Prometheus Books, 1991.
— 1978: *Lectures on Jurisprudence*, R. L. MEEK, D. D. RAPHAEL y P. G. STEIN, Oxford: Oxford University Press.
SUMMERS, R., 1982: *Instrumentalism and American Legal Theory,* Ithaca, New Cork: Cornell University Press.
TARELLO, G., 1962: *Il realismo giuridico americano,* Milano. Giuffrè.
— 1980: *L'interpretazione della legge,* Milano: Giuffrè.
TURÉGANO, I., 2001: *Derecho y moral en John Austin,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
WALDRON, J., 2001: «Normative (or Ethical) Positivism», en COLEMAN, 2001: cap. 12.
WALUCHOW, W. J., 1994: *Inclusive Legal Positivism,* Oxford: Oxford University Press.
WALSH, V., 2000: «Smith after Sen», *Review of Political Economy,* 12: 5-25.
— 2003: «Sen after Putnam», *Review of Political Economy,* 15: 315-394.
WEBER, M., 1917: «La ciencia como vocación», en M. WEBER, *El político y el científico*, trad. de F. RUBIO LLORENTE, Madrid: Alianza, 1967.
WILHELM, W., 1958: *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert,* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann; trad. italiana de P. L. LUCCHINI: *Metodología giuridica nel secolo XIX*, Milano: Giuffrè, 1974.
WILLIAMS, B., 1985: *Ethics and the Limits of Philosophy,* London: Fontana Press.
WRIGHT, C., 1992: *Truth and Objectivity,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
— 2001: «On Being a Quandary», *Mind*, 110: 45-98.
WRIGHT, G. H. VON, 1951: «Deontic Logic», *Mind*, 60: 1-15.
— 1963: *Norm and Action. A Logical Enquiry,* London: Routledge & Kegan Paul.

# DERECHO Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL. UNA DISCUSIÓN SOBRE *PRINCIPIA IURIS*, DE LUIGI FERRAJOLI

*En recuerdo*
*de Giacomo Gavazzi*
*y Letizia Gianformaggio*

# UN ENCUENTRO EN BRESCIA PARA DISCUTIR *PRINCIPIA IURIS,* DE LUIGI FERRAJOLI

Tecla Mazzarese
*Universidad de Brescia*

Muy pocas semanas después de su publicación, los días 6 y 7 de diciembre de 2007 se llevó a cabo en Brescia un encuentro para discutir *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, de L. FERRAJOLI.

Aunque a inicios de diciembre de 2007, la obra llevaba poco tiempo en las librerías, el larguísimo período de redacción de *Principia iuris* se ha visto acompañado desde hace años de un vivaz debate sobre su método y sus tesis, especialmente (aunque no sólo) en Italia, España y en muchos países de América Latina. Por ello, el encuentro de Brescia tuvo por objeto, no tanto una obra en tres volúmenes poderosamente imponente, sobre la que no se había podido reflexionar por falta de tiempo, sino más bien el análisis de un aparato teorético-conceptual, complejo y al mismo tiempo riguroso y puntual en cada una de sus articulaciones, que ya venía siendo objeto de atención desde hace mucho tiempo en la literatura, ya sea por la decisión absolutamente singular de recurrir al método axiomático lógico-deductivo, ya sea por las diversas tesis propuestas en la caracterización del paradigma jurídico y político del iusconstitucionalismo.

En particular, después de una sesión introductiva, presidida por E. GARZÓN VALDÉS, el encuentro de Brescia se articuló en tres mesas redondas sobre los principales núcleos temáticos de *Principia iuris*: i) los términos de una (meta)teoría del Derecho, ii) los principios del estado constitucional de Derecho y iii) los valores de la democracia constitucional.

Los criterios seguidos para la elección de los ponentes fueron tres. El primero fue el del afecto y la amistad con L. FERRAJOLI y la atención por la larga redacción de *Principia iuris* en el curso de los años (criterio, este, en realidad de poca ayuda para seleccionar un número suficientemente reducido de participantes).

El segundo criterio fue el de involucrar estudiosos que, por formación y competencias, pudieran contribuir a un debate sobre una obra como *Principia iuris* que, a pesar de su ejemplar unidad y completud, tienen múltiples facetas teóricas situadas en ámbitos disciplinares muy diversos. Por ello, se tomó la decisión de reunir en Brescia, para discutir su método y sus tesis, no sólo a filósofos del Derecho (M. ATIENZA, J. C. BAYÓN, M. GASCÓN, R. GUASTINI, J. J. MORESO, L. PRIETO, D. ZOLO), sino también a lógicos (E. BULYGIN, C. DALLA POZZA, M. PALMA), filósofos de la política (M. BOVERO, E. GARZÓN VALDÉS, G. PRETEROSSI, P. PORTINARO, A. RUIZ MIGUEL), magistrados y juristas (P. ANDRÉS IBÁÑEZ, S. SENESE, M. TARUFFO, G. ZAGREBELSKY) y al secretario saliente de la *Camera del lavoro* de Brescia, D. GRECO, conocido en Brescia y no sólo allí,

en el sindicato y no sólo ahí, por sus contribuciones al tema de la democracia social y constitucional.

El tercer criterio, finalmente, fue el de reunir a estudiosos que, en el curso de los años que acompañaron la gestación y redacción de *Principia iuris*, han manifestado opiniones discrepantes sobre su planteamiento general y/o sobre sus tesis. Desde las primeras fases de la organización del encuentro de Brescia estuve convencida, en efecto, que lo que más iba a gustar a L. FERRAJOLI no sería un encuentro para «celebrar» su obra monumental, las muchas páginas de los tres volúmenes de los que se compone, sino más bien tener una oportunidad de discutir y enfrentar posiciones discrepantes sobre sus tesis, sobre los argumentos utilizados para fundamentarla, sobre el planteamiento general de su teoría del Derecho y de la democracia.

Finalmente, algunos agradecimientos; sentidos y no simplemente «debidos». Ante todo al Ateneo de Brescia y, en particular, al Rector Magnífico A. PRETI, al Vicerector G. PROVASI, al Director Administrativo A. BRESCIANI, al Director del *Consiglio della ricerca* S. PECORELLI, al Decano de la Facultad de Derecho A. CALORE, al Director del Departamento de Ciencias Jurídicas F. ADDIS, a las Secretarias del Departamento A. PICCINI y R. FERRETTI. Y también, y no sólo por la generosidad de sus aportaciones, debo agradecer al Ayuntamiento de Brescia, al *Consiglio Notarile* de Brescia y a la *Fondazione Calzari Trebeschi*. Por último, pero no de forma menor, debo agradecer también a C. AMATO, P. PAROLARI, S. POZZOLO y G. ITZCOVICH de la secretaría organizativa del encuentro.

Finalmente, una dedicatoria. Los trabajos que se publican aquí, gracias a *DOXA* y a su redacción, están dedicados a dos estudiosos que han manifestado siempre gran estima y afecto por L. FERRAJOLI y a los que L. FERRAJOLI ha manifestado también gran estima y afecto: G. GAVAZZI y L. GIANFORMAGGIO. Dos estudiosos, dos amigos, de los que sentimos profundamente su falta.

# SALUDO INTRODUCTORIO

Ernesto Garzón Valdés
*Universidad de Mainz*

Varias son las razones que pueden haber movido a los organizadores de estas jornadas en honor de L. FERRAJOLI para conferirme el honor de dirigir la primera mesa de trabajo.

Pienso que, por lo menos, son las siguientes, en creciente relevancia: *a)* neutralidad de nacionalidad; *b)* interés compartido por la filosofía del Derecho y la filosofía política; *c)* afecto personal, y *d)* ancianidad.

*a)* La neutralidad de nacionalidad juega entre nosotros un papel insignificante. Nos reunimos desde hace años y nunca nadie ha invocado la parroquia nacional como refuerzo (insensato, desde luego) y defensa de sus argumentos. Hay pues que rechazar *a)*.

*b)* Pienso que han pasado ya los tiempos de una pureza teórica de los ámbitos del Derecho, la ética y la política. En mayor o menor medida todos estaríamos dispuestos a aceptar una interrelación entre estos tres ámbitos. Concepciones tales como las del «neconstitucionalismo», «positivismo inclusivo», «garantismo constitucional», «coto vedado» y otras similares reflejan esta preocupación. No soy pues el único que la alienta y, por ello, hay que rechazar *b)*.

*c)* El argumento del afecto personal como criterio de selección es indiscutiblemente falso. Todos los presentes (no sólo ellos) sienten, sentimos un entrañable afecto por Luigi y nadie puede atribuirse un privilegio de exclusividad. Por tanto, *c)* tampoco vale.

*d)* Aquí soy realmente el único para quien vale esta simple razón biológica. Aquí nadie me supera. Acepto pues esta razón e incluyo todas las anteriores en su carácter de razones compartidas. Agradezco a los organizadores, muy especialmente a TECLA, el haber tenido en cuenta esta ya larga permanencia en este mundo y sin más declaro abierta esta primera ronda de intervenciones.

# VALORES DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL*

Perfecto Andrés Ibáñez

*Magistrado*

**RESUMEN.** Los conceptos asociados en el título no se hallan, formalmente, en el léxico de *Principia iuris*, pero remiten con claridad a dos momentos centrales del Estado constitucional de Derecho: la dimensión sustancial de la democracia y el papel esencial de las instituciones de garantía, como netamente separadas de las de gobierno, por razón de su fuente de legitimación, de su función y de su modo de operar. La distinción, lleva a FERRAJOLI a un replanteamiento profundo de la esfera pública, sobre todo, del modo de entender la tradicional división de poderes, necesario para dar cuenta de la complejidad institucional de este modelo de Estado.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, democracia constitucional, Estado constitucional de Derecho, instituciones de garantía.

**ABSTRACT.** The concepts linked in the title of this paper are not specifically included in the lexicon of *Principia iuris*. However they refer neatly to two basic notions of the constitutional rule of law state: the substantial dimension of democracy and the essential role played by institutions of safeguard, clearly separate from institutions of government on the basis of its source of legitimacy, its function and the way they operate. This distinction leads FERRAJOLI to rethink in depth the public sphere, particularly as regards the understanding of the traditional principle of separation of powers, which is necessary in orden to explain the institutional complexity of this model of state.

**Keywords:** FERRAJOLI, constitutional democracy, constitutional rule of law state, institutions of safeguard.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

## 1. INTRODUCCIÓN

Debo iniciar esta intervención con una expresión de gratitud y con un afectuoso reproche, dirigidos a T. MAZZARESE (y también a L. FERRAJOLI) por la invitación que me sitúa en el centro —es obvio que sólo geográfico— de una mesa redonda sobre «valores de la democracia constitucional». Gratitud por haber pensado en mí con ese fin. Y, no sé si con algo de paradójico, afectuoso reproche por este mismo motivo. Francamente, me cuesta entender que dos acreditados virtuosos del análisis y del método hayan podido confundir planos discursivos y ámbitos tan claramente diferenciados como el de los afectos y el propio del conocimiento y la competencia teórica. Pues, lo *denuncio* como lo siento: haber contado conmigo es una cuestión de afecto, como, por lo demás, se entenderá enseguida.

Una segunda observación es que, con la misma sinceridad, no tengo ninguna observación crítica que hacer al planteamiento de L. FERRAJOLI. Al contrario —con las inevitables limitaciones teóricas: soy un juez— estoy profundamente identificado con él. El horizonte teórico que ha diseñado es en el que, modestísimamente, trato de moverme desde hace ya tiempo. Su modo de entender el papel de la jurisdicción en relación con el Derecho y con los derechos, es el que, dicho sea con la misma modestia, intento plasmar en mi quehacer profesional. Vamos, que dicho con otras palabras: soy *creyente*.

## 2. VALORES CONSTITUCIONALES

¿Qué hay que entender por «valores de la democracia constitucional»? El término «valores» asociado al concepto de «democracia constitucional» no figura en el índice analítico de los dos volúmenes de *Principia iuris*. Pero L. FERRAJOLI ha respondido a esa pregunta en más de una ocasión en los términos del art. 16 de la Declaración de derechos de 1789: sólo hay constitución —sólo hay democracia constitucinal, diríamos ahora— allí donde esté asegurada: *a)* la garantía de los derechos fundamentales; y *b)* la separación de poderes.

Así, aunque el término «valores» no forma parte, explícitamente, del léxico de *Principia iuris*, la garantía de los derechos y la separación de poderes que ésta requiere son los dos valores o principios que integran la que L. FERRAJOLI llama «esfera de lo no decidible (que o que no)». En referencia al conjunto de límites y vínculos que las constituciones rígidas imponen al ejercicio de cualquier poder, como condición de efectividad de los derechos.

Por tanto, según creo, el tema de los «valores de la democracia constitucional», en la perspectiva del autor de *Principia iuris*, debe ser considerado en dos planos:

— El de la dimensión *sustancial* de la democracia (constitucional), representada por la garantía de los derechos fundamentales; y

— El de la dimensión *formal*, integrada, a su vez, por dos elementos: el carácter representativo de las funciones de gobierno, y la nítida separación de éstas de las funciones de garantía de aquellos derechos.

## 3. LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El concepto «esfera de lo no decidible», central en *Principia iuris*, guarda relación con otros conocidos del léxico político: el de «coto vedado» de E. GARZÓN VALDÉS; y el de «territorio inviolable» de N. BOBBIO. Los tres remiten a la idea de límites a los poderes públicos, tan caros al pensamiento liberal. Pero la construcción de L. FERRAJOLI presenta, en relación con aquéllas, algunas diferencias, que él mismo ha señalado:

— En *Principia iuris*, la «esfera de lo no decidible» no es sólo una categoría teórico-política, sino una categoría jurídica propia de la teoría del Derecho. Un rasgo estructural, de carácter normativo, de las actuales democracias constitucionales.

— La de «esfera de lo no decidible» demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un ámbito de deberes positivos. Es decir, un territorio defendido por prohibiciones: limites de carácter negativo impuestos al legislador —lo que no puede ser decidido por éste— en garantía de los derechos de libertad. Y también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestas al legislador —lo que debe ser decidido por éste— en garantía de los derechos sociales.

— La «esfera de lo no decidible» es tal frente a los poderes públicos y también frente a los poders privados. Frente al Estado y frente al mercado. Porque también los derechos de autonomía civil o negocial son «derechos-poder» que inciden en la esfera jurídica de los demás con riesgo de lesión para sus derechos fundamentales. Por ello, deben estar sometidos a límites y vínculos, como los poderes políticos que resultan del ejercicio de los derechos políticos.

— En fin, la «esfera de lo no decidible» es la «dimensión sustancial de la democracia» constitucional (relativa a *lo que no puede* y a *lo que no puede no* ser decidido); en oposición a la «dimensión formal» (relativa al *cómo* y al *quién* de las decisiones).

## 4. LA SEPARACIÓN DE PODERES

La «esfera de lo decidible» es la, discrecional, de la política; el campo de las que L. FERRAJOLI llama «funciones e instituciones de gobierno». Mientras que la «esfera de lo no decidible», es la propia de las instituciones de garantía, de la sujeción a la ley, estrechamente vinculada, por tanto.

Esta distinción de planos lleva al autor de *Principia iuris* a un replanteamiento de la esfera pública en su conjunto. En particular, del modo de entender la separación de poderes, para dar cuenta de la complejidad del orden institucional del vigente Estado constitucional en lo relativo a los mecanismos de garantía de todos los órdenes de derechos fundamentales. Algo que no sucedía con la versión histórica del concepto, tributaria de un modelo de Estado mucho más simple, sin apenas otras funciones que las policiales, de orden público y las militares, de defensa.

La concepción de MONTESQUIEU tenía y tiene un indiscutible valor positivo: asegurar la primacía del parlamento y garantizar la independencia judicial. Pero —vista desde hoy— también un aspecto negativo, pues todo lo relativo a la dimensión prestacional del Estado social (por no ser materia legislativa ni judicial) queda en manos de la administración pública, como mera gestión. Sin considerar, escribe L. FERRAJOLI, que

una parte esencial de esas competencias (como las relacionadas con la sanidad, la previsión social y la educación), aun siendo administrativas, tienen que configurarse como funciones de garantía de los correspondientes derechos fundamentales. Porque su ejercicio, al igual que sucede con el de la jurisdicción, consiste en verificar con tendencial objetividad, con imparcialidad, por tanto, la existencia de ciertos datos fácticos, legalmente previstos como presupuesto de aplicación de una norma.

## 5. FUNCIONES DE GOBIERNO Y FUNCIONES DE GARANTÍA: CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN

Dada esta diversidad de esferas, la de lo *no decidible* y la de *lo decidible*, FERRAJOLI propone un nuevo diseño del marco de los poderes públicos, conforme a un criterio riguroso de individualización de las respectivas funciones que deben estar netamente separadas. Este criterio es el de la diversidad de las fuentes de legitimación, que en el caso de las funciones y las instituciones de gobierno —de gestión y cuidado de los intereses generales (esfera de *lo decidible*)— será la representación política, a través del sufragio. En cambio, la función de garantía, de tutela individual de los derechos fundamentales (esfera de *lo no decidible*), que consiste en verificar la existencia de los presupuestos fácticos de aplicación de la ley y calificarlos jurídicamente, se legitima por la rigurosa sujeción a esa misma ley que debe ser aplicada.

Así, entran en la esfera de *lo decidible* las funciones políticas propias del legislativo y del ejecutivo: que comportan poderes que FERRAJOLI llama *de disposición*, de producción o innovación jurídica. Y en la de *lo no decidible* las funciones de garantía, entre las que, además de la jurisdiccional, sitúa las administrativas de garantía, consistentes —dice— en tomar decisiones en el uso de poderes *de cognición*, mediante la identificación de supuestos de hecho y su subsunción en normas jurídicas.

A juicio de FERRAJOLI, tal diversidad de fuentes de legitimación demanda y justifica la separación de los respectivos poderes y funciones. De este modo, la representación política, que habilita para adoptar decisiones, como las aludidas, en el ámbito de *lo decidible*, no habilita, en cambio, para interferir en el ejercicio de las funciones de garantía, que, como su mismo principio de legitimación, son tendencialmente contra-mayoritarias.

## 6. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ESFERA DE LO INDECIDIBLE

En el Estado legislativo de Derecho, la falta de una consagración constitucionalmente fuerte de los derechos hoy fundamentales, hacía que el Estado fuera *de Derecho* sólo en sentido legal. Así la ley era expresión incondicionada de la omnipotencia de la mayoría. Y la política, sólo vinculada en el orden de los procedimientos, era radicalmente autónoma en todo lo demás.

Esa forma estatal no resistía *la prueba* del art. 16 de la Declaración de derechos de 1789, al ser, en realidad, la propia de un Estado «sin Constitución», desde el punto de vista de los derechos, dado el enorme vacío de garantía de éstos.

El Estado constitucional de derecho vino a cubrir este vacío del modo acorde con la que L. FERRAJOLI llama «estructural vocación a la rigidez» de (todos) los derechos, que «no pertenecen a la mayoría sino inderogablemente a todos y cada uno» de los individuos de carne y hueso. Por eso, la configuración de éstos como *esfera de lo no decidible que es o que no es* lo más coherente y supone un cambio de paradigma en la materia, pues determina la vinculación de la política al respeto y la efectividad de los mismos. Con una innovación esencial: que el carácter de fundamentales se extiende también a los derechos sociales, que en el planteamiento del autor reciben el tratamiento que normativamente les corresponde. Por algo, tan simple y tan importante a la vez, como que sólo «la satisfacción de los derechos sociales asegura los "pre-requisitos" de la democracia política». Pues sólo la garantía de los derechos sociales aporta «los presupuestos materiales» de los demás derechos. Una evidencia incomprensiblemente descuidada por la teoría del Derecho y por la filosofía política.

De este modo, si los derechos (individuales) fundamentales, son, en expresión de HÄBERLE, el «fundamento funcional de la democracia», la satisfacción de los derechos sociales es una precondición de posibilidad del ejercicio de aquéllos y, por consiguiente, de la propia democracia. Por eso, utilizando el símil marxiano, podría decirse que la teorización del Estado constitucional de Derecho llevada a cabo en *Principia iuris*, pone sobre sus pies al Estado de Derecho, que antes andaba en cierto modo *de cabeza*.

El señalado cambio de paradigma reclama un soporte institucional idóneo para las correspondientes funciones de garantía, es decir, la creación de una red de instituciones separadas e independientes de las funciones e instituciones de gobierno. Y en tal sentido FERRAJOLI prolonga con rigor su planteamiento, extrayendo al respecto todas las implicaciones del modelo constitucional.

¿Será verdad que de aquí se sigue una especie de sofocación, cierta cancelación del espacio vital de la política? Claramente, no. Ésta tiene el amplísimo campo de actuación representado por la esfera de *lo decidible*, en la que se integran las funciones legislativas y de gobierno, de desarrollo normativo y de dirección política. Y también, como señala FERRAJOLI, la de la dotación de las funciones de garantía con la puesta a punto y el mantenimiento de las instituciones correspondientes.

Sabemos muy bien que en la raíz del constitucionalismo de la segunda posguerra está el propósito manifiesto de alzar un «nunca más» frente a las más terribles degradaciones de la política. Pero no sólo esto, pues al dotar a los derechos de la condición de fundamentales, construyendo con ellos la esfera de *lo no decidible*, dio otro paso, previo en el orden lógico, que está en la misma línea de ese propósito fundacional: erigir una eficaz y estable barrera de Derecho frente a toda forma de alienación de la política, e incluso del Derecho mismo y de todas sus articulaciones institucionales, cerrando de este modo el círculo de la garantía.

Por eso, entiendo que *Principia iuris* hay mucho más que la imaginativa e inteligente expresión de voluntarismo garantista (un poco ingenuo) del jurista *impegnato*, que algunos sugieren. Y no porque en *Principia iuris* no haya *impegno* garantista —que, naturalmente, lo hay, y del mejor— sino porque este *impegno* no *lo pone*, más o menos opcionalmente, el autor. En efecto, pues con este trabajo ciclópeo L. FERRAJOLI *se ha limitado* a dotar de una transparencia radical a la lógica del modelo constitucional, operando con ella desde la raíz hasta las últimas consecuencias.

Y, al hacerlo, no sólo se ha enfrentado, con éxito indudable, a una tarea gigantesca, sino que ha puesto a la teoría del Derecho y a la dogmática ante la responsabilidad ineludible de hacerse cargo de los valores de fondo del ordenamiento, que, precisamente, dictan a éste su deber ser jurídico. La teoría y la ciencia del Derecho, además de describir, siempre han *construido*. Por eso, en vista de la calidad del actual contexto normativo, siendo coherentemente kelsenianas, no pueden operar cual si aquéllos principios no estuvieran, como efectivamente están, *dentro*, y, además, ocupando el vértice de la pirámide normativa.

La obra de L. FERRAJOLI reúne todas las virtudes unámimente puestas de manifiesto por los intervinientes en las jornadas de Brescia, de las que provienen estos textos. Pero, para concluir, quiero hacer referencia a una que desborda las fronteras del campo de lo teórico y que, a mi juicio, tiene particular significación. Me refiero al demostrado potencial de su obra para contribuir eficazmente a reforzar/recuperar la confianza en el Derecho como instrumento idóneo para procurar una vida mejor a las personas de carne y hueso.

Este valor lo he visto expresado muchas veces en una elocuente metáfora, la del imponente *mattone* de *Derecho y razón* (miles de veces fotocopiado) en las manos de tantos jovencísimos juristas latinoamericanos. Los que hasta hace experimentaban la fascinación del abolicionismo, y caían en cierto paradójico nihilismo suicida en materia de Derecho. Un abolicionismo y un nihilismo hoy ampliamente desplazado en esos países por la adherencia, nada ingenua y nada casual, al garantismo ferrajoliano.

# TESIS SOBRE FERRAJOLI *

Manuel Atienza **

*Universidad de Alicante*

**RESUMEN.** El autor considera la obra de FERRAJOLI, por su rigor intelectual y sus profundas implicaciones prácticas, como un hito fundamental en la cultura jurídica contemporánea. Critica, sin embargo, su anclaje en el positivismo jurídico y el no cognoscitivismo ético. Y termina sugiriendo la necesidad de transformar la teoría en el sentido de superar esos dos obstáculos, lo que haría posible «integrarla en el contexto de una concepción amplia y unitaria de la razón práctica».

**Palabras clave:** FERRAJOLI, positivismo jurídico, no cognoscitivismo ético.

**ABSTRACT.** The author considers FERRAJOLI's work to represent a milestone in contemporary legal culture due to its intellectual rigour and its profound practical implications. However, he criticizes the fact that it is based on legal positivism and ethical noncognitivism. The author finishes by pointing to the need to transform the theory, seeking to overcome these two obstacles, which would make possible «its incorporation into the context of a broad and unitary conception of practical reason».

**Keywords:** FERRAJOLI, legal positivism, ethical noncognitivism.

---

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

** Presento aquí de manera muy sintética lo que fue mi contribución en el seminario de Brescia. He tenido muy en cuenta para ello un comentario a la obra de FERRAJOLI que escribí en ocasión de otro seminario celebrado en Madrid (unos meses antes que el de Brescia), al igual que la respuesta de FERRAJOLI a las críticas que entonces le dirigía; véase L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, 2008: *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

1. Los filósofos del Derecho del mundo latino suelen escribir obras en las que comentan y discuten lo que sus colegas de otros ámbitos culturales (antes alemanes, ahora anglosajones) han pensado sobre el Derecho, sobre la justicia, sobre la democracia, sobre los derechos humanos… FERRAJOLI ha roto con esa tradición y se ha atrevido a construir una teoría, si no de espaldas, al menos que mira tan sólo ocasionalmente y desde cierta distancia, a las modas iusfilosóficas imperantes entre nosotros en los últimos tiempos. Sólo por ello merecería ya un gran reconocimiento por parte de quienes pensamos que la teoría del Derecho del mundo globalizado debería «equilibrarse», en el sentido de atribuir un mayor peso a la cultura jurídica de los países latinos.

2. Pero la extraordinaria influencia que su obra está teniendo en el mundo latino (de Europa y América) tiene que ver, sobre todo, con el hecho de que se trata de una teoría de gran rigor intelectual y profundas implicaciones prácticas y cuyos destinatarios no son exclusivamente otros teóricos del Derecho, sino cualquier jurista que se tome en serio su profesión. El objetivo último de FERRAJOLI, el ideal regulativo que propone a los juristas, viene a ser éste: debe procurarse que el Derecho (nuestros Derechos del Estado constitucional) cumpla(n) sus promesas en relación con los derechos fundamentales. La obra de FERRAJOLI está, pues, orientada a potenciar el lado emancipador del Derecho, pero sin olvidar tampoco (y de ahí su dimensión crítica) que en su funcionamiento real el Derecho no siempre cumple esa función.

3. Sin embargo, es posible adherir plenamente a esos objetivos y pensar que los mismos podrían alcanzarse en una forma más plena si en la teoría se introdujeran algunos cambios de cierta relevancia. La obra de FERRAJOLI (en especial, *Principia iuris*) se asemeja a una máquina formidable en la que, de forma un tanto sorprendente, se han utilizado algunas piezas obsoletas y que dificultan su buen funcionamiento.

4. FERRAJOLI ha mostrado la existencia de una doble articulación en el plano de la validez interna del Derecho de los Estados constitucionales y ha extraído, a partir de ahí, importantes consecuencias teóricas y prácticas: el Derecho formalmente vigente puede ahora ser considerado inválido desde parámetros establecidos por el propio Derecho (sin acudir a instancias —morales— externas al mismo), de manera que la dogmática jurídica y la jurisdicción adquieren una nueva dimensión crítica; ya no es la política lo que prima sobre el Derecho, sino que el Derecho (los derechos fundamentales recogidos en la Constitución) marca el límite de la política; etc. ¿Pero por qué el empeño en considerar que el nuevo paradigma —el del constitucionalismo jurídico— no sólo es compatible con el positivismo jurídico, sino que significa su completo desarrollo?

5. La razón fundamental por la que FERRAJOLI defiende la anterior tesis parece ser ésta: el positivismo jurídico implica la separación entre el punto de vista (jurídico) interno y el punto de vista (ético-político) externo y el primado del segundo sobre el primero; eso evitaría confusiones conceptuales y conjuraría el riesgo de sacralizar el Derecho positivo. Así pues: claridad conceptual y capacidad crítica. Ahora bien, una teoría no positivista del Derecho no tiene por qué llevar a identificar el Derecho con la justicia y nada impide tampoco que se pueda hablar desde ella de «Derecho injusto». Y en cuanto a su capacidad crítica, no se ve por qué la misma ha de quedar disminuida por el hecho de reconocer que además de una justicia (o moralidad) externa al Dere-

cho existe también una de carácter interno. Otra cosa es que muchos conflictos que se planteaban antes como contradicciones entre el Derecho y la moral hayan pasado a ser tematizados (precisamente como consecuencia del desarrollo del Estado constitucional) como problemas de interpretación —de interpretación constitucional— e internos, por tanto, al Derecho.

6. La diferencia entre la concepción positivista de FERRAJOLI y una concepción no positivista como la que en los últimos tiempos han defendido autores como DWORKIN, NINO o ALEXY no radica en que estos últimos ignoren la diferencia entre el Derecho y la moral o en que su orientación sea «tendencialmente» iusnaturalista. Se sitúa en otro lugar. Estos últimos, en efecto, consideran que el Derecho tiene, además de un componente autoritativo (el único que FERRAJOLI parece tener en cuenta), otro de carácter valorativo. Eso es lo que le lleva a DWORKIN a considerar el Derecho como una práctica interpretativa en la que los fines y valores de la misma juegan un papel determinante; a ALEXY, a identificar en el concepto de Derecho un elemento de idealidad, una «pretensión de corrección»; y a NINO, a defender la tesis de que las normas jurídicas no suponen por sí mismas razones justificativas autónomas, de manera que el razonamiento jurídico debe ser considerado como un razonamiento abierto hacia las razones morales. Lo que se sigue de ahí es que el Derecho no puede ser entendido exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica social.

7. FERRAJOLI, al considerar el Derecho esencialmente como un conjunto de normas, de reglas, tiende a pensar que en la aplicación del Derecho lo que existe es algo así como subsunción y discrecionalidad, al tiempo que es notablemente escéptico a propósito de la ponderación. O, dicho de manera quizás más matizada, dado que, en su opinión, no hay una diferencia cualitativa entre reglas y principios, no puede haber tampoco una diferencia relevante en cuanto a su utilización para resolver problemas prácticos. El resultado es una teoría poco desarrollada de la interpretación y de la argumentación jurídicas y una carencia de instrumentos teóricos con los que poder dar cuenta de un aspecto importante de nuestra práctica jurídica: la que concierne a los casos difíciles en materia de derechos fundamentales.

8. Otra consecuencia de lo anterior consiste en identificar los derechos fundamentales con normas jurídicas. Para FERRAJOLI, en cuanto concepto de la teoría del Derecho, los derechos fundamentales son los derechos subjetivos atribuidos a todos en cuanto ciudadanos, en cuanto personas o en cuanto personas con capacidad de obrar; la bondad de ese concepto dependería de su capacidad para dar cuenta de sus usos dogmáticos. Pero no parece que eso se logre con tal definición. También en el uso dogmático, los derechos son considerados como razones, como algo que está más allá de las normas, es decir, como valores (término que no aparece en el minucioso índice de materias de *Principia iuris*) que justifican que, para su protección, se establezcan normas de tipos distintos: regulativas y constitutivas, reglas y principios, etc.; incluso para conocer lo *que* son los derechos fundamentales (y no sólo para identificar *cuáles* son) necesitamos tanto el concepto de norma como el de valor. Por eso, ningún dogmático consideraría aceptable la afirmación de que «si fuera establecido como universal un derecho absolutamente fútil, como por ejemplo el derecho a ser saludados por la calle por los propios conocidos o el derecho a fumar, el mismo sería un derecho fundamental»; no la consideraría aceptable porque del concepto de derecho fundamental forma parte ne-

cesariamente la idea de valor, la idea de que los derechos fundamentales se tienen (o se establecen) para dar cumplimiento a valores de especial importancia.

9. Por eso, también, resulta artificioso separar la noción formal (de teoría del Derecho) y la noción material (de filosofía ético-política) de derechos fundamentales. La explicación (aparte de que la «ideología de la separación» sea un rasgo típico del positivismo) se encuentra, probablemente, en su ambicioso proyecto de construir una teoría axiomatizada del Derecho. Pues la teoría jurídica de FERRAJOLI no es sólo puramente formal, sino también considerablemente estipulativa, a fin de que sus conceptos puedan ser presentados en forma axiomática. El problema es que con ello se pone en serio riesgo la practicabilidad de esa teoría: no sólo por la dificultad intrínseca de asimilar un número tan impresionante de postulados, definiciones y teoremas, sino también por el grado de artificiosidad de la construcción.

10. FERRAJOLI afirma que los derechos fundamentales no son más que convenciones jurídicas, desligadas de cualquier pretensión de objetividad de carácter moral. ¿Pero se puede, a partir de una concepción relativista y no cognoscitivista de la ética, fundamentar que la noción ético-política de «derechos fundamentales» se identifica con los valores de igualdad, paz, democracia y tutela de los más débiles? ¿No tienen esos valores un carácter objetivo y universal?

11. FERRAJOLI ha interpretado el constitucionalismo de nuestros días en clave positivista y relativista. De lo que se trata es de transformar esa teoría en el sentido de superar los dos anteriores postulados, lo que haría posible integrarla en el contexto de una concepción amplia y unitaria de la razón práctica.

# QUÉ NO ES DECIDIBLE. CINCO REGIONES DEL COTO VEDADO *

Michelangelo Bovero

*Universidad de Turín*

**RESUMEN.** El autor compara el concepto ferrajoliano de «esfera de lo indecidible» con la noción de GARZÓN VALDÉS de «coto vedado» y con el límite al principio de la mayoría que BOBBIO configura como una de las reglas de su concepción (formal y procedimental) de la democracia. En opinión de BOVERO, mientras que BOBBIO y GARZÓN VALDÉS privilegian el lado de la prohibición, el espacio de lo inviolable, en FERRAJOLI se pone el acento también en las obligaciones positivas, en aquello sobre lo que no se puede no decidir. Pero (siempre según BOVERO) para llegar a una concepción *constitucional* (sustancial) de la democracia, como es la de FERRAJOLI, debe partirse de un concepto formal como el defendido por BOBBIO.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, GARZÓN VALDÉS, BOBBIO, reglas de la democracia, coto vedado, esfera de lo indecidible.

**ABSTRACT.** The author compares the Ferrajolian concept of «the sphere of what cannot be decided» to GARZÓN VALDÉS's notion of «forbidden territory» and also to the limit on the majority principle, which BOBBIO considers to be one of the rules of his (formal and procedimental) conception of democracy. As BOVERO sees it, while BOBBIO and GARZÓN VALDÉS favour the aspect of prohibition, the scope of the inviolable, FERRAJOLI also puts emphasis on positive obligations, on that which cannot be decided. However, (again according to BOVERO), one must take a formal conception like BOBBIO's as a starting point in order to reach a *constitutional* (substantial) conception of democracy like that held by FERRAJOLI.

**Keywords:** FERRAJOLI, GARZÓN VALDÉS, BOBBIO, rules of democracy, off-limits area, the sphere of what cannot be decided.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

1. Desde hace ya mucho tiempo es frecuente entre los estudiosos de teoría jurídica y política, y no sólo de lengua materna española, recurrir a la expresión castellana *coto vedado*. Como se sabe, se trata de una gran invención —o mejor dicho, reinvención— lingüística de E. GARZÓN VALDÉS[1]. Con dicha fórmula se indica el conjunto de principios y/o reglas básicas de rango constitucional que ningún poder político constituido, ni siquiera aquél de la mayoría en los Estados democráticos de derecho, puede violar. En el centro del *coto vedado* se encuentran los derechos individuales fundamentales.

En la obra de N. BOBBIO aparece una expresión similar con significado análogo: «territorio» o «frontera» inviolable, que constituye un límite insuperable a la aplicación del principio de mayoría[2]. Conviene citar por entero un pasaje de la *Teoría general de la política* de BOBBIO:

> «Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de «inviolables». Ahora bien, lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría, y en algunas constituciones se garantizan jurídicamente por medio del control constitucional de las leyes (es decir, de las decisiones tomadas por mayoría), declarando ilegítimas las leyes que no respeten tales derechos. La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario»[3].

Más recientemente, L. FERRAJOLI ha acuñado una nueva fórmula para indicar el mismo concepto, o mejor, como intentaré explicar en las conclusiones de esta intervención, para encuadrar el mismo problema configurando una solución más avanzada: «esfera de lo indecidible» o «de lo no decidible»[4]. Pretendo mostrar en qué sentido la construcción

---

[1] De este modo la presenta recientemente el propio GARZÓN VALDÉS en un denso escrito titulado «Para ir terminando», incluido en M. ATIENZA, 2003: *El derecho como argumentación*, México D.F.: Fontamara, «Hace ya muchos años que vengo insistiendo en la necesidad conceptual de incluir en todo diseño democrático-representativo lo que suelo llamar «coto vedado», expresión tomada del título de una obra de J. GOYTISOLO, compañero de mis años madrileños a comienzos de los cincuenta del siglo pasado. Al recurrir a esta expresión me pareció que no sólo introducía una referencia literaria en el vocabulario jurídico-político sino que, además, me servía adecuadamente para denotar un campo en el que debía estar prohibido el ingreso de la política» (p. 43).

[2] Que el significado atribuido por BOBBIO a estas expresiones sea análogo al de *coto vedado* lo reconoce el propio GARZÓN VALDÉS en el ensayo «El futuro de la democracia. Problemas conceptuales y empíricos: algunas propuestas de Norberto BOBBIO», en L. CÓRDOVA VIANELLO y P. SALAZAR UGARTE (coords.), 2005: *Política y derecho. (Re)pensar a BOBBIO*, México D.F.: Unam & Siglo ventiuno editores, «BOBBIO recurre también a una metáfora geográfica (similar a la del coto) cuando se refiere a la inviolabilidad de los derechos del hombre y del ciudadano establecida en todas las constituciones liberales» (pp. 112-113).

[3] N. BOBBIO, 1999: *Teoria generale della politica*, en M. BOVERO (ed.), Torino: Einaudi (de ahora en adelante *TGP*), pp. 399-400 (trad. cast. *Teoría general de la política*, Madrid: Trotta, 2005², pp. 478-479). El capítulo de la *TGP* del que tomo la cita corresponde al artículo «La regola di maggioranza: limiti e aporie», publicado por primera vez por BOBBIO en 1981 en la revista *Fenomenologia e società*, IV, n.os 13-14.

[4] La fórmula fue introducida por L. FERRAJOLI en el artículo «Diritti fondamentali», publicado en *Teoria politica*, XIV, n.º 2, 1998, pp. 3-33 (véase, especialmente, p. 15), más tarde publicado al inicio de L. FERRAJOLI (*et al.*), 2001: *Diritti fondamentali*, en E. VITALE (ed.), Roma-Bari: Laterza (*cfr.* p. 19) (trad. cast., «Los derechos fundamentales», en *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001, p. 36). El concepto es ahora retomado y ampliamente desarrollado en L. FERRAJOLI, 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vols., Roma-Bari: Laterza, véase en particular vol. I, *Teoria del diritto*, §§ 11.18, 12.1 y 12.6; vol. II, *Teoria della democrazia*, § 13.4, 13.8, 15.1 y 16.14.

conceptual de FERRAJOLI representa un notable progreso —también en este punto— para la Teoría del Derecho y de la democracia. Al mismo tiempo, pretendo sostener que en la teoría de la democracia de BOBBIO, o al menos en una interpretación extensiva (aunque creo que no forzada) de aquélla, se encuentran los elementos necesarios para una solución del problema sustancialmente convergente con la propuesta por FERRAJOLI.

**2.** Afrontaré la cuestión desde el punto de vista de la teoría bobbiana de las reglas del juego democrático. Me refiero a la lista de *seis reglas del juego* que se puede leer en el capítulo de la *Teoría general de la política* titulado «De la ideología democrática a los universales procedimentales»[5]. La tabla bobbiana de seis reglas no es otra cosa que la sintética traducción en normas, o en principios inspiradores de normas, de la concepción procedimental de la democracia. Es más, las seis reglas no son sino la explicitación articulada de su famosa *definición mínima* «de acuerdo con la cual —como se lee en la "Introducción" de *El futuro de la democracia*— inicialmente por régimen democrático se entiende (precisamente) un *conjunto de reglas de procedimiento* para la formación de las decisiones colectivas, en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados»[6]. En una serie de recientes trabajos[7] he propuesto reconocer en las reglas del juego individualizadas por BOBBIO las *condiciones* —separadamente necesarias y conjuntamente suficientes— de la democracia, redefinida clásicamente como el régimen de la igualdad y la libertad políticas. Hemos aprendido de los antiguos, pero posteriormente también de KELSEN y del mismo BOBBIO, a llamar democracia a un régimen en el que las decisiones colectivas, las normas vinculantes para todos, no son emanadas *desde arriba*, por *un* sujeto (el monarca o el tirano) o por unos *pocos* sujetos (los aristócratas o los oligarcas) que se erigen por encima de la colectividad, sino que son fruto de un proceso decisional que brota desde abajo, en el que *todos* (los destinatarios de las decisiones colectivas) tienen derecho a participar de manera igual e igualmente libre. En este sentido, la democracia es el régimen de la igualdad política y de la libertad política. A saber, las reglas del juego democrático están implícitamente contenidas en los principios de igualdad y libertad política; es decir, se pueden reconocer como democráticas las reglas que constituyen una consecuente ex-

---

[5] *TGP*, pp. 370-83 (trad. cast. cit. 449-462); la lista de las reglas se encuentra en p. 381 (trad. cast. cit. 460-461). Este capítulo de la *TGP* reproduce el texto (inédito) de una conferencia dictada por BOBBIO en Bogotá en 1987, originalmente titulada «Democrazia en Europa». En la obra de BOBBIO se encuentran otras versiones de la tabla de las reglas del juego democrático. La diferencia entre éstas consiste esencialmente en el número de reglas presentadas en las diversas ocasiones, que varía entre dos y nueve. He elegido la versión de la conferencia de Bogotá, recogida en *TGP*, porque es la más reciente y por tanto puede considerarse, también en lo relativo a las formulaciones lingüísticas, como la definitiva. Señalo en todo caso que ésta retoma, con alguna variación léxica, la lista de reglas presentada por BOBBIO en el escrito de 1975 «Quali alternative alla democrazia rappresentativa?», más tarde recogido en N. BOBBIO, 1976: *Quale socialismo?*, Torino: Einaudi (véase la lista en pp. 42-43) (trad. cast. «¿Qué alternativas a la democracia representativa?», en *¿Qué socialismo? Discusión de una alternativa*, Madrid: Plaza & Janés, 1977, p. 84), y que las seis reglas formuladas en el texto de Bogotá, ahora en *TGP*, corresponden sustancialmente, una vez más con pocas variaciones, con aquéllas enumeradas desde la tercera a la octava en la voz «Democrazia» redactada por BOBBIO para el *Dizionario di politica*, dirigido por N. BOBBIO y N. Matteucci, Torino: Utet, 1976 (trad. cast. *Diccionario de Política*, México: Siglo Ventiuno editores, 1995[9]).

[6] N. BOBBIO, 1984: *Il futuro della democrazia*, Torino: Einaudi, p. X (trad. cast. *El futuro de la democracia*, México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 18).

[7] M. BOVERO, 2003: «Il concetto di democrazia. Per una ridefinizione radicale», en *Il Ponte*, LIX, n.º 2, 20, pp. 68-86; ID., 2005: «Ma la democrazia ha un futuro? Uno sguardo dall'Italia», en *Ragion pratica*, n.º 25, pp. 419-36; ID., «Se questa è democrazia», conferencia presentada el 7 de agosto 2007 en el Seminario internacional, *Fronteiras do Pensamento* de Porto Alegre (Brasil), de próxima publicación en los Actos del Seminario.

plicitación de los principios de igualdad y libertad política, y por ello tales reglas funcionan como las condiciones bajo las cuales un régimen es (reconocible como) democrático, o sea es un régimen de igualdad y libertad política. El juego político es democrático si, y hasta el momento en que, estas reglas son respetadas; si son alteradas o aplicadas de manera incorrecta, no coherente con los principios democráticos, se empieza a jugar a otro juego. Algunas veces, sin darse cuenta; otras, intencionalmente.

**3.** La primera regla de la lista de BOBBIO impone una condición de *igualdad como inclusión*: todos los ciudadanos pasivos, sometidos a la obligación política de obedecer las normas de la colectividad, deben ser ciudadanos activos, titulares del derecho-poder de participar, en primer lugar mediante el voto electoral, en el proceso de formación de las decisiones colectivas *sin discriminaciones*. La segunda regla impone una condición de *igualdad como equivalencia*: los votos de todos los ciudadanos deben tener el *mismo peso*, ninguno debe contar ni más ni menos que el de cualquier otro. La tercera regla impone una condición de *libertad subjetiva*: la opinión política de cada uno debe poderse formar libremente, sin distorsiones condicionantes, lo que exige que al menos sea garantizado el *pluralismo de los (y en los) medios de información y persuasión*. La cuarta regla impone una condición de *libertad objetiva*: los ciudadanos deben poder elegir entre propuestas y programas electorales efectivamente diferentes entre sí, dentro de una gama de alternativas lo suficientemente amplia como para permitir a cada uno reconocerse en una orientación precisa, lo que exige al menos que esté permitido y protegido el *pluralismo de partidos*, asociaciones y movimientos políticos. La quinta regla impone una condición de *eficiencia* de todo el proceso de decisión colectiva, desde el momento electoral hasta las deliberaciones de los órganos representativos: las decisiones deben ser tomadas en función del principio de mayoría que es (para BOBBIO, simplemente) una regla técnica, idónea para superar la heterogeneidad, contraste o conflicto de las opiniones particulares[8]. Pero es también, como sabemos, una regla que tiene límites a su aplicación[9]. Por esta razón, la sexta y última regla de la lista que estamos examinando establece que «ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones»[10].

Esta regla conclusiva —una verdadera y propia regla de clausura— no se parece a las otras: no es una regla de procedimiento, no se refiere a la forma sino al contenido de las decisiones. Pero BOBBIO, el «procedimentalista» BOBBIO, es perfectamente consciente de ello. Es suficiente leer el comentario que sigue a la lista de las reglas incluida en la voz «Democracia» del *Diccionario de política*[11]: «todas estas reglas establecen *cómo* se debe llegar a la decisión política y no *qué* se debe decidir. Desde el punto de vista del

---

[8] Como se sabe, BOBBIO toma distancias de la tesis de KELSEN que justifica la regla de la mayoría mediante el argumento axiológico según el cual aquélla consentiría la mejor aproximación posible a un régimen de perfecta autonomía, en el cual las decisiones colectivas deberían resultar concordantes con la voluntad de todos los individuos consociados. Para BOBBIO, la regla de la mayoría debe considerarse un puro instrumento técnico, mejor que (es decir, preferible a) la regla de unanimidad, simplemente por ser más útil para detereminar cuál es la voluntad colectiva. O al menos, para justificar la regla de la mayoría, los argumentos técnicos para BOBBIO «prueban más» que los axiológicos. *Cfr. TGP*, p. 391 (trad. cast. cit. p. 470).

[9] A estos BOBBIO dedica el § 7 del escrito «La regola di maggioranza: limiti e aporie», ahora en *TGP*; además, en el mismo ensayo el § 6 es dedicado a los «Limiti di validità» y el § 8 a los «Limiti di efficacia».

[10] *TGP*, p. 381 (trad. cast. cit., p. 460).

[11] Recuerdo que tal lista coincide en dos tercios con la que se encuentra en *TGP*, *cfr. supra* n.º 5.

*qué*, el conjunto de reglas de juego democrático no establece nada, *salvo la exclusión de las decisiones que de alguna manera contribuirían a dejar sin efecto [convertir en vanas] una o más reglas del juego*»[12]. Así pues podemos considerar la última regla de la lista de BOBBIO como una *condición de salvaguardia o de supervivencia* de la democracia: el respeto de esta regla es indispensable para que se pueda seguir jugando al mismo juego. Pero he señalado ya en otras ocasiones que su formulación explícita parece reductiva respecto al significado y al alcance que el propio BOBBIO atribuye a tal regla en el citado comentario. Por tanto, sugiero una interpretación extensiva, proponiendo considerar implícito en el respeto de los «derechos de la minoría», impuesto por la sexta regla a todas las decisiones de la mayoría, el respeto del resto de las reglas y la prohibición de todas las decisiones que contribuyan a dejarlas sin efecto, a vaciarlas, «convertirlas en vanas», es decir, a alterar su función como condiciones de la democracia. Reinterpretada de este modo, la sexta regla impone para la democracia una condición no simple de salvaguardia sino articulada en cinco puntos, que se corresponden con aquéllas que propongo reconocer como las «cinco regiones del coto vedado». Naturalmente, soy consciente de no poder atribuir a BOBBIO mi interpretación de lo que significa «dejar sin efecto», o «convertir en vanas», las reglas del juego. Por tanto, asumo la responsabilidad de este fragmento «no puramente procedimental» de la teoría de la democracia (creo que esta fórmula le puede gustar a L. FERRAJOLI), del mismo modo que de la reformulación de tal teoría en términos de condiciones y precondiciones de la democracia[13].

**4.** A continuación delineo un perfil esquemático de las «cinco regiones»:

*a*) La sexta regla del juego prohíbe en primer lugar cualquier decisión que pueda alterar las *otras cinco reglas* del juego. Éstas son indisponibles para el poder de mayoría. Pero no sólo para aquél de las mayorías políticas contingentes; si se quiere *continuar* con el juego democrático, las reglas que establecen las *condiciones* de la democracia —es decir, las reglas *constitutivas* del juego, que son tales en cuanto se refieren a la formación democrática de la voluntad política— deben considerarse sustraídas incluso a las eventuales modificaciones realizadas mediante una decisión por unanimidad (que se configuraría como una suerte de suicidio en masa de la democracia[14]) y, por tanto, *a fortiori* indisponibles para el poder de las diversas mayorías cualificadas exigidas en los diferentes ordenamientos para la revisión de las normas constitucionales.

*b*) No es suficiente. La sexta regla prohíbe (implícitamente) cualquier decisión que contribuya a «dejar sin efecto», a «convertir en vanas», una o más reglas del juego. Y ello extiende el ámbito del «terreno prohibido» para el poder de cualquier mayoría —o la amplitud del coto vedado, o de la «esfera de lo indecidible»— a aquellos derechos fundamentales que constituyen las *precondiciones* de la democracia. Todos los de-

---

[12] En la edición más reciente (N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, 2004: *Il dizionario di politica*, Torino: Utet Libreria) la lista y el comentario se encuentran en la p. 241 (trad. cast. cit., p. 450); la última cursiva ha sido añadida por mi.

*N. del T.:* Entre corchetes se añade la traducción ofrecida por P. SALAZAR en el *Prefacio* de M. BOVERO al texto de SALAZAR, 2006: *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México: FCE-UNAM, p. 37.

[13] Estos dos términos, «condiciones» y «precondiciones», se encuentran raramente y de manera completamente ocasional en los trabajos de BOBBIO dedicados a la democracia. *Cfr.*, por ejemplo, *Il futuro della democrazia,* cit., pp. 6 e 63 (trad. cast. cit., pp. 26 y 82).

[14] E. GARZÓN VALDÉS advierte que «librada a sí misma, la democracia tiene una tendencia suicida» («Para ir terminando», cit., p. 45). *Cfr.* también ID., 2000: *Instituciones suicidas*, México D.F.: Paidós.

rechos establecidos en constituciones rígidas están por definición sustraídos al poder de disposición de las mayorías políticas contingentes; pero desde el *específico* punto de vista de la *salvaguardia* de la democracia deben considerarse absolutamente indisponibles, y no sólo para las mayorías políticas sino también para el poder de revisión consitucional, los *cuatro grandes derechos de libertad* de los modernos[15]. A saber: la libertad personal, la libertad de opinión y manifestación del pensamiento, la libertad de reunión y la libertad de asociación. «Estos derechos —dice BOBBIO— son el *presupuesto necesario* para el correcto funcionamiento de los mismos mecanismos fundamentalmente procedimentales que caracterizan un régimen democrático. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas *preliminares* que permiten el desarrollo del juego»[16]. En este sentido, es posible afirmar que si bien las reglas del juego representan las *condiciones* de la democracia, los derechos de libertad son sus *precondiciones indispensables*, en cuanto tales inviolables e inalterables incluso para el poder de revisión constitucional si se quiere evitar que mediante el ejercicio de tal poder sean introducidas las premisas para instaurar un régimen ya no (reconocible como) democrático, o una forma de gobierno que de la democracia únicamente conserve la apariencia externa. Repito, *en cuanto tales*, es decir, en cuanto precondiciones de la democracia; esto es, *no ya porque* los derechos de libertad sean fines en sí mismos, o principios absolutos, o valores morales como quizás diría E. GARZÓN VALDÉS; o bien «razones sociales» de la (de una) sociedad política estipuladas en su constitución, como diría L. FERRAJOLI. *Independientemente del hecho de que* se los quiera calificar de uno o varios de estos modos, los derechos de libertad deben considerarse inviolables e inalterables por parte de cualquier órgano decisional de un ordenamiento democrático, porque cualquier violación de éstos haría vana la democracia, la volvería vacía, aparente: sin la garantía de la inmunidad personal de electores y candidatos, sin la garantía de las libertades de opinión, reunión y asociación, una competición electoral mediante sufragio universal no es sino una engañosa puesta en escena, y «la propia regla de la mayoría se convierte en un expediente hipócrita»[17].

*c*) Pero entre las precondiciones de la democracia se deben incluir también *algunos determinados derechos sociales*: en primer lugar, el derecho a la instrucción, entendido como derecho a la educación del ciudadano, sin cuya garantía parece «vano», inútil y carente de sentido asegurar a los individuos las condiciones objetivas de una elección política libre; en segundo lugar, el derecho a la subsistencia, sin cuya garantía se corre el riesgo, ya mencionado por ROUSSEAU, de que alguien sienta la tentación de vender el propio voto, y sabemos que siempre encontrará a alguien dispuesto a comprarlo. Estos derechos representan, a mi juicio, las indispensables precondiciones *sociales* de las precondiciones *liberales* de la democracia. Así como los derechos políticos de participación democrática carecerían de sentido en ausencia de las garantías de los derechos a la inmunidad personal, libre manifestación del pensamiento, libre reunión y asociación, del mismo modo las grandes libertades de los modernos serían virtuales y carentes de significado *político*, es decir, privadas de su función *democrática*, si faltan las garantías para el derecho a la instrucción, además del derecho a la información li-

[15] Así los llama BOBBIO, *cfr.*, por ejemplo, *TGP*, p. 304 (trad. cast. cit., p. 381).

[16] *Il futuro della democrazia,* cit., p. 6, cursiva mía (trad. cast. cit., p. 26).

[17] Así afirma BOBBIO en el trabajo «La regola della maggioranza e i suoi limiti», incluido en el volumen colectivo *Soggetti e potere*, Napoli: Bibliopolis, 1981, p. 18.

bre y plural y a un mínimo de recursos asegurados para la existencia. Por tanto, un ordenamiento democrático que quiera *ser y continuar siendo* tal debe: 1) contar con normas de rango constitucional que atribuyan estos derechos (no sólo liberales, sino también) sociales; 2) sustraer tales derechos al poder de revisión constitucional; 3) introducir normas legislativas que los garanticen.

Desde el punto de vista de la salvaguardia o supervivencia de la democracia, estos específicos derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, junto con los derechos políticos de participación en la formación de las decisiones colectivas, deberían ser considerados «superconstitucionales», como sugería P. CALAMANDREI ya en 1946[18]. Es decir, precisamente derechos sustraídos al poder de revisión constitucional, no ya porque sean reconocidos como (presuntos) «derechos naturales»[19], sino porque funcionan en su conjunto como *precondiciones* (derechos liberales y sociales) y *condiciones* (derechos políticos) *necesarias* de la democracia.

*d*) Pero para que quede satisfecha la condición de supervivencia de la democracia, enunciada sintéticamente (y reductivamente) en la sexta regla de la tabla de BOBBIO, tampoco es suficiente incluir este núcleo de derechos fundamentales, tanto liberales como sociales, además de los derechos políticos, en el «terreno prohibido» frente al cual se debe detener la decisión de cualquier mayoría. Debe incluirse en el *coto vedado* también el otro pilar esencial del constitucionalismo, indicado en las cláusulas generalísimas fijadas por el art. 16 de la Declaración francesa de 1789. Por tanto no sólo aquellos derechos cuya garantía es indispensable al juego democrático por ser sus precondiciones y condiciones, sino también algún tipo de *división y equilibro de poderes*, o sea un complejo de técnicas idóneas para prevenir el despotismo, incluso aquél de la mayoría. Desde este punto de vista, la salvaguardia de la democracia depende fundamentalmente de la separación de los poderes —es decir, entre los órganos y entre las funciones— del Estado[20]. Mejor dicho, depende de la solidez de arquitecturas constitucionales capaces de asegurar: 1) el principio de legalidad, es decir, la distinción y subordinación de las funciones ejecutiva y judicial respecto a la función legislativa; 2) el principio de imparcialidad, es decir, la separación e independencia del órgano jurisdiccional respecto del ejecutivo y del legislativo.

*e*) Pero todavía no es suficiente. Para que la democracia pueda nacer, continuar existiendo y no degenerar en alguna forma de autocracia disfrazada, es también necesario salvaguardar aquélla que, siguiendo a BOBBIO, considero la estructura más profunda, diría incluso la *constitución material del constitucionalismo*, es decir, la separación entre aquéllos que BOBBIO llama los tres «poderes sociales»: el poder *político*, basado en el control de los medios de coacción; el poder *económico*, basado en el control de los bienes y de los recursos materiales; y el poder *ideológico*, basado en el con-

---

[18] P. CALAMANDREI, «L'avvenire dei diritti di libertà», introducción a la 2.ª edición de F. RUFFINI, 1946: *Diritti di libertà*, Firenze: La Nuova Italia Editrice, p. LIV.

[19] De este modo, por el contrario, los calificaba el mismo CALAMANDREI (*ibídem*).

[20] Para el problema de la articulación de los poderes del estado, hago referencia a la sistematización conceptual de R. GUASTINI, 1998: «Separazione dei poteri o divisione del potere?», en *Teoria politica*, XIV, n.º 3, pp. 25-42 (trad. cast., «¿Separación de los poderes o división del poder?», en *Estudios de teoría constitucional*, México: Fontamara, 2001, pp. 59-83). Pero ahora la totalidad de la materia ha sido sometida a un tratamiento teórico novedoso por L. FERRAJOLI en *Principia iuris* cit., §§ 12.5-7, que necesitará una reflexión más meditada y atenta en otra ocasión.

trol de las ideas y del conocimiento, esto es, los medios de información y persuasión[21]. La precondición de todas las precondiciones de la democracia, la cláusula preliminar de un pacto de convivencia democrática, consiste en la *prohibición de concentración* de estos tres poderes.

**5.** Concluyo sintética y esquemáticamente con dos puntos, dejando espacio a futuros desarrollos argumentativos.

*a)* El concepto ferrajoliano de «esfera de lo indecidible» constituye un avance, tanto respecto al de «coto vedado» de GARZÓN VALDÉS, como al de «territorio inviolable» de BOBBIO, principalmente porque está explícitamente articulado en dos partes o, continuando con la metáfora, en dos hemisferios: 1) «lo indecidible *que*», y 2) «lo indecidible *que no*»[22]. El primero coincide con la prohibición de limitar o suprimir los derechos de libertad, pero no veo razón alguna para no agregar a éstos, en el mismo hemisferio, los derechos políticos[23]. El segundo consiste en la obligación de los poderes públicos, y por tanto del poder político de la mayoría, de introducir las específicas e idóneas garantías legislativas para (todos los derechos fundamentales, pero específicamente para) los derechos sociales. En resumen, en la perspectiva de FERRAJOLI se hace claro y explícito que el *coto vedado* no es sólo *vedado*, el territorio inviolable no es sólo inviolable; no sólo contiene prohibiciones, es decir, la indicación normativa de aquello que no se puede decidir, sino también obligaciones positivas, esto es, indicaciones normativas sobre lo que no se puede no decidir.

Bien entendido, también para GARZÓN VALDÉS el *coto vedado* presenta dos aspectos: «la prohibición de politizar lo no negociable y la exigencia de asegurar políticamente la realización efectiva de los derechos que intenta proteger»[24]. No obstante, en el mismo texto del que cito, GARZÓN VALDÉS precisa que el *coto vedado*: «garantiza el ejercicio de la autonomía personal, sin intervención del Estado […] protege el ámbito de la "privacidad"»[25]. En resumen, la idea parece quedar vinculada al ideal del constitucionalismo liberal. Es verdad que poco después el autor considera la «posibilidad de expansión» del *coto vedado* hacia los derechos de segunda o tercera generación, pero afirma que la vía a seguir consiste en «derivar nuevas conclusiones que están lógicamente implicadas en los principios y valores» ya contenidos en el *coto vedado*[26]. Por lo que respecta a BOBBIO, sus argumentos a favor de los derechos sociales son bien conocidos[27]. Pero, en cualquier caso, cuando afronta el específico problema de los vínculos de la decisión democrática —que funcionan al mismo tiempo como límites y pre-condiciones de la misma— la referencia explícita de BOBBIO es a los derechos de libertad. Es quizás esta suerte de (mayor, si no unilateral) acento sobre tales derechos lo que lleva tanto a BOBBIO como a GARZÓN VALDÉS a privilegiar la dimensión negativa de los víncu-

---

[21] *Cfr. TGP*, pp. 104-5, 167-72 (trad. cast. cit., pp. 178-179, 243-248).

[22] Para los pasajes de la obra de FERRAJOLI en los que aparece la noción y su articulación en dos hemisferios, véase más arriba la nota 4.

[23] En el texto de *Principia iuris* noto alguna incertidumbre en este punto: no siempre la inclusión de los derechos políticos en el hemisferio de lo «indecidibile *que*», junto a los derechos de libertad, es mencionada explícitamente.

[24] E. GARZÓN VALDÉS, «Para ir terminando», cit., p. 48.

[25] *Ibídem*.

[26] *Ibídem*, p. 49.

[27] Véase, por ejemplo, *TGP*, pp. 458-466 (trad. cast. cit., pp. 538-546).

los constitucionales al poder democrático, en resumen, el lado de la prohibición, el espacio de lo inviolable. En FERRAJOLI, la articulación de la noción de «esfera de lo no decidible» —que corresponde a las de *coto vedado* y «territorio inviolable»— en dos hemisferios (por decirlo de alguna manera) equilibrados, permite justamente advertir la especificidad del problema de los derechos sociales al tiempo que afirmar la misma función de vínculo al poder político de esta clase de derechos.

*b)* La concepción de GARZÓN VALDÉS asigna al *coto vedado* un valor moral: el autor lo define como el «ámbito constitucionalmente especificado que incluye principios y valores vinculados con bienes espirituales y materiales primarios»[28]. La determinación de su contenido y de su fuerza vinculante es confiada a la «moral crítica». Señalo en seguida que comparto las convicciones morales de GARZÓN VALDÉS. No aquéllas metaéticas. Como impenitente no-cognitivista, por un lado, no creo que existan «valores objetivos», ni que la moral crítica (o mejor dicho, el razonamiento moral) pueda conducir a una sola «respuesta justa» para cada cuestión; por otro, no creo que el Derecho deba proponerse la tarea de expresar y «dar fuerza» a una moral, y menos todavía a *la* moral (a un determinado código moral).

La concepción de FERRAJOLI atribuye a la esfera de lo indecidible un significado y un valor vinculante, eminente y genuinamente jurídicos. Pero ello comporta que la determinación de su contenido quede confiada a las vicisitudes de las batallas políticas y a los procesos de positivización de las pretensiones ideales (o de los intereses materiales) que en aquellas batallas prevalecen históricamente en cada ocasión. Sin embargo, las cinco regiones de lo indecidible —en el doble sentido ferrajoliano, negativo y positivo— que he tratado de delinear en función de una interpretación extensiva de la sexta regla de BOBBIO pueden contar, me parece, *también* con un fundamento *racional*: son determinables de manera fundada mediante inferencia o presuposición a partir de un concepto formal de democracia.

En esta perspectiva teórica, la asunción de un *concepto formal* de democracia como aquél de BOBBIO —es decir, la elección inicial de definir la democracia como «*forma* de gobierno» identificada mediante un conjunto de reglas de competencia y procedimiento, relativas al *quién* y al *cómo* (esto es, a la forma) y no al *qué* (al contenido) de la decisión colectiva— es el necesario punto de partida de un razonamiento que conduce, si se desarrolla correctamente, a una *concepción* de la democracia no puramente formal, sino también (en un determinado sentido, no aquél más frecuente en los usos históricos de esta fórmula) *sustancial*, en cuanto individualiza los vínculos (constitucionales) de contenido que deben ser respetados por las decisiones democráticas con el fin de preservar la propia democracia. Dicho con otras palabras: por esta vía, desde un concepto *formal* se llega a una concepción *constitucional* de la democracia. En plena sintonía final, me parece, con la visión de L. FERRAJOLI.

*(Traducción de Álvaro Núñez Vaquero)*

---

[28] E. GARZÓN VALDÉS, «Para ir terminando», cit., p. 43.

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAGUNAS Y ANTINOMIAS EN *PRINCIPIA IURIS**

Eugenio Bulygin

*Universidad de Buenos Aires*

**RESUMEN.** El autor reflexiona en torno al tratamiento que L. FERRAJOLI da a las antinomias y lagunas en *Principia juris*. Colateralmente aborda a su vez críticamente los comentarios que respecto del mismo aspecto de la obra ferrajoliana han sido formulados por J. J. MORESO. Respecto de ésta, BULYGIN cuestiona, principalmente, i) la distinción entre sistemas de un solo nivel normativo o sistemas nomoestáticos (que dan lugar a lo que llama el *Estado legislativo de Derecho*) y sistemas nomodinámicos, o de varios niveles normativos (*Estado constitucional*); ii) la idea de que las lagunas y antinomias sólo aparecen en los sistemas de más de un nivel normativo, no así en los de un solo nivel; iii) el postulado por el cual de aquello que no está permitida la comisión, está permitida la omisión, y iv) el postulado de que todo comportamiento supone una modalidad que lo califica deónticamente.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, antinomias, lagunas, *Principia iuris*.

**ABSTRACT.** The author reflects on the subject of L. FERRAJOLI's treatment of antinomies and gaps in *Principia juris*. At the same time, he critically approaches the comments formulated by J. J. MORESO on the same aspect of FERRAJOLI's work. With respect to FERRAJOLI's work, BULYGIN mainly questions, i) the distinction between systems with a single normative level, or nomostatic systems (which give rise to what he calls *Legislative State of law*) and systems with various normative levels or nomodynamic systems (*Constitutional State*); ii) the idea that gaps and antinomies only appear in systems of more than one normative level, and not in those of a single level; iii) the postulate which permits the ommission of actions whose commission is forbidden; and iv) the postulate by which all behaviour presupposes a modality which qualifies it deontically.

**Keywords:** FERRAJOLI, antinomies, loopholes, *Principia iuris*.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

Las líneas que siguen se refieren a un aspecto menor de la monumental obra de L. FERRAJOLI, que acaba de aparecer: *Principia iuris* (tres volúmenes, 2.735 pp., Roma-Bari: Editori Laterza, 2007). Muy poco tiempo después de su publicación, T. MAZZARESE organizó en Brescia un simposio sobre esta obra, del que no pude participar. Sin embargo, Tecla insistió que escribiera un ensayo para los actas del simposio y dada mi antigua amistad, tanto con la organizadora como con el autor, no pude negarme. Naturalmente, elegí el tema de lagunas y antinomias (sobre el cual algo he escrito) y comencé a escribir mis comentarios, cuando mi amigo J. J. MORESO me mandó su ensayo con la idea de estimularme, pero que tuvo un efecto contrario: me paralizó totalmente, pues trataba el mismo tema en que había pensado yo. Así lo comuniqué a Tecla, pero ella, lejos de abandonar su insistencia, la redobló con amenazas de horribles represalias, cosa que me obligó a reanudar mi trabajo. Una lectura más atenta me convenció de que no estaba totalmente de acuerdo ni con FERRAJOLI, ni con MORESO. En lo que sigue, trato de articular mis dudas con la intención de entender mejor las ideas expuestas en el libro. Demás está decir que las eventuales críticas no implican en modo alguno una mella en mi enorme simpatía y admiración tanto por la persona de mi amigo Luigi como por su magnífica obra.

**1.** FERRAJOLI sostiene varias tesis que, me parece, requieren alguna aclaración y/o fundamentación mayor.

En primer lugar, distingue entre sistemas de un solo nivel normativo o sistemas nomoestáticos (que dan lugar a lo que llama el *Estado legislativo de Derecho*) y sistemas nomodinámicos o de varios niveles normativos (*Estado constitucional).* Esta distinción desempeña un papel muy importante en la obra de FERRAJOLI.

En segundo lugar, sostiene que las lagunas y las antinomias o contradicciones normativas sólo aparecen en los sistemas de más de un nivel normativo; no así en los en los sistemas de un solo nivel.

Tengo algunos reparos respecto de ambos puntos. Comparto la observación de MORESO quien pone en duda de que el Estado legislativo de Derecho tenga un solo nivel normativo. Las leyes, los decretos reglamentarios, las resoluciones ministeriales o del Banco Central no parecen estar en el mismo nivel. Los problemas de adecuación que se plantean entre los decretos reglamentarios y las leyes no son esencialmente diferentes de los que se dan entre las leyes y las normas constitucionales.

Tampoco entiendo porqué FERRAJOLI llama nomoestáticos a los sistemas de un solo nivel normativo y reserva el nombre de nomodinámicos para los sistemas de varios niveles como el Estado constitucional. Por un sistema nomodinámico se entiende generalmente (siguiendo una idea de KELSEN) un sistema sujeto a cambios en el tiempo; en el sentido de que las normas que lo integran pueden ser cambiadas, a saber, nuevas normas pueden introducirse mediante actos de creación normativa, normas existentes pueden ser eliminadas mediante derogación o desuetudo y toda norma puede y suele ser tarde o temprano reformada, es decir, derogada parcialmente y completada con nuevas disposiciones. Esta última operación es una combinación de derogación y creación. En este sentido todo sistema jurídico es un sistema dinámico, pues para ser tal basta que haya autoridades creadoras y derogadoras de normas y esta condición es satisfecha por todos los sistemas jurídicos conocidos. Un sistema estático, en cambio, sería aquel que

no está sujeto a cambios en el tiempo, como sucede, por ejemplo, con un sistema geométrico: una vez fijados sus axiomas o principios y las reglas de inferencia, el sistema no cambia, pues queda fijado para siempre. Parece evidente que FERRAJOLI usa los términos «nomoestático» y «nomodinamico» en un sentido especial, pero no se advierte la razón de este cambio.

**2.** La distinción tajante entre Estado legislativo y Estado constitucional lleva a FERRAJOLI a la tesis de que en los sistemas de un solo nivel normativo y, en particular, en el Estado legislativo no habría ni lagunas ni antinomias, lo cual parece implicar que tales sistemas son siempre completos y consistentes. Esto dio lugar a una severa crítica por parte de MORESO[1]. Creo, sin embargo, que corresponde hacer algunas observaciones aclaratorias.

En primer lugar, FERRAJOLI no niega que pueda haber lagunas y antinomias en un sistema de un solo nivel; lo que sucede es que él usa las nociones de laguna y antinomia en un sentido especial y es en este sentido en que sólo habría lagunas y antinomias en los sistemas de varios niveles. En efecto, FERRAJOLI define «antinomia» como *«il vizio sostanziale dall'indebita decisione di una norma in contrasto con una norma sostanziale sulla produzione, la cui applicazione suppone l'anullamento della norma in contrasto»* (D10.43, vol. I, p. 685), y «laguna» como *«il vizio prodotto dall'indebita omissione della decisione di una norma richiesta da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l'introduzione della norma mancante»* (D10.44, vol. I, p. 686).

En este sentido no basta una mera contradicción entre dos normas para constituir una antinomia, ni una mera ausencia de una solución para un caso para dar lugar a una laguna. Son nociones mucho más restringidas, como el mismo FERRAJOLI aclara: *«Le ridefinizioni che propongo sono detatte da una specifica finalitá esplicativa: la necesitá di identificare e di isolare quelle antinomie e quelle lacune che generano non qualunque problema di applicazione, ma solo problemi non solubili senza una modifica dell'ordinamento. Esse resringono perció il campo di denotazione dei due termini...»* (vol. I, p. 685).

En consecuencia, FERRAJOLI distingue entre dos sentidos en que se puede hablar de lagunas y antinomias en el Derecho: el sentido fuerte (estricto o estructural, definido más arriba) y el sentido débil que corresponde a lo que comúnmente se entiende por «laguna» y «antinomia» (vol. I, p. 688), conceptos que han sido analizados, entre otros, en *Normative Systems*[2]. El problema de algunas y antinomias en sentido fuerte es el que examina KELSEN bajo el rótulo de «Conflictos entre normas de diferente grado»[3]. La solución de KELSEN para este problema es su famosa *cláusula alternativa tácita*, que difícilmente puede considerarse satisfactoria[4].

Las características distintivas del sentido fuerte de esos defectos, son dos: primero, suponen la existencia de varios niveles normativos y segundo, no pueden ser elimina-

---

[1] J. J. MORESO, «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista» en este volumen.

[2] C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, 1971: *Normative Systems,* Wien-New York: Springer Verlag, trad. Italiana de P. CHIASSONI y G. B. RATTI, 2005: *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica,* Torino: G. Giapichelli Editore.

[3] H. KELSEN, 1960: *Reine Rechtslehre,* 2.ª ed., Wien: Franz Deuticke, pp.271-282.

[4] Para la crítica de esa idea de KELSEN, *cfr.* E. BULYGIN, 1995: «Cognition and Interpretation of Law», en L. GIANFORMAGGIO y S. PAULSON (eds.), *Cognition and Interpretation of Law,* Torino: G. Giapichelli Editore, pp. 11-35, y la discusión pp. 219-273 y 309-313

dos o solucionados sin intervención de una autoridad jurídica porque requieren una modificación del orden jurídico, mientras que las lagunas y antinomias en sentido débil pueden ser eliminadas por el intérprete sin necesidad de la intervención de una autoridad.

El argumento que da FERRAJOLI para sostener esto último fue criticado por MORESO. Sucede que FERRAJOLI parece creer que los conocidos principios *lex posterior* y *lex specialis* son suficientes para eliminar las antinomias en un sistema de un solo nivel y que las lagunas en tales sistemas pueden ser colmadas mediante la aplicación analógica de las normas. A esto replica MORESO que los mencionados principios no siempre alcanzan para solucionar un caso de antinomia y que el argumento de la aplicación analógica para sostener la inexistencia de lagunas se parece al conocido argumento de CARRIÓ[5], quien compara esta tesis con la afirmación de que un traje no tiene agujeros, porque un sastre puede remendarlos. Me parece, sin embargo, que el argumento central de FERRAJOLI no se apoya en la mera posibilidad de eliminar las antinomias y las lagunas mediante los principios *lex posterior* y *lex specialis* y la aplicación analógica de otras normas, sino en *que esta eliminación puede ser practicada por el intérprete y no requiere la intervención de una autoridad normativa*. Ésta es justamente una de las características distintivas de las antinomias y lagunas en el sentido fuerte o estructural. MORESO parece haber pasado por alto que FERRAJOLI, cuando habla de la eliminación de antinomias y lagunas en un sistema, se refiere al sentido débil en que cabe hablar de estos defectos y no al sentido fuerte, definido por él en las pp. 685-686 del vol. I.

Quedan, sin embargo, abiertas dos cuestiones: la primera consiste en saber si las antinomias y las lagunas en el sentido fuerte no pueden aparecer en un Estado legislativo de Derecho. Un posible ejemplo de laguna en sentido fuerte sería la falta de la reglamentación de una ley que expresamente exige que el poder ejecutivo la reglamente. Esto sería el caso de una laguna que sólo puede ser eliminada mediante un acto jurídico creador del Derecho y, por consiguiente, sería una laguna en el sentido fuerte o estructural. Pero aceptar esto implicaría rechazar la tesis de que tal sistema tiene un solo nivel normativo.

La segunda cuestión problemática es si la eliminación de normas en el caso de antinomias y la introducción de nuevas normas mediante razonamiento analógico no implica una modificación del orden jurídico. ALCHOURRÓN y MAKINSON[6] han argumentado en forma convincente que en los casos en que las conocidas reglas *lex superior, lex posterior* y *lex specialis* no resuelven el problema de la antinomia, los jueces suelen imprimir un nuevo orden jerárquico al conjunto de normas en cuestión y luego aplican la norma que resulte superior a las demás. Este procedimiento equivale a la derogación de las normas descartadas por resultar jerárquicamente inferiores, lo que implica un cambio en el sistema jurídico, que no es un mero conjunto de normas, sino un conjunto jerárquicamente ordenado. Por consiguiente, el procedimiento de imprimir un nuevo orden al conjunto de normas es una tarea que rebasa los límites clásicos de la actividad judicial e invade la esfera de la competencia legislativa. Y algo muy parecido sucede

[5] G. R. CARRIÓ, 1965: *Notas sobre derecho y lenguaje,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

[6] C. E. ALCHOURRÓN y D. MAKINSON, 1981: «Hierarchies of Regulations and Their Logic», en R. HILPINEN (ed.), *New Studies in Deontic Logic,* Dordrecht: Reidel, pp. 125-148.

cuando los jueces colman una laguna mediante la aplicación analógica; la norma aplicada es una nueva norma, aunque sea parecida a alguna norma existente, y esto también implica modificar el orden jurídico[7].

**3.** El punto más discutible en la teoría de FERRAJOLI y que también critica MORESO son sus postulados P1 y P2 (vol. III, p. 22) que rezan así:

P1. De aquello que no está permitida la comisión, está permitida la omisión.
P2. Todo comportamiento supone una modalidad que lo califica deónticamente.

MORESO señala con razón que —dadas las definiciones de FERRAJOLI de las modalidades deónticas (permitido, prohibido, obligatorio y facultativo)— P1 ya implica P2, con lo cual P2 no sería un postulado independiente. En efecto, P1 dice que para toda conducta vale que o bien está permitida ella o bien está permitida su omisión, lo cual quiere decir que toda posible conducta está siempre afectada por una modalidad deóntica que es exactamente lo que dice P2. Dice MORESO: «De este modo, P1 ya dice que todo comportamiento está regulado por alguna modalidad deóntica, está prohibido o permitido. De acuerdo con esta tesis el derecho es completo porque es una verdad lógica que todos los comportamientos que no están prohibidos están permitidos (es decir, que todo lo que no está prohibido está permitido). Esta tesis parece avalada por la interdefinibilidad entre "No-prohibido" y "Permitido"». MORESO analiza las dos versiones del principio de que todo lo que no está prohibido, está permitido; en su versión débil (donde «permitido» significa «no prohibido») el principio es analíticamente verdadero, pero es compatible con la presencia de lagunas y en la versión fuerte, si «permitido» significa que hay una norma que permite, no es necesario. Concluye MORESO que el principio de prohibición no es una justificación adecuada de P1 y que los dos postulados de FERRAJOLI (P1 y P2) no son verdades lógicas, sino formulaciones de ideales normativos.

Me parece que la crítica de MORESO en este punto es acertada. Indudablemente, si «permitido» quiere decir «no prohibido», el principio «lo que no está prohibido, está permitido» se reduce a una mera tautología: «lo que no está prohibido, no está prohibido». Cabe preguntarse, sin embargo, si el mero «no prohibido» es una modalidad deóntica. Si digo que todo lo que no es blanco es no-blanco, esto es verdad, pero ¿es «no-blanco» un color? Como ya observara ARISTÓTELES[8], «no ser blanco» no significa lo mismo que «ser no-blanco».

Otra posibilidad sería interpretar el principio P1 como un requisito que deben cumplir los sistemas normativos para ser consistentes, porque un sistema que prohíbe tanto la realización de una conducta, como su omisión sería inconsistente. Pero no es una verdad lógica, porque los sistemas normativos pueden ser inconsistentes: nada impide que un sistema contenga contradicciones normativas o antinomias no resueltas, no sólo en el sentido fuerte de FERRAJOLI, sino también en el sentido ordinario, es decir, débil.

Por otra parte, los principios P1 y P2 parecen implicar que los sistemas jurídicos son completos, es decir, carentes de lagunas en el sentido débil, porque no puede dar-

---

[7] *Cfr.* E. BULYGIN, 2005: «Creación y aplicación del derecho», en F. ATRIA *et al.*, *Lagunas en el derecho,* Madrid-Barcelona: Marcial Pons, pp. 29-44, especialmente 43-44.

[8] ARISTÓTELES, *Analytica Priora,* L. 1, 46, 51b, 36.

se el caso de una conducta no modalizada deónticamente. Pero las lagunas en sentido corriente son precisamente casos en los que una cierta conducta no está regulada por las normas, es decir, no está ni prohibida, ni permitida. Si esto es así, habría una contradicción: por un lado FERRAJOLI sostiene que las lagunas en sentido débil pueden ser colmadas por el intérprete mediante la aplicación analógica de otras normas. Pero el argumento de que el intérprete puede colmar las lagunas, lejos de probar su inexistencia, presupone que tales lagunas existen. Este argumento prueba que puede haber lagunas en sentido débil, pues si no las hubiera, no habría nada para colmar y no resultaría claro para qué sirve la aplicación analógica del derecho. Por otro lado, los principios P1 y P2 parecen precluir la posibilidad de tales lagunas, pues todo comportamiento está siempre modalizado deónticamente, como prohibido o como permitido. Coincido con MORESO en que estos dos principios no pueden ser considerados verdades lógicas y para ser tales deberían ser reformulados.

Como dije al comienzo, estas críticas son menores y no afectan la formidable construcción de *Principia Juris,* que es una de las obras más importantes que se han publicado en los últimos cincuenta años.

# *PRINCIPIA IURIS:* CARACTERIZACIÓN DE UNA TEORÍA JURÍDICA *

Marina Gascón Abellán

*Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM)*

**RESUMEN.** La teoría del Derecho que L. FERRAJOLI nos presenta en *Principia iuris* puede ser caracterizada por tres rasgos: por el *objeto* sobre el que versa (o sea, por su dimensión *semántica*); por su *finalidad u objetivo* (o sea, por su dimensión *pragmática*); y por el método que utiliza para su construcción (esto es, por su dimensión *sintáctica*). Atendiendo a su dimensión **semántica**, se trata de una teoría del Derecho *amplia y elástica* (porque permite reconstruir, a medida de las necesidades, casi cualquier sistema jurídico) y *normativista y realista* al mismo tiempo (porque abarca las dimensiones normativa y fáctica del fenómeno jurídico). Atendiendo a su dimensión **pragmática,** la *finalidad u objetivo* central de la teoría es redefinir el paradigma teórico y normativo del Estado constitucional de Derecho a fin de que resulten muy claros sus principios y bien visibles las divergencias entre las prácticas jurídicas y dichos principios. Pero la novedad principal de *Principia iuris* es la utilización del método axiomático en su reconstrucción, lo que permite una mayor transparencia y control lógico de las tesis que contiene.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, *Principia iuris*, teorías del Derecho normativistas y realistas, Estado constitucional de Derecho, método axiomático.

**ABSTRACT.** The *Principia Iuris* theory of law could be distinguished by the following characteristic features: by the *subject matter* it deals with (i. e. semantic aspect); by its *purpose* (i.e. pragmatic aspect); and by the *method* used to construct it (i. e. syntactic aspect). Regarding the semantic point of view it can be described as being both a *wide and elastic* theory of law (due to the fact that it can be used to reconstruct almost any legal system) as well as a *normativist and realist* one (given that it embraces the normative and the factual aspects of the legal phenomenon). In the pragmatic aspect, the main purpose of the theory is to redefine the theoretical and normative paradigm of the constitutional rule of law, in order to make both its principles and the divergences between the legal practices and these principles very clear. But the prime novelty of *Principia Iuris* is that it uses the axiomatic method in its reconstruction, thus allowing a clearer and more logical control of its theses.

**Keywords:** FERRAJOLI, *Principia Iuris,* normativist and realist theories of law, constitutional rule of law, axiomatic method.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

La teoría del Derecho que L. FERRAJOLI nos presenta en *Principia Iuris* puede ser caracterizada —como hace el autor en el Prefacio— por tres rasgos: por el *objeto* sobre el que versa (o sea, por su dimensión *semántica*); por su *finalidad u objetivo* (o sea, por su dimensión *pragmática*); y por el *método* que utiliza para su construcción (esto es, por su dimensión *sintáctica*). Muy resumidamente, puede caracterizarse por el modo en que responde a estas tres preguntas: ¿de qué habla la teoría?; ¿a qué fin sirve la teoría o cómo se justifica?; y ¿cómo se construye? Las respuestas a estas tres preguntas constituyen, pues, tres posiciones metateóricas sobre la semántica, la pragmática y la sintáctica de la teoría del derecho.

## 1. LA SEMÁNTICA DE LA TEORÍA

La metateoría semántica del Derecho de *Principia Iuris* (es decir, la que establece la semántica de la teoría: de qué habla la teoría o cuál es su objeto o campo de análisis) permite caracterizar a la teoría del Derecho como *amplia y elástica* —atendiendo a su extensión— y como *normativista y realista* al mismo tiempo —atendiendo a su intensión. En lo referente a su extensión ello es así porque, aunque el objeto preferente de la teoría es el derecho positivo moderno, puede decirse que la teoría habla casi de *cualquier sistema jurídico*, por simple o complejo que éste sea; y en lo referente a su intensión ello es así porque abarca las dos dimensiones del fenómeno jurídico, la normativa y la fáctica, las *normas y los hechos*.

### 1.1. La extensión de la teoría: su *elasticidad*

El anhelo de toda teoría jurídica mínimamente ambiciosa —y la de FERRAJOLI sin duda lo es— es poder dar cuenta no de uno sino de muchos (o de todos los) sistemas jurídicos, y ello, naturalmente, sin restarle capacidad explicativa de los fenómenos más característicos y complejos de los sistemas jurídicos más evolucionados. Es evidente, sin embargo, que la extensión de una teoría (es decir, su capacidad de aplicación a muchos objetos) varía inversamente a su intensión (es decir, a su capacidad de dar cuenta de los aspectos más complejos de los ordenamientos más evolucionados). Por eso la aspiración teórica a la máxima extensión plantea un problema: una teoría cuyos conceptos estén dotados de una gran extensión será aplicable a un mayor número de sistemas jurídicos pero su capacidad explicativa de los sistemas jurídicos más complejos será menor; y a la inversa, una teoría cuyos conceptos sean complejos y/o estén dotados de una gran intensión tendrá una gran capacidad explicativa de los sistemas jurídicos muy evolucionados, pero será aplicable a menos sistemas jurídicos. Para superar este escollo FERRAJOLI proporciona una solución talentosa: opta por una teoría que comienza introduciendo conceptos elementales, dotados de poca intensión (como permiso, obligación, prohibición, norma jurídica, etc.) y que permitirían reconstruir los sistemas jurídicos primitivos e incluso sistemas normativos no jurídicos; y continúa introduciendo conceptos complejos, dotados cada vez de mayor intensión (como derechos fundamentales, acto constituyente, constitución, separación de poderes, garantías, etc.), que permitirían reconstruir, sucesivamente, los sistemas jurídicos positivos y los sistemas jurídicos

del Estado legal de Derecho y del Estado constitucional de Derecho[1]. Por eso no tiene demasiado sentido hablar del alcance empírico *global* de esta teoría del Derecho, sino que habría que hablar más bien del alcance más o menos amplio de sus particulares conceptos, tesis y subteorías[2]. Y por eso la teoría del Derecho de *Principia Iuris* puede calificarse, a mi juicio, no sólo como amplia sino también y sobre todo como *elástica*, pues permite reconstruir e interpretar, a medida de las necesidades, sistemas jurídicos en distinto grado de evolución y complejidad.

### 1.2. La intensión de la teoría: *normativista y realista*

Desde el punto de vista de la intensión de la teoría se plantea la cuestión (metateórica) de si su objeto es la dimensión normativa del Derecho o su dimensión fáctica; y en particular —y conectado con lo anterior— se plantea el asunto de si la teoría del Derecho tiene o no una existencia autónoma frente a la dogmática jurídica y a la sociología del Derecho e incluso frente a la filosofía política o filosofía de la justicia. FERRAJOLI resuelve esta cuestión mediante una posición metateórica que impone a la teoría la «integración» de las dos dimensiones del Derecho mencionadas y que, derivadamente, marca su distinción frente a los discursos de la dogmática y la sociología jurídica: es necesario que la teoría, en la medida en que ha de ser apta para reconstruir también (y sobre todo) el Derecho del Estado constitucional, dé cuenta de la eventual e inevitable divergencia entre el ser y el deber ser *en el* Derecho que constituye la columna de ese paradigma, y por consiguiente es necesario que dé cuenta tanto de la dimensión normativa del Derecho como de su dimensión fáctica. Si puede decirse así, la divergencia entre el «ser» y el «deber ser», que la teoría del garantismo (o del estado constitucional) había llevado hasta la esfera misma del Derecho[3], es llevada ahora también a la teoría del derecho, superándose de este modo la aproximación al Derecho puramente normativista y la puramente realista.

En efecto, en los sistemas complejos que la teoría debe poder explicar, como son los Estados constitucionales de Derecho, no basta con una aproximación al Derecho puramente normativista o puramente realista, porque ambas aproximaciones ofrecen una representación del Derecho que resulta parcial y por tanto falaz. La aproximación normativista es parcial o incompleta porque da cuenta del Derecho que (normativamente) «debe ser» pero ignora el Derecho que es; o sea, su práctica efectiva. Ignora por

---

[1] 2007: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democracia*, Roma-Bari: Laterza, vol. I, *Teoria del diritto,* esp. pp. 6 y 20. La teoría del Derecho elaborada aquí —precisa FERRAJOLI— «quiere ser una teoría del Derecho positivo moderno y de las formas jurídicas de la democracia. Su parte tercera está dedicada al "Estado de Derecho" (…) Su parte cuarta se dirige a explicar las complejas formas y garantías de la "democracia constitucional" (…) La primera parte de la teoría, dedicada a la deóntica, y una parte de la segunda tienen sin embargo un alcance empírico bastante más amplio, pues pueden ser válidas también para sistemas jurídicos premodernos e incluso para sistemas normativos de carácter no jurídico» (p. 7).

[2] «Una teoría del permiso y de la obligación, por ejemplo, al poder valer para todos los ordenamientos jurídicos posibles, tiene un alcance empírico más amplio que una teoría de los derechos sujetivos, que histórica y espacialmente es bastante más restringida, y ésta a su vez tiene un alcance más amplio que una teoría de los derechos fundamentales o únicamente de los derechos sociales» (*Principa Iuris*, I, p. 6).

[3] Me refiero a la teoría del garantismo desarrollada por L. FERRAJOLI, 1995: *Derecho y Razón. Teoría del galantismo penal*, trad. cast. de P. ANDRÉS, J. C. BAYÓN, R. CANTARERO, A. RUIZ MIGUEL y J. TERRADILLOS, Madrid: Trotta.

tanto las posibles lagunas jurídicas que expresan los márgenes de inefectividad de las normas de nivel superior. La aproximación realista, por su parte, es también parcial o incompleta porque da cuenta del Derecho que (efectivamente) «es» pero ignora el derecho que debe ser. Ignora por tanto las posibles antinomias jurídicas que expresan los márgenes de ilegitimidad de las normas de nivel inferior. En otras palabras, en el Estado constitucional de Derecho siempre subsiste una virtual divergencia entre el «deber ser» constitucional del Derecho y su «ser» legislativo, y la teoría del Derecho debe estar en condiciones de dar cuenta de las antinomias y de las lagunas expresadas por esa virtual divergencia.

En el planteamiento de la metateoría semántica del Derecho de *Principia Iuris*, la divergencia entre el ser y el deber ser *en el* Derecho ha de ser, pues, explicitada y tematizada por la teoría del derecho. Es más, esta divergencia es el «objeto privilegiado de la teoría»[4]. Por eso la teoría del Derecho integra estas aproximaciones sólo parciales al Derecho (la normativista y la realista) y para ello introduce, junto a la distinción entre los conceptos de vigencia o existencia y efectividad, también la distinción entre los conceptos de vigencia y validez.

La distinción entre *vigencia* y *efectividad* es la que media entre Derecho y realidad, entre normas y hechos; entre deber ser jurídico (o *de* derecho) y el ser no jurídico o de hecho. Se manifiesta en la inefectividad del Derecho y traduce, por consiguiente, la diferencia entre la perspectiva normativista y la realista. Por su parte, la distinción entre *vigencia* y *validez* es la que media entre el «ser» y el «deber ser» de las normas *en el* Derecho, y se vincula al constitucionalismo por cuanto sistema que incluye límites y vínculos (formales y sustanciales) a la producción legislativa. Se manifiesta en la invalidez del Derecho, o sea en la inefectividad de las normas que imponen tales límites. Por eso la validez (o invalidez) de las normas de nivel inferior equivale a la efectividad (o inefectividad) de las normas de nivel superior, y por tanto a la conformidad (o disconformidad) —en cuanto a la forma— o a la coherencia (o incoherencia) —en cuanto al significado— de las primeras respecto a las segundas.

Resulta claro, pues, que una teoría del Derecho construida conforme a estas categorías (vigencia o existencia, validez y efectividad) es al mismo tiempo normativista y realista, pues está en condiciones de explicar la doble naturaleza, normativa y fáctica, de los fenómenos jurídicos. Se supera así la tradicional identificación kelseniana y hartiana entre validez y existencia jurídica de las normas, que se muestra incapaz de dar cuenta del fenómeno de la *existencia* de normas *inválidas*. En el caso de KELSEN porque las normas se asumen como válidas (mientras no sean declaradas inválidas por un procedimiento de anulación) sólo porque son existentes. En el caso de HART porque, al identificar igualmente la validez de las normas con su existencia y hacerla depender del respeto por los límites a la competencia normativa, las normas se asumen como inexistentes sólo porque son inválidas. En ambos casos se descuida la doble vinculación, formal pero también sustancial, de los poderes normativos en el Estado constitucional de Derecho, y en consecuencia se impiden la comprensión y la crítica de ese fenómeno central en este modelo de Estado que es el Derecho inválido o ilegítimo[5]. La distinción

[4] *Principa Iuris*, I, p. 14.
[5] *Principia Iuris*, I, pp. 499-500.

entre existencia o vigencia y validez permite tal comprensión y tal crítica, y propone así una imagen más completa y compleja del fenómeno jurídico.

### 1.3. Distinción de la teoría frente a la dogmática, la sociología jurídica y la filosofía de la justicia: su carácter *formal.*

Esta duplicidad de puntos de vista que asume la teoría del Derecho (el normativista y el realista) constituye el rasgo específico de su semántica frente a la semántica de cualquier otra teoría[6], y en particular frente a la dogmática jurídica y a la sociología del Derecho, la primera de las cuales sólo adopta la perspectiva normativista que asume como referente empírico las normas mientras que la segunda sólo adopta la perspectiva realista que asume como referente empírico los hechos. En todo caso, además de estas diferencias semánticas existe otra diferencia esencial entre el discurso de la teoría del Derecho y los discursos de la dogmática y la sociología jurídicas; una diferencia que se da también frente al discurso de la filosofía política y que puede resumirse así: mientras que la teoría del Derecho tiene carácter puramente *formal* los otros tres discursos tienen carácter *crítico*.

Aunque todos estos discursos comparten un mismo objeto (el Derecho) y gran parte del aparato conceptual teórico, hay en efecto una diferencia entre la teoría del Derecho, por un lado, y la dogmática jurídica, la sociología del Derecho y la filosofía política, por otro. Estas tres últimas son discursos que desempeñan un papel crítico en relación con el Derecho: crítica de los eventuales perfiles de *injusticia* del Derecho en su conjunto, en el caso de la filosofía política; crítica de los eventuales perfiles de *invalidez* de las normas jurídicas, en el caso de la dogmática jurídica; y crítica de los perfiles de *inefectividad* del Derecho, en el caso de la sociología jurídica. Frente a estos discursos críticos, la teoría del Derecho se presenta como una «teoría formal que se limita al análisis de los conceptos teórico-jurídicos y de sus relaciones sintácticas», o si se quiere, al «análisis de las formas y de las estructuras del derecho positivo»[7]. Sus tesis y definiciones, por tanto, nos dicen *qué son* las normas, las prohibiciones, la validez, las obligaciones, la nulidad, etc., pero no nos dicen *cuáles son* en cada sistema concreto, ni *cuáles deben ser*, ni *cómo son (o no son) de hecho* realizadas. Son tesis y conceptos, en este sentido, ideológicamente neutrales, independientes de cualquier sistema de valores[8].

Esta caracterización de la teoría del Derecho —probablemente discutible en lo que se refiere a su neutralidad[9]— tiene la indudable virtud de configurarla como un siste-

---

[6] *Principia Iuris*, I, p. 11.

[7] *Principia Iuris*, I, pp. 19 y 4.

[8] *Principia Iuris*, I, p.19.

[9] Algunos de sus conceptos, en efecto, parecen «construidos» o «reconstruidos» con el propósito de poder derivar a partir de ellos tesis valorativas concretas. Considérese, por ejemplo, la definición de «acto ilícito» como «acto informal prohibido» a la que nos referiremos en el siguiente epígrafe. Qué duda cabe que el «pragmatismo» de esa redefinición no depende sólo de su mayor capacidad explicativa y reconstructiva del fenómeno jurídico, sino también (y diría que sobre todo) de su mayor aptitud para realizar ciertos ideales. Tal opción es la única que permite afirmar el carácter prescriptivo (y en este sentido la relevancia) de muchas obligaciones y prohibiciones constitucionales e internacionales para las que no se han previsto sanciones para su incumplimiento e identificar la falta de las normas sancionatorias como un vicio (una laguna indebida) del ordenamiento. El propio FERRAJOLI confirma la dimensión valorativa de estas «elecciones» conceptuales: califi-

ma de conceptos y de aserciones teóricas interpretable, bien por el discurso de la dogmática jurídica (si se toman como referencias empíricas de tales conceptos y aserciones las normas jurídicas que regulan los comportamientos humanos), bien por la sociología del Derecho (si se toman como referencias empíricas de la teoría del Derecho los comportamientos humanos regulados por las normas), o bien por el discurso filosófico político (si se valora y/o proyecta el derecho desde el punto de vista de un sistema axiológico dado). La «indudable virtud», pues de este modo FERRAJOLI ofrece un *modelo integrado de ciencia jurídica* en el que la teoría del Derecho representa la columna vertebral. En palabras del autor: la teoría del Derecho tiene carácter *formal*, pero, en el plano intensional, «es susceptible de una interpretación semántica de tipo realista, es decir desde el punto de vista descriptivo externo de la *efectividad* por parte de la sociología del Derecho; de una interpretación semántica de tipo normativista, es decir desde el punto de vista jurídico interno de la *validez* por parte de la dogmática jurídica; y de una interpretación semántica de tipo axiológico, es decir desde el punto de vista prescriptivo externo de la *justicia* por parte de la filosofía política»[10]. La teoría del Derecho, en suma, es el lugar de encuentro de las diversas aproximaciones al estudio del Derecho, a las que ofrece un aparato conceptual en gran medida común.

## 2. LA PRAGMÁTICA DE LA TEORÍA: SU PAPEL *NORMATIVO* Y NO MERAMENTE DESCRIPTIVO

Cabría plantear en todo caso si una teoría del Derecho así caracterizada tiene sentido, o mejor, si es necesaria y en esta medida está justificada; es decir, en tanto que discurso lingüístico sobre el Derecho, la teoría ha de ser también evaluada desde su dimensión pragmática: para qué sirve o cuál es su objetivo. Es importante tener en cuenta a este respecto que, pese a su carácter *elástico* (o sea, su aptitud para reconstruir sistemas jurídicos en distintos grados de evolución y complejidad), la *finalidad u objetivo* central de la teoría (su «objeto privilegiado») es redefinir el paradigma teórico y normativo de las actuales democracias constitucionales, hoy en crisis, e identificar las garantías que permitan asegurar, frente a los diversos poderes, su máximo grado de efectividad para la tutela de los derechos. Y si éste es su objetivo prioritario cabe decir que está justificada; o más exactamente, que tiene sentido (o está justificado) perseguir este objetivo.

La teoría formal del Derecho, en efecto, elaborada como una disciplina autónoma y sistemática sobre todo a raíz de la obra de H. KELSEN, se asentaba sobre una serie de presupuestos metateóricos que hasta hace poco han coincidido con las características estructurales del Derecho positivo moderno (el principio de legalidad como norma de reconocimiento y fuente de legitimación del Derecho vigente; el monopolio estatal y le-

car como ilícitos la guerra y las violaciones de derechos fundamentales cometidas por los Estados «es el presupuesto jurídico de la construcción de una democracia internacional; del mismo modo que configurar las sanciones para tales ilícitos (…) como técnicas de garantía de los principios violados por ellos permite concebir su ausencia como "lagunas" que la comunidad internacional tiene la obligación de colmar». Y aún más explícitamente: a veces, en tales elecciones, «están presentes opciones de carácter ético-político» (*Principia Iuris*, I, pp. 475-476 y p. 23).

[10] *Principia Iuris*, I, p. 20. Véanse también pp. 39-43.

gal de la producción jurídica; la separación de los poderes públicos, etc.). En los últimos tiempos, sin embargo, tales presupuestos han cambiado. Por muchos factores: por la ruptura del viejo nexo entre Derecho y Estado, que ha destruido la unidad e incrementado la incoherencia de los sistemas; por la ampliación de los asuntos en los que el Derecho interviene; por el surgimiento de nuevas desigualdades ligadas a la nacionalidad y ciudadanía; por la crisis de la razón jurídica y política y de la capacidad regulativa del Derecho, etc. Ahora bien, que los presupuestos de la teoría del Derecho hayan cambiado no significa que ésta haya dejado de tener sentido. Más bien al contrario: ha aumentado su necesidad como espacio autónomo para repensar y redefinir las categorías jurídicas teniendo en cuenta las nuevas formas del poder y las nuevas funciones del Derecho[11]. La teoría del Derecho de *Principia Iuris*, precisamente, pretende reconstruir el modelo teórico y normativo del Estado constitucional de Derecho a fin de que resulten muy claros sus principios y bien visibles las divergencias entre las prácticas jurídicas y dichos principios. En cumplir este papel cifra la teoría su principal justificación.

La oportunidad de la teoría del Derecho se muestra, por otra parte, en su carácter pragmático y no meramente descriptivo. En efecto, la teoría del Derecho es *pura o formal*, en el sentido de que no dice nada sobre lo que los concretos sistemas jurídicos dicen o es justo que digan, pero esto no significa que no tenga un valor pragmático que se vincula al *carácter artificial* o convencional del Derecho. Este es uno de los presupuestos metateóricos centrales de *Principia Iuris*: el Derecho no es un objeto natural del que quepa dar cuenta con un discurso meramente descriptivo y avalorativo. Es un universo simbólico de creación humana, y en su *construcción* o «*recreación*» juegan un papel importante la teoría y la reflexión filosófica. El horizonte del jurista —dice FERRAJOLI— «no es el del simple espectador. Formamos parte del universo que describimos y contribuimos a producirlo con nuestras propias teorías»[12]. Esta dimensión pragmática de la teoría constituye una de las claves de su razón de ser.

La dimensión pragmática de la teoría se refleja en varios aspectos:

*a)* En primer término, los conceptos y tesis primitivas de la teoría son estipulados y asumidos por el teórico, en definitiva «elegidos» o «decididos», en función de criterios pragmáticos: sobre todo en función de su capacidad para explicar y reconstruir el derecho, particularmente —no importa insistir en ello— el derecho de las democracias constitucionales.

El propio FERRAJOLI pone un ejemplo que resulta bien expresivo de lo que se acaba de decir. La definición de «acto ilícito» como «acto informal prohibido», como alternativa a la definición kelseniana que entiende por ilícito el acto al que se conecta una sanción, no es gratuita sino que obedece a las diferentes implicaciones sobre el plano teórico y a los diferentes efectos sobre el plano práctico que tienen ambos conceptos. La definición propuesta por FERRAJOLI permite, por ejemplo, configurar como ilícitos los incumplimientos por parte del Estado de las obligaciones correspondientes a los derechos sociales, las violaciones por parte de los Estados de los derechos humanos establecidos por las cartas internacionales y desde luego la guerra, que no puede ser confi-

[11] Precisamente con un repaso de todos estos fenómenos de crisis que acentúan hoy la necesidad de una nueva teoría del Derecho se abre la Introducción de *Principia Iuris* (véanse pp. 3 y 4).

[12] *Principia Iuris*, I, p. 38.

gurada como ilícito según la definición kelseniana si no es sosteniendo la extraña tesis de que «el *bellum iustum*, esto es la guerra en respuesta a una violación previa del Derecho internacional, constituye en sí mismo una sanción»[13]. En este sentido, pues, la reformulación de los términos primitivos de la teoría no es totalmente neutral, sino que está guiada por criterios pragmáticos. Y más exactamente por criterios que, en el fondo, están al servicio de la afirmación del paradigma constitucional y de la filosofía política que le sirve de base.

*b)* El valor pragmático de la teoría (y por tanto normativo o no puramente descriptivo) se muestra, en segundo término, en el papel *normativo* de los principios teóricos desarrollados por ella. La teoría explicita y reconstruye los principios que reflejan la estructura normativa del Derecho (unidad, coherencia y plenitud) y en esta medida *impone* al Derecho la satisfacción de tales principios lógicos. Más exactamente, estos principios permiten (o imponen) a la dogmática, por un lado, denunciar las antinomias y las lagunas y, por otro, instar su superación: la teoría desempeña de este modo un papel garantista en relación con el Derecho. Puede decirse en este sentido que las relaciones lógicas elaboradas por la teoría la hacen normativa en relación con el Derecho[14], aunque ese carácter normativo no comporta un compromiso ideológico o valorativo.

*c)* Por lo demás, los paradigmas jurídicos son en gran parte el producto de las teorías y, en general, de las doctrinas jurídicas y políticas. Es decir, precisamente porque el Derecho es esencialmente un universo simbólico, la teoría *produce imágenes* y concepciones globales del derecho como «es», pero también, y sobre todo, del Derecho como «debe ser». En este sentido la teoría desempeña un papel por así decir *constituyente o constructivo*.

La teoría del Derecho de *Principia Iuris*, en suma, no es una teoría descriptiva que pretenda dar cuenta del Derecho realmente existente. Si ésta fuera su pretensión sería —al menos en algunos aspectos— manifiestamente falsa. Es una teoría formal que pretende reconstruir, redefinir o recrear ese constructo artificial que es el derecho positivo, y fundamentalmente el derecho positivo de las actuales democracias constitucionales. Bajo este aspecto la teoría tiene una incuestionable dimensión pragmática que se proyecta en la elección apropiada (encaminada al cumplimiento de ese objetivo) de sus conceptos y tesis primitivas y en el papel normativo o proyectivo que desempeñan sus principios teóricos en relación con el Derecho. Evidentemente esta dimensión pragmática de la teoría suele ser contestada por cuantos se empeñan en seguir fieles al viejo método descriptivista y avalorativo del Derecho. A juicio de FERRAJOLI, sin embargo, este empeño obedece a la *ilusión paracientífica* —y equivocada— de que el Derecho puede ser estudiado como un objeto natural, autónomo frente a la política y a la reflexión teórica y filosófica. Superada esta ilusión aparece inevitablemente la aludida dimensión pragmática de la teoría y de la ciencia del Derecho: el Derecho no es ajeno a nuestras reflexiones, «es como lo pensamos, lo teorizamos, lo proyectamos, lo producimos, lo interpretamos, lo defendemos y lo transformamos, de modo que todos tenemos una parte de responsabilidad en cómo es»[15].

---

[13] *Principia Iuris*, I, pp. 23 y 475.
[14] *Principia Iuris*, I, p. 33.
[15] *Principia Iuris,* I, p. 38.

## 3. LA SINTÁCTICA DE LA TEORÍA: SU AXIOMATIZACIÓN

«Este libro contiene una teoría del Derecho construida con el método axiomático». Con esta clara y contundente afirmación se abre el Prefacio de *Principia Iuris*.

Axiomatizar la teoría supone reelaborar todo el lenguaje jurídico y fundamentar sus aserciones. Más precisamente, supone, primero, asumir conceptos primitivos y tesis primitivas (postulados o definiciones) que —como se ha dicho— deben ser justificados en función de criterios pragmáticos; y, después, definir todos los demás conceptos a partir de otros conceptos teóricos y mediante reglas de formación previamente establecidas, y demostrar todas las demás tesis a partir de otras tesis teóricas y mediante reglas de transformación también preestablecidas[16]. La teoría, por tanto, estará justificada desde el punto de vista sintáctico si puede demostrarse, mediante operaciones lógicas controlables, que todas las tesis derivadas (teoremas) se deducen de las tesis primitivas (postulados o definiciones) o de otras tesis a su vez derivadas. El método axiomático, el cálculo, hace el discurso prolijo y farragoso, pero tiene la virtud de que permite o facilita ese control.

Por lo demás, que el libro se abra con una afirmación como la trascrita más arriba sobre la sintaxis de la teoría no es baladí. Pone de relieve que la axiomatización de la teoría es uno de sus rasgos centrales, sino incluso el más importante. Esto es así porque la formalización de la teoría no sólo permite una mayor transparencia y control lógico de las tesis que contiene, sino que además, y como consecuencia de ello, contribuye también a hacer más visible la divergencia entre ser y deber ser, entre efectividad y normatividad, que como se ha dicho constituye el objeto privilegiado de la teoría. Naturalmente toda teoría del Derecho, y también por tanto la teoría del Derecho de *Principia Iuris*, puede ser construida sin recurrir a su formalización. De hecho —como el mismo autor reconoce— el empleo del método axiomático es el aspecto más llamativo e insólito de la teoría que desarrolla. Por eso, y dado que el propio FERRAJOLI confiesa que —desde el punto de vista metateórico— la teoría formalizada refleja una aspiración de la filosofía de la ciencia del neopositivismo lógico presente aún en los años sesenta del pasado siglo, que es cuando *Principia Iuris* fue proyectado, cabría preguntarse si el autor, en el caso de tener que proyectar hoy esa teoría, la hubiese planteado de la misma manera, o sea, si la hubiese concebido también como una teoría axiomatizada o formalizada.

## 4. EL RENDIMIENTO O LA ADECUACIÓN DEL SISTEMA TEÓRICO DE *PRINCIPIA IURIS*

La mayor o menor adecuación del sistema teórico de *Principia Iuris* dependerá, pues, de tres cosas:

1. De que sea una buena reconstrucción de los sistemas jurídicos más complejos, particularmente de los que se ajustan a la fórmula del Estado constitucional de Derecho; es decir, de que resulte adecuado desde el punto de vista semántico.

---

[16] *Principia Iuris*, Prefacio, p. VI.

2. De que sus tesis primitivas (postulados y definiciones) tengan no sólo capacidad de explicación analítica o sistemática sino también fecundidad crítica o proyectiva; es decir, de que sea adecuado desde el punto de vista pragmático.

3. De que todas las tesis derivadas a partir de las tesis primitivas sean coherentes con éstas, lo que equivale a decir que pueda haber un control lógico de todas las operaciones mediante las cuales unas tesis puedan ser demostradas a partir de otras; es decir, de que resulte adecuado desde el punto de vista sintáctico.

Obsérvese a este respecto que, tanto desde el punto de vista semántico como sobre todo desde el punto de vista pragmático, una pretensión básica de esta teoría es dar cuenta de la insuprimible divergencia entre principios y praxis jurídica, entre ser y deber ser, efectividad y normatividad, y por consiguiente dar cuenta de los perfiles de inefectividad de los principios y de ilegitimidad de la praxis. La *teoría de la divergencia* representa, pues, el nervio central del paradigma teórico y normativo del Estado constitucional que constituye el objeto privilegiado de la teoría. Ese paradigma estaba ya anunciado en sus líneas básicas en *Derecho y razón*[17], y por tanto la adecuación de la teoría, tanto desde el punto de vista semántico como pragmático, de alguna manera ha sido ya objeto de análisis en los múltiples debates que se produjeron a raíz de la publicación de aquella obra[18]; y lo será —sin duda con mayor razón— a partir de la publicación de ésta. El gran salto de *Principia Iuris,* la novedad radical, es la utilización del método axiomático en su reconstrucción. Es más, la teoría —como dice su autor— es justamente (y sólo) la expresada por las fórmulas, por el cálculo. El resto es traducción y comentario[19].

Este trabajo de axiomatización ha supuesto un esfuerzo admirable y titánico que pone de relieve el afán de FERRAJOLI por construir una ciencia jurídica *more geometrico demonstrata*. Obviamente podrá discutirse el mayor o menor rendimiento de este esfuerzo; por ejemplo, cabría cuestionar la función práctica que el autor atribuye a la axiomatización, y en particular se podría poner seriamente en duda —en contra de lo que se afirma[20]— que la axiomatización mediante la reconstrucción de todo el lenguaje teórico haga que la teoría también resulte accesible a los no expertos en derecho. De lo que no cabe duda, sin embargo, es de que tras este esfuerzo se vislumbra el compromiso con la herencia ilustrada, compromiso que se muestra en la aspiración —como afirma el autor en el Prefacio— a «la simplificación del lenguaje teórico, a la claridad y univocidad de los conceptos y las tesis sostenidas, a la exposición al control lógico de todas las deducciones y a la crítica extra-lógica de todas las asunciones; a la coherencia y sistematicidad del conjunto; y, en fin, a la superación de las ambigüedades y de las muchas aporías y paralogismos que son inevitables en cualquier discurso formulado en lenguaje común»[21]. Estas son las virtudes teoréticas de la formalización de la teoría, y desde luego no parece que puedan ser seriamente cuestionadas.

---

[17] Me refiero, claro está, a *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, cit.

[18] Entre los múltiples análisis de los que la obra mencionada ha sido objeto me permito remitir a dos obras colectivas: 1993: *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli,* L. GIAFORMAGGIO (ed.), Torino: Giappichelli; y 2005: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luiggi Ferrajoli* (M. CARBONELL y P. SALAZAR, coords.), Madrid: Trotta-UNAM.

[19] *Principia Iuris*, I, Prefacio, p. VIII.

[20] *Principia Iuris*, I, Prefacio, p. VII.

[21] *Principia Iuris*, I, Prefacio, pp. VI-VII.

Lo que a mi juicio puede parecer paradójico, o por lo menos llama la atención, no es tanto esa apuesta metateórica hiperracionalista cuanto su combinación, por una parte, con una concepción del poder que desconfía profundamente de su racionalidad y, por otra, con una praxis política y jurídica que es, de hecho, irracional e ilegal; en algunos aspectos profundamente irracional e ilegal. Esa paradoja, sin embargo, es sólo aparente. La concepción escéptica y realista del poder, y la cada vez mayor ausencia de racionalidad de los sistemas jurídicos que conocemos y que se inspiran en el paradigma constitucionalista, no hace inadecuada una construcción hiperracional de este paradigma. Al contrario. Precisamente porque se desconfía del poder y se confía al Derecho la articulación de un sistema de vínculos efectivos a su ejercicio para la protección de los bienes y derechos que deban ser perseguidos, el Derecho —o mejor, el principio de legalidad— es visto como un instrumento civilizador y el Estado constitucional de Derecho como la máxima expresión de ese principio. Por eso lo que la teoría debe hacer es reconstruir ese paradigma del modo más claro y preciso posible, a fin de que, desde el mismo, puedan ponerse de relieve y criticarse las desviaciones de la praxis. La desconfianza hacia el poder, en suma, justifica la apuesta por el modelo del Estado constitucional de Derecho, como ya quedaba claro en *Derecho y Razón*. Y la teoría del Derecho expresada en *Principia Iuris* reconstruye ese modelo de modo hiperracionalista no sólo por las virtudes teoréticas que ello supone sino también para poder medir mejor la distancia que separa la realidad del modelo e instar —en su caso— a la transformación de la misma. FERRAJOLI inserta así la «lucha por la justicia» en el propio seno de la teoría. Y esto puede hacerlo porque la teoría no es un discurso meramente descriptivo sino reconstructivo del universo lingüístico del Derecho.

Cabría decir pues, en conclusión, que *Principia Iuris* representa en cierto modo la continuación lógica de *Derecho y Razón* y es por ello, en última instancia, fiduciario de sus mismos postulados ilustrados. Frente a algunas teorizaciones de gran predicamento en los últimos tiempos que ven en el Derecho una obra colectiva y cooperativa y que parecen asumir implícitamente una gran confianza en la bondad del poder o de la anomia, la teoría general del garantismo arrancaba de la idea —presente ya en LOCKE y en MONTESQUIEU— de que del poder hay que esperar siempre un potencial abuso[22] que es preciso neutralizar haciendo del Derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos[23]. Por eso el garantismo se opone al autoritarismo en política y al decisionismo en Derecho, propugnando, frente al primero, la democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad; y por eso el estado constitucional de Derecho es visto como el producto de la mejor ingeniería jurídica. La teoría del Derecho de *Principia Iuris* es la argamasa que cimenta esa visión. Su reconstrucción racional del modelo del Estado constitucional de Derecho pretende servir ahora como instrumento para el análisis de los consiguientes niveles de inefectividad y de ilegitimidad (interna y externa) de los sistemas jurídicos que a él se remiten.

---

[22] «La libertad política... aparece... sólo cuando no se abusa del poder. Pero es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él», 1972: *Del espíritu de las leyes* (1748), trad. de M. BLÁZQUEZ y P. DE VEGA, Madrid: Tecnos, Libro XI, cap. IV, p. 150.

[23] Precisamente el carácter potencialmente abusivo del poder es lo que llevó a MONTESQUIEU a configurar el concepto de *límite* como factor esencial para asegurar la tutela de la libertad, y de ahí la necesidad de la «separación de poderes» que habrá de conseguirse a través de un sistema de frenos y contrapesos entre ellos. Véase R. BLANCO, 1994: *El valor de la Constitución*, Madrid: Alianza, pp. 67 y ss.

Y su construcción axiomatizada, en la medida en que pueda hacer más visibles los déficit de racionalidad de la praxis, pretende contribuir también a ese objetivo. Cabe dudar, desde luego, de que la axiomatización sea el mejor camino para cumplir ese objetivo de transparencia, de visibilidad de las divergencias y de controlabilidad de los déficit de racionalidad de la praxis, pero de lo que no cabe dudar es de que dicho objetivo —al menos para quien participe de una visión negativa del poder y positiva del Derecho— está sobradamente justificado. *Principia Iuris*, en suma, tal vez adolece de una más completa filosofía moral que legitime las opciones valorativas que están en la base de la teoría, pero tiene detrás una concepción del poder que resulta a mi juicio sumamente atractiva y en todo caso muy higiénica. Si hace unos años M. JORI decía, en referencia a la teoría general del garantismo de *Derecho y Razón*, que de ella podrá disentirse en todo o en parte pero que ya no se podrá prescindir[24], creo que lo mismo cabe decir ahora de la teoría del Derecho de *Principia Iuris*: se la podrá criticar, pero difícilmente se la podrá obviar.

[24] M. JORI, «La cicala e la formica», en *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli,* cit., p. 66.

# EL ECLIPSE DEL TRABAJO Y LOS RIESGOS PARA LA DEMOCRACIA Y LA CONSTITUCIÓN REPUBLICANA *

Dino Greco

*Director del periódico Liberazione*

**RESUMEN.** Este trabajo es una defensa, desde la perspectiva de un sindicalista, del constitucionalismo de signo ferrajoliano en relación con los derechos sociales en general y los derechos de los trabajadores en particular, frente al proceso de precarización laboral y de disolución y mercantilización del Derecho del trabajo experimentado en países como Italia en las últimas décadas. El autor defiende la constitucionalización de los derechos laborales como límite sustancial de lo decidible por mayoría (tanto frente a una mayoría sindical como frente al legislador); la universalidad y exigibilidad de esos derechos (que no serían de rango inferior); e incluso la dependencia de la efectividad de los derechos de libertad respecto de los derechos sociales. Sin embargo, pese a la constitucionalización formal de los derechos sociolaborales, su sustancia y efectividad estarían siendo vulneradas por el actual dominio del mercado, la privatización de servicios públicos, la subasta a la baja en las condiciones laborales, la vuelta a la contratación laboral individual recortando la negociación colectiva, el dominio del PIB como parámetro del bienestar social, etc., habiéndose producido además una formalización jurídica de esa precariedad laboral (pérdida de la función originaria del Derecho del trabajo, que se reasimila al Derecho mercantil) y la racionalización ideológica de ese proceso de dominio del mercado. La solución a esta situación no es menos sino más (más intensa y más efectiva) constitucionalización de los derechos sociales, en la dirección de una «democracia social como ensanchamiento del Estado de derecho».

**Palabras clave:** FERRAJOLI, derechos sociales, Derecho del trabajo, Estado social, constitucionalismo, mercado.

**ABSTRACT.** This paper is a defence, from the point of view of a trade unionist, of Ferrajolian constitutionalism regarding social rights in general and, specifically, workers' rights, against the background of the current process of the undermining of such rights and the weakening and commercialization of labour law in countries such as Italy. The author advocates the constitutionalization of labour rights as substantive limits on majoritarian decisions (against both trade union majorities and the legislature); the universality and enforceability of such rights (which are not second-rate rights); and even the dependence of the effectiveness of liberty rights on social rights. However, despite the formal constitutionalization of socio-labour rights, their substance and effectiveness are being violated by the current power of free-market economy, the privatization of public services, the worsening of work conditions, the return to individual contracting against collective bargaining, the dominance of GDP as the main parameter for social welfare, and so on. We are also witnessing a legal formalization of the mentioned undermining of workers' conditions (withering away of the original role of labour law, which is being assimilated to commercial law), as well as an ideological rationalization of that process of market dominance. The solution to this situation is not less but more —more intense and more effective— constitutionalization of social rights, in the direction towards a «social democracy as an enlargement of the rule of law».

**Keywords:** FERRAJOLI, social rights, Labour Law, Welfare State, constitutionalism, market.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

Se preguntarán —y, francamente, me lo he preguntado también yo— qué hace un sindicalista en una reunión de estudiosos y académicos del Derecho tan prestigiosos. Mi presencia se debe al coraje de T. MAZZARESE al enviarme su invitación y a mi temeridad al aceptarla. Espero no lamenten mi osadía.

Va de suyo que mi contribución será inevitablemente excéntrica y quizás un tanto *naïf* en relación con las demás intervenciones, pues se origina en un punto de observación diferente. Espero, sin embargo, que no sea totalmente ajena al análisis, que hoy tiene lugar, del extraordinario (una de las pocas veces en que es apropiado utilizar este adjetivo) trabajo de L. FERRAJOLI.

Quisiera organizar mi razonamiento alrededor de tres ejes centrales o, mejor dicho, de tres tesis que se conectan entre ellas.

La primera: la constitucionalización de los derechos y la insustituibilidad democrática de una esfera de lo indecidible, de lo indisponible, esto es, de los límites de la soberanía popular que no puede (no debe) nunca transformarse en «dictadura de la mayoría». Y esto, para decirlo con FERRAJOLI, porque la democracia no puede reducirse a un hecho puramente procedimental, limitándose a establecer «quién decide» y «cómo decide» y desinteresándose de «qué cosa se decide». La democracia no puede se indiferente hacia el contenido de la decisión.

La segunda: la efectividad de los derechos de libertad depende, como una *condicio sine qua non,* de la garantía de los derechos sociales. Ello queda demostrado por el hecho de que el desarrollo de la democracia (y, en contra de lo que el pensamiento liberal sostiene, de la economía misma) ha sido posible sólo en aquellos países que lograron resolver los problemas vitales mínimos, asegurando a todos asistencia, salud, educación. Sin esa garantía los derechos de libertad, de hecho, se debilitan e, inexorablemente, se extinguen.

La tercera: los derechos sociales no son (no deben ser) derechos de segundo grado, de rango inferior, faltos de exigibilidad y consecuentemente débiles, meras expresiones de ideales. Mucho menos pueden encontrarse subordinados a otras exigencias que han sido indebidamente elevadas a paradigmas constitucionales.

Como es evidente no se trata de una hipótesis abstracta. El mercado y la libre competencia empresarial se han transformado en el *dominus* indiscutido de los tiempos modernos. La globalización se encuentra fundada sobre la primacía de organismos del todo faltos de legitimación democrática (la Organización Mundial de Comercio, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial).

La Europa Unida, sin Constitución, es la Europa de la moneda, la Europa del Tratado de Maastricht. El gobierno italiano, que en cambio posee una Constitución en la cual inspirarse, sanciona sin ningún problema una ley de presupuestos en la que se privilegia la cancelación de la deuda pública frente a las jubilaciones, la protección de la renta especulativa frente a los problemas de autosuficiencia de los ancianos, las transferencias a las empresas frente al salario mínimo vital y el sistema de protección social. Es por esto que no es ocioso preguntarse: ¿cuál es el origen constitucional de estas elecciones?

En cuanto a la primera tesis, se ha dicho que el poder soberano no es ilimitado, pues «la mayoría no puede disponer de aquello que no le pertenece por ser de todos y de cada uno». Si no fuera así sería posible, por mayoría, suprimir incluso la libertad. Tal como ha sido el caso en la Italia de 1925 y en la Alemania de 1933. Existen por tanto límites infranqueables, cuyo sentido fuerte se encuentra resumido en la Constitución francesa, de factura rousseauniana, de 1793: «Existe opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social es oprimido».

Este principio sacrosanto vale (debería valer) también en el mundo del trabajo, especialmente en materia sindical, donde, a decir verdad, la democracia se encuentra bastante asediada. Aun cuando en el ámbito laboral sean necesarias reglas claras que, en contra del intento de apropiación por parte de la burocracia, establezcan la soberanía de los trabajadores sobre todo acto negocial a ellos referido, debe subrayarse que necesariamente ese poder tiene límites. Por ejemplo, frente a una crisis empresarial, no puede permitirse a la mayoría de los trabajadores que decida si, para salvarse ella misma, acepta o no el despido de una porción minoritaria de trabajadores. Y esto porque el derecho al trabajo es un derecho individual no disponible.

Todo ello —dicho sea de paso— aun sin mencionar que, si eso ocurre, se desintegra instantáneamente la idea misma de sindicato fundada sobre la solidaridad. Una vez debilitada la solidaridad se disuelve toda asociación que se funde sobre un pacto de igualdad, de apoyo mutuo y de reciprocidad, y en la que cada miembro es el tercero controlador del otro.

Numerosos ejemplos proporcionan la prueba de que los derechos fundamentales o bien son universales (y universalmente exigibles) o bien no son; propongo dos. Primero: la limitación legislativa del ámbito de aplicación del estatuto de los derechos de los trabajadores, o al menos de su núcleo central (*v. g.,* el derecho a no ser despedido sin justa causa o motivo justificado), mediante su reducción a los sectores empresariales con más de 15 dependientes, con el tiempo ha generado, incluso dentro de la franja protegida, un progresivo proceso de erosión de esos derechos.

El aguerrido ataque que un gran número de juristas laboralistas ha dirigido contra los beneficiarios de la Ley 300 de 1970, señalándolos como los privilegiados *(insiders)* que impiden a los demás *(outsiders)* el acceso a ciertos derechos y al trabajo, demuestra cómo los derechos que no se extienden a todos resultan inevitablemente degradados. Y finalmente la muralla que pretendía protegerlos, no logrando resistir el asedio, resulta expugnada.

El segundo ejemplo se refiere al hecho de que existe actualmente en Italia un Derecho dual, ya que para tres millones y medio de personas, inmigradas a nuestro país, rige un estatuto especial. Un estatuto especial referido al sufragio, el trabajo, la subsistencia, la salud, etc., y sin contar que una porción enorme de ellos experimenta una reducción a la esclavitud.

Ahora bien, no es fortuito que formas de trabajo cada vez más serviles encuentren un lugar también entre los nativos, pues cuando en un dique se ha formado una grieta, es previsible que este termine por romperse.

En cuanto a las tesis segunda y tercera, debe decirse que hoy los principios constitucionales han sido tergiversados exactamente en el punto crucial de la relación

entre capital y trabajo. Punto que no creo represente un aspecto marginal en nuestra Carta.

Es mi opinión que la reciente victoria en el referéndum sobre las reformas constitucionales queridas por el centroderecha ha logrado defender sólo el mito de la Constitución, pero no su sustancia, mucho más profunda e insistentemente vulnerada. Es por ello que, aun siendo importante, el resultado de esa prueba no ha logrado interrumpir una larga trayectoria de quebrantamientos de la Constitución.

Tomemos, por ejemplo, el art. 41 del Título III de la Constitución, a cuya formulación contribuyó de manera fundamental, no casualmente, G. DI VITTORIO. El artículo dice, textualmente: «La iniciativa económica privada es libre. No podrá, sin embargo, desarrollarse (nótese el carácter imperativo de la fórmula) en contra del interés social o de tal modo que inflija un perjuicio a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana». Tal es así que (tercer inciso) «La ley determinará los programas y controles oportunos para que la actividad económica pública y privada puedan ser coordinadas y encaminadas a fines sociales». En otros términos, los fines sociales y los derechos de los trabajadores se encuentran sobreordenados respecto al beneficio empresarial. Por lo que, donde aquellos se encuentren en discusión, el Estado debe intervenir para preservar su exigibilidad. Con los arts. 42 y 43 la Constitución entra explícitamente en los derechos de propiedad y condiciona su ejercicio, llegando a prever, bajo determinadas condiciones, la expropiación.

Ahora bien, puede decirse, sin ninguna exageración, que la realidad ha, literalmente, tergiversado el orden de los valores. En virtud de ello podríamos releer la constitución material de las relaciones sociales en el modo siguiente: «la seguridad, la libertad, la dignidad humana deben ser garantizadas siempre y cuando no entren en conflicto con la actividad económica libre, con los intereses privados, con la recuperación del capital invertido, con la competitividad de la empresa, etc.».

En conclusión, el mercado se comporta como *primus,* como sociedad natural y como criterio ordenador incluso en otras esferas de la actividad pública.

Piénsese en la privatización o empresarialización de los servicios públicos. También aquí, el fin y la utilidad social ya no son la garantía de un derecho protegido constitucionalmente. Por lo tanto asiste la razón a FERRAJOLI cuando advierte que nos encontramos frente a un clamoroso conflicto de intereses, en virtud del cual es necesario afirmar que «son públicas y deben sustraerse a la lógica del mercado todas las funciones y actividades que, aun cuando gestionadas por privados, son de interés público y/o destinadas a la tutela o a la satisfacción de derechos fundamentales».

La opinión opuesta se encuentra, en cambio, bastante extendida. Su extensión se revela en el hecho de que los derechos han sido, en el debate político, degradados al rango de costos y las instituciones al rango de sociedades comerciales con fines de lucro. ¿Un ejemplo? Téngase en mente la regla de la oferta más baja, criterio basilar en las licitaciones públicas. ¿Cuáles son las voces sobre las que se reducen los costos, es decir, sobre las que se ahorra? La seguridad de los trabajadores, sus derechos, su salario, el estándar de los servicios proporcionados, la calidad de las materias entregadas, etc.

Aún más. El iuslaborismo, en su expresión más avanzada, coherentemente con el espíritu y con la letra de la Constitución, ha intentado orientar la ley a favor del más dé-

bil y en contra de la prepotencia del más fuerte. Este intento tiene en cuenta la evidente asimetría de poder y fuerza que existe entre capital y trabajo, ya que, para ilustrarlo al modo de los clásicos, patrón y obrero podrán ser iguales en lo empírico, pero no en las relaciones sociales; en estas últimas domina quien tiene el poder económico. Por esto la ley debe proteger al más débil, y lo debe proteger también frente a su propia debilidad. Debilidad que podría inducirlo a la renuncia de derechos sustanciales. A ello se debe la indisponibilidad de la norma que instituye un tercero, el Estado, como garante de derechos irrenunciables. Por ello —tal como sostiene gran parte del iuslaborismo contemporáneo— resultan inadmisibles las presiones de Confindustria[1] para que sea introducida la posibilidad de derogaciones empresariales *in pejus* de convenios colectivos nacionales. Posibilidad que se desea introducir en los casos en que sea necesario hacer frente a situaciones de crisis o, incluso, en que sólo sea necesario incrementar la competitividad de la empresa.

En qué punto nos encontramos queda documentado por el modelo que una conocida multinacional de electrodomésticos, la Electrolux (Zanussi), ha lanzado en Europa. Esta empresa organiza una subasta entre los trabajadores de sus establecimientos dispersos por Europa. Una subasta de la que resultará vencedor quien se encuentre dispuesto a renunciar a la mayor cantidad de derechos adquiridos, permitiendo así a la empresa reducir significativamente los costes laborales, y conquistando de este modo el derecho a la supervivencia.

En definitiva, ¿en qué consiste el proceso de precarización del que se habla con tanta insistencia? En la disolución del Derecho del trabajo. La precarización sirve para debilitar el poder de asociación de los trabajadores, recorriendo un camino bien definido que lleva, progresivamente, de la contratación colectiva a la individual, y que reproduce esa asimetría de poder y esas relaciones de fuerza que el Derecho del trabajo había limitado.

La precarización impide el ejercicio de los derechos, no tanto porque no se encuentren formalmente reconocidos, sino porque no son ya exigibles. Precisamente, estar sometido al chantaje anula «el derecho a tener derechos».

El proceso de formalización jurídica de esta acelerada inmersión en la precariedad dura ya más de veinte años. Incluso un fundamental baluarte democrático, como lo es el art. 18 de la Ley 300 de 1970, ha sido en buena parte vulnerado, como una suerte de «Línea Maginot» del trabajo, a través de la proliferación de una espectacular maraña de tipologías de trabajo caracterizadas —en su ilusoria variedad— por un común estatus de precariedad. En este conjunto es posible encontrar desde la abolición de la norma que prohibía interponer mano de obra (acción que en el pasado se encontraba penada como delito y que actualmente es considerada una actividad lícita y meritoria), hasta la Ley 30 de 2003. Pasando por el paquete Treu y por una constelación de intervenciones legislativas de las que FERRAJOLI, en una precisa nota que todo sindicalista o aspirante a tal debería memorizar, traza el recorrido[2]. Un recorrido que tiende a marcar el pasaje, o mejor, la reasimilación del Derecho del trabajo al Derecho mercantil que regula la transacción de cosas, de mercaderías. En definitiva, en eso es en lo que vemos

[1] *N. del T.:* Confederación General de la Industria Italiana.
[2] L. FERRAJOLI, 2007: *Principia juris,* vol. II, Roma-Bari: Laterza, p. 296, nota 126.

nuevamente transformarse el trabajo humano: el mercado del trabajo como el mercado de la patata.

Este proceso ha tenido después su racionalización ideológica mediante el reconocimiento explícito de la supremacía ordenadora del mercado sobre el conjunto de relaciones sociales, fundada en la indiscutida asunción de una libertad de empresa plena e incondicionada. Competerá luego al Estado, una vez consolidadas las relaciones de producción, amortizar las contradicciones más evidentes a través de medidas de protección social, más o menos eficaces.

Es interesante observar el extraño destino de las tres banderas que identificaban la revolución francesa: una vez arriadas las de igualdad y fraternidad, queda sólo la de libertad, pero como una prerrogativa no de las personas, sino de una entidad impersonal, a saber, el capital.

Hemos constatado cómo el poder económico ha «colonizado» cada una de las instituciones, desbaratando incluso las ideas de sus potenciales antagonistas y reclutando adeptos y catecúmenos en todas las latitudes. Basta pensar en cómo el Producto Interior Bruto, fundado en la medición del crecimiento cuantitativo, ha sido elevado a índice universal de la calidad de todo sistema económico-social. Un índice que, cual inoxidable fetiche, se ha apoderado de toda discusión y ha ingresado, insustituible, en el léxico de los economistas, políticos y sindicalistas. Ello puede observarse en los criterios con los que Unioncamere[3] estima el nivel anual del bienestar social. Valen como criterio: el ingreso medio *per cápita,* la productividad del sistema y la facturación global, el volumen del ahorro y el número de ventanillas bancarias, el número de automóviles patentados y la aglomeración de hipermercados (devenidos en templos del consumo de masas).

No entran en cambio, en el cómputo del bienestar, el nivel de educación y de salud, la eficacia de los servicios, la calidad del agua, del aire, del suelo, la extensión del malestar social, de la drogodependencia, de la enfermedad mental, de la marginalidad, el número de accidentes de trabajo ni la respuesta a necesidades sociales fundamentales.

Cada tanto, desde el ámbito liberal, se oye algún resuello crítico. Puede leerse a G. SARTORI en las páginas del *Corriere della Sera* criticar la ceguera de «San Mercado», «Su Majestad el mercado, para los laicos», que en la deforestación del Amazonas y en el consecuente aumento del efecto invernadero no sabe ver otra cosa más que una oportunidad para incrementar las ventas de aparatos de aire acondicionado. SARTORI concluye su sarcástica invectiva advirtiendo que «no podremos salvarnos a costos de mercado, pero deberemos salvarnos cueste lo que cueste». Se trata evidentemente de puro sentido común, cuya pérdida confiere la medida en que cierta coacción repetitiva (y autodestructiva) parece haber borrado toda capacidad de razonamiento.

Me permito una cita que, si bien no es breve, es interesante: «No podemos medir el espíritu nacional sobre la base del Down Jones, ni los logros del país sobre la base del producto interior bruto. El PIB comprende la contaminación del aire, la publicidad de los cigarrillos, las ambulancias para liberar las autopistas de las carnicerías de fin de semana [...] computa las cerraduras especiales para las puertas de nuestras casas

[3] *N. del T.:* Union Italiana de las Cámaras de Comercio, Industria, Artesanado y Agricultura.

y las prisiones para aquellos que intentan forzarlas [...] incluye programas televisivos que priorizan la violencia para vender productos violentos a los niños [...] crece con la producción de napalm, misiles y ojivas nucleares [...] incluye también las investigaciones para mejorar la diseminación de la peste bubónica [...] aumenta con los equipamientos que la policía utiliza para dispersar manifestaciones y no hace otra cosa más que aumentar cuando se reconstruyen de sus cenizas los bajofondos populares. El PBI no tiene en cuenta la salud de nuestras familias, la calidad de la educación ni la felicidad en los momentos de ocio [...] no incluye la belleza de nuestra poesía, la solidez de los valores familiares, la inteligencia de nuestro debate ni la honestidad de los empleados públicos [...] no tiene en cuenta la justicia de nuestros tribunales, ni la igualdad en nuestras relaciones [...] mide todo, excepto aquello que hace que la vida sea digna de ser vivida». ¿Saben quién decía esto? No lo dijo S. LATOUCHE el teórico de la depresión, tampoco A. SEN ni nuestros C. RAVAIOLI y P. A. DACREMA. Lo dijo R. KENNEDY, el cadete de la nueva frontera, en un discurso pronunciado en marzo de 1968 en la universidad de Kansas cuando, usando palabras de G. MARIOTTI, «el PIB había manifestado sólo en parte su naturaleza de hierba infecciosa y altamente contaminante». Y sin embargo, cuarenta años después, no hay nada más consolidado que el PIB.

Es necesario entonces refundar el concepto de crecimiento en términos de crecimiento multiforme de la personalidad humana, pues es esta la enzima vital del progreso y del sano desarrollo de la economía. Es necesario también restablecer el primado de la política, de la buena política, sobre la economía; ahora que sabemos que el mercado —refractario a todo vínculo externo, símbolo del extremismo competitivo que ha estampado sobre sus banderas *mors tua vita mea,* y traducción comercial del *bellum omnium contra omnes*— no tiene ninguna capacidad de autorregulación. No se trata de restablecer un primado omnipotente, sino uno fundado sobre lo que FERRAJOLI llama «la constitucionalización de los derechos sociales». La constitucionalización consiste en confirmarlos sustancialmente a través de normas vinculantes de Derecho positivo, no expropiables, en cuanto «el Derecho no tiene la tarea de acompañar aquello que sucede».

La cuestión acerca de cómo los seres humanos, asociados y reunidos en instituciones libres y democráticas, pueden convertirse en dueños de su destino común encuentra una respuesta en la democracia social como ensanchamiento del Estado de derecho. El Estado social de derecho como sistema de garantías positivas. Por tanto —propone FERRAJOLI— constitucionalizar los derechos y definirlos en su irrevocable especificidad: un salario de ciudadanía (ya que el derecho al trabajo es un derecho débil), deberes de equilibro (del gasto público) en materia social (asistencia sanitaria gratuita, escuela pública gratuita por un cierto número de años) y reducción del horario de trabajo.

He escuchado la crítica que J. J. MORESO y —si no he entendido mal— G. PRETEROSSI dirigen, desde perspectivas distintas, a L. FERRAJOLI, la crítica de incurrir en una suerte de «hiperlegalismo». La gigantesca construcción de FERRAJOLI correría el riesgo, señalan, de aparecer como un proyecto sin autor. Un proyecto basado únicamente en una norma, autorreferencial y casi metahistórica, que produciría sus efectos por partenogénesis, independientemente de las relaciones sociales y políticas. MORESO cita, en sustento de su tesis, el hecho de que existen muchos más derechos sociales en Suiza, con escasa constitucionalización, de cuantos existen en Perú, provisto de una Constitución aparentemente garantista.

Yo no creo, sin embargo, que FERRAJOLI corra un riesgo semejante. Para FERRAJOLI «el Derecho no es nunca natural: depende de cómo lo hagamos. Y por lo tanto depende de cómo lo queramos, de cómo lo pensemos y de cómo lo reivindiquemos». En definitiva: el Derecho no es, ciertamente, impermeable a las relaciones sociales.

El juez G. PALOMBARINI, en el curso del debate sobre la Constitución italiana que algunos años atrás promoviera la Cámara del Trabajo de Brescia, recordaba el efecto detonador que las luchas sociales de finales de los años sesenta y de la primera mitad de los setenta del siglo pasado habían tenido sobre la producción normativa del Parlamento y sobre la cultura jurídica. En ese momento una nueva generación de magistrados cambia la lectura de la Constitución, una lectura que había permanecido latente durante dos décadas. Es un redescubrimiento provocado por la irrupción, en la escena política y social, de la clase obrera.

La constitucionalización de los derechos es siempre importantísima, aun cuando la producción del Derecho no sea nunca neutra y aun cuando el Derecho no se encuentre socialmente desencarnado. Pues permite la consolidación jurídica de las conquistas de la civilización y su incorporación al sentido común, confiriéndoles una fuerza normativa estable.

Cada vez que hemos ignorado este aspecto nos hemos arrepentido, pues si bien es cierto que las relaciones sociales influyen en la producción jurídica, también es cierto lo contrario, a saber, que la afirmación de un Derecho positivo retroactúa sobre las relaciones sociales e influye en su dinámica. Por ejemplo, la posesión del Estatuto de Trabajadores ha permitido que se desarrollara la sindicalización incluso en periodos de retroceso del movimiento.

La otra crítica, probablemente más radical, dirigida a la obra de FERRAJOLI es la que lo acusa de presentarse como un imponente proyecto de reforma social fundado sobre el Derecho, lo cual no es sino fruto de una fe ilustrada en la razón intrínsecamente poco realista.

Sobre esto, he de ser absolutamente sincero, no tengo nada que decir. Pues irrealismo o utopismo son las acusaciones que reiteradamente esgrimen todos los conservadurismos, la estaca que sistemáticamente se clava sobre aquellos proyectos que pretenden cambiar el orden de cosas existente.

En efecto, toda transformación profunda comporta una fatigosa puesta en discusión de la realidad, en este caso de la ausencia de derechos y por lo tanto implica una engelsiana «negación de la negación».

Un viejo partisano, originario de Brescia, protagonista a lo largo de toda su vida de muchísimas batallas contra la corriente y a favor de la libertad y la democracia, solía decir que «el realismo es la virtud de quien tiene la panza llena». Creo que tenía profundamente razón.

*(Traducción de Federico Arena)*

# ALGUNOS ASPECTOS DE LA METATEORÍA DE *PRINCIPIA IURIS**

Riccardo Guastini

*Universidad de Génova*

**RESUMEN.** El autor discute algunas tesis de la metateoría de L. FERRAJOLI. 1) En primer lugar, su concepción del objeto de la teoría del derecho, a saber, las estructuras formales de los sistemas jurídicos (el derecho se identifica simplemente con el conjunto de sus fuentes formales), lo que excluye del dominio de la investigación teórica el análisis lógico y pragmático de las doctrinas de los juristas, que son una parte importante del propio Derecho. 2) En segundo lugar, su concepción de las relaciones entre Derecho y lógica: en particular la idea según la cual los sistemas jurídicos deberían conformarse a los principios de la lógica deóntica (aunque de hecho no lo hagan), del tal forma que deberían ser completos y consistentes; así como la idea de que por un lado hay relaciones de implicación lógica entre normas, pero por otro lado las normas lógicamente implícitas no pertenecen al sistema jurídico si no han sido positivamente promulgadas. 3) En tercer lugar, su crítica de ciertas falacias que, en su opinión, serían típicas del normativismo y del realismo jurídico (esencialmente: la confusión sistemática entre Derecho válido y Derecho vigente).

**Palabras clave:** FERRAJOLI, sistema jurídico, lógica deóntica, normativismo, realismo jurídico.

**ABSTRACT.** The author discusses a number of theses pertaining to L. FERRAJOLI's meta-theory. 1) First, his conception of the subject matter of legal theory, viz. the formal structures of legal systems (the law being simply identified with its formal sources), which casts outside from theoretical investigation the logical and pragmatic analysis of lawyers' doctrines and reasoning, which in fact are a significant part of the law itself. 2) Secondly, his conception of the relationships between law and logic —in particular, the idea according to which legal systems ought to comply with the principles of deontic logic (although actually they do not), and hence ought to be consistent and gapless; and the idea according to which relationships of logical entailment among norms do exist, but nevertheless no logically implicit norm belongs to the legal system until it is actually promulgated. 3) Thirdly, his criticism of certain fallacies which, in his view, are typical of both normative and realistic theories of law (most of all, the systematic confusion between valid law and the law in force).

**Keywords:** FERRAJOLI, legal system, deontic logic, normativism, legal realism.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

## 1. EL OBJETO DE LA TEORÍA DEL DERECHO

Para L. FERRAJOLI (en adelante, LF)[1] —como para el BOBBIO de los años cincuenta[2]— el objeto de la teoría del Derecho es la identificación y el análisis «de las estructuras formales de los ordenamientos jurídicos independientemente de los valores que les dan forma y de sus variables y concretos contenidos prescriptivos» (p. 3); la teoría del derecho se dirige, entonces, «no al estudio de los contenidos normativos de un ordenamiento jurídico dado (que es la tarea típica de la dogmática), sino únicamente al análisis de las formas y de las estructuras del derecho positivo» (p. 4).

Sobre este punto, dos observaciones y un pequeño corolario.

i) *Primera observación*. La distinción entre teoría y metateoría es clara desde el punto de vista lógico: la metateoría es un metadiscurso del cual la teoría constituye el lenguaje-objeto. Pero la distinción no es igualmente tajante en el nivel de los hechos, por así decirlo: no solamente en el sentido (obvio) en el que en un mismo discurso se pueden mezclar distintos niveles de lenguaje, sino también en el sentido en que en ocasiones una tesis teórica tiene implicaciones (en sentido amplio) metateóricas y viceversa. Veamos a continuación un ejemplo.

La idea de que la teoría del Derecho tiene por objeto las «estructuras formales» de los ordenamientos (que es una tesis metateórica) presuponía en BOBBIO y presupone en LF una concepción peculiar del Derecho (es decir, una tesis teórica): aquella concepción que identifica el Derecho con el conjunto de los documentos normativos (con el «lenguaje del legislador», como decía BOBBIO[3], y como repite LF, p. 9). Tal concepción del Derecho[4] es problemática y, desde una mirada desencantada, parece algo ingenua.

La misma supone que las operaciones intelectuales llevadas a cabo por los juristas —la interpretación, las construcciones dogmáticas, la explicitación de normas no expresas (que se pretenden implícitas), etc.— sean un *quid* externo al Derecho y no una parte integrante del mismo. Supone que se puede hablar sensatamente del derecho (de los textos normativos) independientemente de las elaboraciones conceptuales, de las decisiones interpretativas, y de las operaciones de construcción jurídica llevadas a cabo por la dogmática[5].

A esta concepción se le puede señalar que los textos normativos no tienen, por así decirlo, vida propia independientemente de la interpretación y de la dogmática, y que por tanto aquello que llamamos «el Derecho» es indistinguible de los conceptos y de las doctrinas que usan los juristas, *aparentemente* para describirlo en el nivel de metalenguaje, *en realidad* para modelarlo. Desde este punto de vista, en resumen, el Dere-

---

[1] L. FERRAJOLI, 2007: *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari. Las referencias a esta obra son señaladas entre paréntesis directamente en el texto.

[2] N. BOBBIO, 1955: *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino.

[3] N. BOBBIO, 1950: «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», ahora bajo el título «Scienza giuridica» en N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino.

[4] Que se remonta, al menos, a J. AUSTIN, 1832: *The Province of Jurisprudence Determined*.

[5] Esta concepción supone también que el Derecho se agote en los textos normativos y que *no* incluya —como, por el contrario, quería KELSEN— las «normas individuales» creadas por las decisiones de los tribunales, de la administración, y por la autonomía privada.

cho es —en todo tiempo y lugar— simplemente indistinguible, como habría dicho G. TARELLO, de la «cultura jurídica»[6].

Esta concepción alternativa (aquí apenas esbozada, evidentemente) sugiere para la teoría del derecho un objeto un tanto diverso del que le parece apropiado a LF: no las estructuras formales del ordenamiento, entendido como discurso del «legislador» (en el sentido genérico de autoridad normativa), sino el análisis lógico y pragmático de los discursos de la «jurisprudencia», entendida obviamente como *sapientia juris*.

Así entendida, la teoría del Derecho se reduce —para utilizar una expresión puesta en circulación por BOBBIO— a «metajurisprudencia»[7] o, si se prefiere, a filosofía de la ciencia jurídica. Como parte integrante de la misma se encuentra, naturalmente, la teoría de la interpretación y de la argumentación, ausente, quizás no por casualidad, en el libro de LF.

En la concepción de LF teoría del Derecho y «ciencia jurídica» (en el sentido de dogmática o doctrina) no tienen relaciones lógicas evidentes. En la concepción alternativa, la teoría del Derecho es un metalenguaje del cual la «ciencia jurídica» constituye el lenguaje objeto.

ii) *Segunda observación*. Qué cosa sean las «estructuras formales» del derecho positivo no está del todo claro (no lo ha estado nunca, ni siquiera cuando BOBBIO se refería a ellas). Se comprende, en negativo, que la teoría del derecho prescinde del contenido prescriptivo de uno u otro ordenamiento. Pero, en positivo, ¿cuál es exactamente su objeto? En otra ocasión he arriesgado la hipótesis de que las estructuras formales del Derecho se identifican: por un lado, con el «néustico» de las normas; por otro lado, con el sistema de las fuentes[8]. Si es así, parece entonces que la teoría del Derecho se resume en una combinación de lógica deóntica y de teoría de las fuentes.

Sin embargo la lógica deóntica, como también se preocupa por subrayar LF en muchas ocasiones, vale (si vale) para cualquier conjunto de normas, y no sólo para las normas jurídicas. Y la teoría de las fuentes, por otra parte, es difícilmente distinguible de (una parte de) la ciencia del Derecho constitucional. En un cierto sentido la lógica deóntica es demasiado «formal» para la teoría del derecho y la Teoría de las fuentes no lo es suficientemente (no lo es completamente).

También se podría agregar esto: los conceptos teóricos serían estrictamente formales —en el sentido de indiferentes al contenido prescriptivo de los distintos ordenamientos— si, y sólo si, fuesen idóneos para describir cualquier ordenamiento positivo posible (sin coordenadas espacio-temporales). Pero es lícito dudar de que conceptos de este tipo se puedan construir. Sería posible construirlos si, y sólo si, todos los ordenamientos presentasen algunas características comunes. Y eso no es en absoluto cierto. Parece más sabio considerar los conceptos de la teoría general como idóneos para describir no cualquier ordenamiento (presente, pasado, o futuro), sino sólo grupos homogéneos de ordenamientos, similares y comparables: concretamente, los ordenamientos occidentales modernos.

---

[6] *Cfr.* por ej. G. TARELLO, 1974: *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, pp. 329 ss.

[7] N. BOBBIO, 1967: «Essere e dover essere nella scienza giuridica», actualmente en N. BOBBIO, 1970, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino.

[8] R. GUASTINI, 1996, *Distinguendo*, Torino, 45.

El *corolario* de estas observaciones es el siguiente. Para LF la teoría del Derecho es un discurso (casi) completamente artificial: un conjunto de estipulaciones. Para quien concibe la teoría del Derecho como metajurisprudencia —como análisis de una cultura jurídica espacio-temporalmente determinada— las cosas son diferentes.

Por una parte, la tarea de la teoría no es tanto construir conceptos nuevos, sino más bien reconstruir los conceptos empleados por los juristas: por tanto, no estipular, en el sentido más estricto, sino más bien redefinir. Por otra parte, la tarea de la teoría no es sólo el análisis de los conceptos (la investigación sobre el significado de las palabras), sino también el análisis lógico de los razonamientos y el análisis pragmático de las doctrinas de los juristas.

## 2. LÓGICA Y DERECHO

Según LF, la lógica, en particular la lógica deóntica, es un conjunto de prescripciones, un conjunto de «principios […] normativos» (p. 28) que, aun siendo «externos» al derecho, todavía «imponen al derecho positivo […] la lógica que éste de hecho no posee, pero que *de derecho* debe tener» (p. 28, la cursiva es mía). La lógica, en fin, gobierna el Derecho: no en el sentido que el Derecho sea conforme a la lógica, sino en el sentido que *debería* serlo.

Esto quiere decir, si no entiendo mal, que la lógica es vinculante para el legislador como si estuviese incorporada a la constitución (a una constitución rígida, se entiende) al modo de un «derecho sobre el derecho», como las normas sobre la producción jurídica[9].

Ahora bien, que la constitución (una constitución cualquiera) incorpore los principios de la lógica es algo, obviamente, implausible[10]. Sin embargo, es perfectamente plausible que la lógica deóntica sea un modelo de legislación racional, como ya lo ha sugerido VON WRIGHT[11]. Esta idea merece algunos comentarios.

Según LF, los principios que la lógica deóntica impone al legislador serían dos: el principio de coherencia y el principio de plenitud o completitud[12].

i) El principio de coherencia —una conducta no puede ser permitida y no permitida— prohíbe al legislador introducir antinomias en el sistema jurídico, en particular antinomias entre dos normas de distinto rango en la jerarquía de las fuentes. Así,

---

[9] La lógica deóntica, en otras palabras, tiene en la teoría de LF un papel análogo a lo que tiene el derecho natural en algunas versiones del iusnaturalismo.

[10] En realidad yo creo que el derecho positivo no sólo no incorpora la lógica, sino que por el contrario: a) puede autorizar inferencias lógicamente inválidas (por ej., inferencias por analogía), y b) puede impedir inferencias que serían lógicamente válidas (una norma implícita tácitamente derogada ya no puede ser inferida aunque sean todavía válidas las normas que la implican). *Cfr.* R. GUASTINI, 2001, «Cinco observaciones sobre validez y derogación», en *Discusiones*, n. 2, pp. 62 y ss.

[11] G. H. VON WRIGHT, 1982: «Norms, Truth, and Logic» (1982), en G. H. VON WRIGHT, 1983: *Practical Reason*, Oxford.

[12] Obsérvese que ambos principios gobiernan no un tipo de razonamiento, sino la propia formación del lenguaje legislativo. Personalmente, comparto la tesis de LF de que la lógica es una disciplina prescriptiva. Creo, sin embargo, que las prescripciones de la lógica sirven para controlar la validez de los razonamientos, no la formación de las premisas.

por ejemplo, el legislador (ordinario) no puede prohibir aquello que una norma constitucional permite.

ii) El principio de completitud tiene dos implicaciones distintas (aunque LF desarrolle sólo la segunda, de modo tal que me pregunto si la primera no es, tal vez, preterintencional).

ii.i) En primer lugar, una conducta no puede ser deónticamente incalificada, puesto que tal principio ordena al legislador calificar deónticamente cada conducta posible.

Esto deriva claramente del postulado según el cual «todo comportamiento supone la existencia de una modalidad deóntica de la cual es argumento» (p. 91). Lo que equivale a decir, me parece, que cualquier comportamiento sólo puede ser o permitido o no permitido: no se dan comportamientos deónticamente indiferentes. Se sigue que todo sistema deóntico es necesariamente completo, herméticamente cerrado, en el sentido que no existe conducta que no sea deónticamente calificada dentro del sistema.

ii.ii) En segundo lugar, se dan relaciones de implicación lógica entre normas, pues el principio ordena al legislador (ordinario) deducir todas las implicaciones lógicas de las normas, en particular de las normas superiores (constitucionales): si por ejemplo una norma constitucional (perteneciente a una constitución rígida) confiere un derecho subjetivo, el legislador debe establecer la obligación correspondiente, ya que toda norma que confiera un derecho implica lógicamente una norma que impone una obligación.

La idea de que el principio de coherencia es, en algún sentido, «vinculante» para un legislador racional no es nueva —se encuentra en VON WRIGHT y también en ROSS[13]— y da forma a una intuición difundida. Además, se puede sostener que el principio de coherencia está realmente incorporado a muchas constituciones vigentes bajo la forma de principio de igualdad.

En referencia a los dos aspectos del principio de completitud, pueden realizarse dos observaciones, sobre todo con el objetivo de subrayar la originalidad de la posición de LF.

*Primera observación.* Sobre la tesis de que cualquier comportamiento sólo pueda ser o permitido o no permitido —puesto que no se dan comportamientos deónticamente indiferentes— se puede estar de acuerdo, a la condición, por supuesto, de entender «permiso» en sentido débil, o sea en el sentido de no prohibido[14].

A primera vista, la tesis de LF podría ser entendida simplemente como una nueva formulación de la doctrina de la completitud necesaria de todo sistema normativo, argumentada a través del «principio de prohibición» (la norma general negativa de ZITELMANN[15],

---

[13] A. ROSS, 1968: *Directives and Norms*, London, cap. VI.

[14] Es un tanto sorprendente que en el libro de LF, al menos *prima facie*, no existan trazos de la distinción metateórica fundamental entre normas y proposiciones normativas (*cfr.* por ej. E. BULYGIN, 1982: «Norms, Normative Propositions, and Legal Statements», in G. FLOISTAD (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey*, vol. 3, The Hague, 1982), de la cual se sigue la distinción ulterior entre «permitido» en sentido débil, i.e. no prohibido, y «permitido» en sentido fuerte, *i.e.* positivamente calificado como permitido por una norma (G. H. VON WRIGHT, 1963: *Norm and Action*, Oxford; C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, 1971: *Normative Systems*, Wien).

[15] E. ZITELMANN, 1903: *Lücken im Recht*, Leipzig.

la norma general excluyente de DONATI[16]), ya definitivamente criticado por ALCHOURRÓN y BULYGIN[17].

Pero no se debe olvidar que el principio de completitud —como los principios lógicos en general— son, para LF, principios directivos de legislación racional: no pretenden describir ningún sistema normativo existente, sobre todo no un sistema dinámico (como lo es el derecho positivo), pero pretenden dirigir a —para usar la fórmula de Bobbio— «el buen legislador»[18]. De modo tal que el principio de completitud parece resumirse en esto: en la recomendación al legislador (¿o al constituyente?) de formular expresamente la norma general excluyente: «Todo aquello que no está expresamente prohibido está permitido», para cerrar el sistema jurídico[19].

Sugerencia, esta, bastante original, ya que, si no me equivoco, todos aquellos que hasta ahora han elucubrado sobre la completitud necesaria del Derecho siempre han sostenido que la norma general excluyente ya pertenece al Derecho (a cualquier sistema jurídico), aunque no esté expresamente formulada.

*Segunda observación*. LF, si entiendo bien, sostiene dos ideas notables: por un lado, la idea de que se dan relaciones de implicación lógica entre normas; por otro, la idea de que sin embrago las normas implícitas no pertenecen al sistema jurídico hasta que no sean expresamente formuladas por una autoridad normativa.

La originalidad de esta posición —que recuerda la distinción de CONTE entre validez deóntica y validez dianoética[20]— llama la atención si se confronta con la del último KELSEN[21]. Por una parte, LF no comparte la tesis del último KELSEN, según la cual no se dan relaciones lógicas entre normas. Por otra, LF lleva, sin embargo, a consecuencias extremas la tesis, también del último KELSEN, según la cual en el Derecho no existen normas que no sean «puestas», expresamente formuladas por alguna autoridad normativa.

Sobre este punto me limito a señalar tres problemas.

Uno. Las dos ideas de LF parecen discordantes entre sí. Si se dan relaciones lógicas —en particular, de implicación lógica— entre normas, entonces una norma lógicamente implícita debería existir en el sistema normativo del que se habla sin que se requiera formularla y promulgarla. Si, por el contrario, ninguna norma «existe» hasta que no sea formulada y promulgada, entonces no se dan relaciones de implicación lógica entre normas, o tales relaciones son jurídicamente irrelevantes. Para armonizar estas ideas —hijas directas de la tesis de que la lógica sea vinculante para el legislador pero no incorporada al derecho positivo— se requeriría quizás un complemento de argumentación.

Dos. La tesis según la cual se dan relaciones lógicas entre normas es notoriamente problemática (y la cuestión hasta ahora no está resuelta): por eso, la tesis requeriría

---

[16] D. DONATI, 1910: *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, (ahora en D. DONATI, 1966: *Scritti di diritto pubblico*, I, Padova).

[17] C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, cit., pp. 125 y ss.

[18] N. BOBBIO, 171: «Le bon législateur», en *Logique et analyse*, n. 53-54.

[19] *«Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas»* (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. 5).

[20] A. G. CONTE, 1986: «Deontico *vs.* dianoetico», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2.

alguna fundamentación filosófica (existen diversas a disposición[22], que van desde la lógica de la satisfacción hasta la lógica sin verdad).

Tres. La tesis según la cual las normas implícitas (incluso aquellas implícitas en sentido estricto, es decir en sentido lógico) no pertenecen al sistema jurídico —o sea la tesis según la cual el sistema jurídico no incluye todas las consecuencias lógicas de las normas puestas— contradice no sólo una conocida teoría de los sistemas normativos (aludo obviamente a ALCHOURRÓN y BULYGIN[23]), sino también la intuición común de los juristas[24]. Aquí también un complemento de argumentación sería bienvenido.

Finalmente, una nota marginal para concluir este punto. Las dos implicaciones (o aplicaciones) del principio de completitud suponen dos conceptos distintos de laguna. Bajo la la primera implicación, debe entenderse por laguna la omisión de calificación deóntica de un comportamiento (que es el concepto «clásico» de laguna normativa[25], puesto en discusión por ALCHOURRÓN y BULYGIN). Bajo la segunda, por laguna debe entenderse la omisión de promulgación de una norma que sería condición necesaria (no suficiente) para la efectividad de otra norma, o sea lo que se suele llamar «laguna técnica».

## 3. LA CRÍTICA DE LAS FALACIAS

Uno de los aspectos más notables de la metateoría de LF es el proyecto de crítica de cuatro falacias ideológicas:

> «a) la falacia iusnaturalista, que confunde la validez de las normas con su justicia, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas aunque injustas; b) la falacia ético-legalista, que confunde la justicia con la validez, impidiendo reconocer la existencia de normas injustas aunque válidas; c) la falacia normativista, que confunde el vigor de las normas con su validez, impidiendo reconocer la existencia de normas vigentes aunque inválidas; d) la falacia realista, que confunde la validez con la vigencia o incluso con la eficacia, impidiendo reconocer la existencia de normas válidas o de todos modos vigentes aunque ineficaces, o. peor, su invalidez o incluso su inexistencia sólo porque son eficaces» (p. 42).

Sobre esto no se puede no estar de acuerdo. Quiero solamente observar, para evitar equívocos, que sería no obstante un error reducir el normativismo y el realismo a las respectivas falacias en las cuales tanto uno como el otro pueden incurrir contingentemente. Tanto «normativismo» como «realismo» son términos algo equívocos (por ejemplo son usados en algunas ocasiones para designar una familia de teorías del derecho y en otras para designar una familia de teorías de la ciencia jurídica) y de todos modos vagos (porque justamente se refieren no a teorías, sino a familias de teorías). De todos

---

[21] H. KELSEN, 1965: «Diritto e logica», trad. it. en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. II, Torino.

[22] *Cfr.,* p. ej., E. BULYGIN, 1995: «Lógica deóntica», en C. E. Alchourrón (ed.), *Lógica*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. VII, Madrid.

[23] C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, cit.

[24] O, mejor dicho, varias intuiciones de los juristas, inclusa la intuición según la cual la norma individual contenida en el dispositivo de un fallo está justificada si, y sólo si, ha sido deducida de una norma general (junto con una proposición que describe los hechos del caso).

[25] Sobre esto versa el libro de A. G. CONTE, 1962: *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino.

modos, creo que se puede convenir que poseen un núcleo de significado generalmente compartido que, *grosso modo,* sería el siguiente.

Por normativismo se entiende comúnmente el punto de vista según el cual el Derecho es un conjunto de normas válidas (según los criterios de validez del sistema jurídico del que se trata), y la tarea de la ciencia jurídica es describir (el contenido de las) normas y no otra cosa: no lo que «es», sino lo que «debe ser».

Por realismo se entiende comúnmente el punto de vista según el cual el Derecho es el conjunto de las normas efectivamente usadas por los órganos de aplicación en la justificación de sus decisiones (normas por tanto vigentes, pero vigentes en un sentido ligeramente diferente de aquel que LF atribuye a esta palabra).

Ahora bien, si existe un acuerdo sobre estas definiciones mínimas, se puede decir lo siguiente:

i) El normativismo, en cuanto tal, no se resuelve necesariamente en una ideología falaz. Más bien yo diría que tiende a resolverse en un programa de ciencia jurídica que parece justamente coincidir con el que propugna LF.

Una descripción del Derecho de inspiración normativista, fiel a la idea de que es tarea de la ciencia jurídica describir lo que «debe ser», debería consistir precisamente en describir, entre otras cosas, lo que «debe ser» *según la constitución*, y por tanto en constatar aquellos fenómenos de invalidez (material) de la legislación ordinaria que son tan caros a LF. La ciencia jurídica de inspiración normativista es indistinguible de (una parte de) la dogmática.

ii) También el realismo, en cuanto tal, no se resuelve necesariamente en una ideología falaz. Se resuelve más bien en una descripción adiáfora —desde un punto de vista externo— de las normas efectivamente aplicadas por los órganos de aplicación (que no son sólo los tribunales): con independencia, ciertamente, de la validez de las propias normas, ya que de hecho sucede que los órganos de aplicación aplican normas inválidas y no dan aplicación a normas válidas.

Una descripción realista del Derecho vigente es una empresa científica puramente empírica, que no contribuye en ningún modo a la dogmática —no dice nada acerca de lo que «debe ser»— ni pretende sustituirla. Pero, ¿existe quizás otro modo, no empírico, de conocer el Derecho vigente? Siempre que no se quiera sostener que el conocimiento empírico del derecho carece de utilidad alguna...[26].

(*Traducción de Erica Frontini*)

[26] En un cierto sentido, es lo que sostenía KELSEN con el argumento de que la jurisprudencia normativa describe en términos de «deber ser» precisamente esas mismas normas que la jurisprudencia realista pretende describir en términos de probabilidad de aplicación, porque la jurisprudencia normativa describe normas válidas dentro de un ordenamiento en su conjunto eficaz, y por tanto normas que probablemente serán obedecidas o aplicadas. H. KELSEN, 1945: *General Theory of Law and State*, Cambrige (Mass.), 169 ss.

# *PRINCIPIA IURIS:* OPTIMISMO METODOLÓGICO Y REAFIRMACIÓN DE LA CULTURA DE LOS DERECHOS *

Tecla Mazzarese **

*Universidad de Brescia*

**RESUMEN.** *Principia iuris,* de L. FERRAJOLI, ofrece una teoría comprehensiva del Derecho y de la democracia de una importancia singular en la literatura internacional de las últimas décadas. Después de hacer referencia a algunas de sus principales características distintivas, este artículo pone el énfasis en la significación del aparato teórico y argumentativo de *Principia iuris,* que permite a quien esté preocupado por su protección, reaccionar y responder a la diaria y progresiva deslegitimación de la doctrina y la cultura de los derechos fundamentales. En especial, el artículo se centra en la significación de la teoría de FERRAJOLI para responder a cinco alegaciones generalizadas que pretenden socavar la doctrina y la cultura de los derechos fundamentales: *a)* el restablecimiento de la guerra como forma de protección internacional; *b)* la advertencia contra sus connotaciones occidentales e imperialistas; *c)* la pretensión de una redefinición minimalista de su catálogo; *d)* el cuestionamiento de si el Derecho es necesario para asegurar su protección y ejecución, y *e)* el rechazo de sus declaraciones jurídicas internacionales y de su protección judicial como principales medios que llevan a su violación.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, *Principia iuris,* teoría del Derecho y de la democracia, derechos fundamentales.

**ABSTRACT.** *Principia iuris* by L. FERRAJOLI provides a comprehensive theory of law and democracy of singular relevance in the international literature of the last decades. After mentioning some of its primary distinguishing features, this paper focuses on the import of the theoretical and argumentative apparatus of *Principia iuris* which allows those who cares for their protection to react and reply to the everyday progressive delegitimation of the doctrine and culture of fundamental rights. Namely, it focuses on the import of FERRAJOLI's theory in answering five widespread sort of contentions undermining the doctrine and the culture of fundamental rights: *a)* the restatement of war as a means for their international protection, *b)* the warning against their Western connotation and imperialistic intent; *c)* the claim for a minimalist redefinition of their catalogue; *d)* the query as to whether law can be taken to be a necessary condition to secure their protection and enforcement, *e)* the refusal of their (inter)national legal statement and judicial enforcement as the principal means of their violation.

**Keywords:** FERRAJOLI, *Principia Iuris,* theory of law and democracy, fundamental rights.

---

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

** Quiero agradecer a P. PAROLARI sus comentarios, atentos y precisos, a un primer borrador de este trabajo.

Non muchas las razones que hacen de *Principia iuris,* de L. FERRAJOLI, una obra atípica y singular, una obra rara en la literatura internacional en los últimos decenios. Haré un rápido inventario de las razones que hacen singular la obra (§ 1), para después detenerme en la que hace de ella un repertorio de argumentos irrenunciables y, antes que eso y aún más significativamente, un sólido aparato conceptual para quien se proponga abordar y hacer frente a la galopante retórica de la antiretórica sobre los derechos fundamentales; esto es, para quien quiera responder a los autores, cada vez más numerosos, que contribuyen a la progresiva deslegitimación de la doctrina y de la cultura de los derechos fundamentales con sus críticas, perplejidades y propuestas reduccionistas o deflacionistas (§ 2).

## 1. UNA OBRA ATÍPICA

Aunque sin pretensiones de completud, y sin profundizar adecuadamente en los diversos temas que se mencionarán, lo que sigue es un reconocimiento sumario de algunas de las razones que hacen singular *Principia iuris,* desde los puntos de vista metodológico y teórico, y que durante los años de su largo proceso de elaboración han suscitado sobre ella atención e interés, antes incluso de su publicación.

### 1.1. Democracia, Derecho y razón

La primera singularidad y la más manifiesta es el tamaño, que atemoriza y sorprende por igual; un tamaño que, como ha señalado M. ATIENZA, recuerda las grandes obras filosóficas del pasado: imponentes, sorprendentemente rigurosas en su articulación, atentas y cuidadosas en la argumentación. En la mejor tradición de las grandes obras filosóficas, *Principia iuris* tiene la impronta de una idea fuerte que la funda y que, en una sola frase, sintetiza y deja clara su razón de ser; una frase que pronuncia FERRAJOLI en Camerino, ya diez años antes de la publicación de *Principia iuris,* en 1997, con ocasión de la concesión de un doctorado *honoris causa* a N. BOBBIO, entre las conclusiones de su *laudatio:* «hay una cosa que la historia (del siglo XX) nos ha enseñado: que en la construcción de la democracia no existen alternativas al Derecho y que, en la construcción del Derecho, no existen alternativas a la razón»[1].

La convicción de FERRAJOLI en la doble interdependencia entre democracia y Derecho, por una parte, y Derecho y razón, por la otra, ha acompañado toda su producción científica, ya desde la publicación en 1970 de su primer libro, *Teoria assiomatizzata del diritto,* y aún antes, como él mismo ha tenido ocasión de recordar[2], desde su tesis de licenciatura, en 1962, *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa.* Una convicción, la de la doble interdependencia entre democracia y Derecho y entre Derecho y razón, que ha seguido siempre reivindicando y defendiendo con coherente tenacidad en su basta producción científica, en sus numerosas intervenciones en la pren-

[1] L. FERRAJOLI, 1999: p. 14.
[2] L. FERRAJOLI, 2007b.

sa y en las distintas manifestaciones de su constante dedicación civil, contra toda tentación deconstructivista que tienda hacia el pensamiento débil, y contra toda propensión realista que induzca a la deslegitimación de los principios del Estado de derecho y de los valores de la democracia constitucional; una convicción que en *Principia iuris* FERRAJOLI ha reafirmado una vez más, delineando una teoría completa y rigurosamente articulada de la misma.

### 1.2. Una teoría axiomatizada del iusconstitucionalismo

Una segunda razón que hace singular la obra, que sorprende aún más que su tamaño, es que en *Principia iuris* se presenta una teoría axiomatizada del Derecho (del Derecho existente en los países, cada vez más numerosos después de la segunda posguerra, que se han dotado de una constitución escrita, larga, rígida y garantizada); una teoría axiomatizada que se considera funcional y al mismo tiempo complementaria a una teoría de la democracia constitucional (ésta no axiomatizada, pero rigurosamente diseñada y articulada en los diversos elementos que la conforman).

FERRAJOLI procura y defiende decididamente esta singularidad, que no carece de ilustres precedentes en la historia de la filosofía del Derecho (valga por todos la referencia a LEIBNIZ), y no sólo justifica la adopción del método axiomático con «razones teoréticas», como «la simplificación del lenguaje teórico» y «la claridad y univocidad de los conceptos y de las tesis asumidas», sino que también reivindica de esta elección metodológica una «función práctica» porque «el método axiomático representa [...] un potente instrumento de clarificación conceptual, de elaboración sistemática y racional, de análisis crítico y de invención teórica [...] particularmente eficaz para la explicación de la creciente complejidad y falta de efectividad de los ordenamientos modernos, así como también de esquematización de sus modelos normativos y de sus técnicas de garantía»[3].

En particular, *Principia iuris* ofrece una teoría axiomatizada del paradigma jurídico que en la literatura iusfilosófica y filosófico-política de los últimos años se ha denominado neoconstitucionalismo y que, quizás para tomar distancia de las versiones del mismo que tienden a sostener una (nueva) versión de cognoscitivismo ético, superponiendo y confundiendo Derecho y moral, FERRAJOLI prefiere denominar «iusconstitucionalismo»[4]. Así pues, desde el punto de vista teórico, *Principia iuris* ofrece una teoría axiomatizada del paradigma jurídico de los países que, librados de regímenes totalitarios y antiliberales, se han dotado después de la segunda posguerra de una constitución escrita, larga, rígida y garantizada; esto es, una constitución que al posi-

[3] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 1, pp. vi-vii.

[4] La literatura iusnaturalista del neoconstitucionalismo está tan difundida y enraizada que, para rescatar el modelo teórico de FERRAJOLI de las críticas o, según los casos, de los elogios por sus pretendidas conmistiones con el derecho natural, L. PRIETO, 2008, propone un largo y detallado análisis para mostrar que la que se desarrolla en *Principia iuris* es «una teoría del Derecho no (neo)costitucionalista para el Estado constitucional». Ahora bien, aunque difundida y enraizada, la teoría de matriz iusnaturalista no es, sin embargo, como presupone también la lectura de PRIETO, la única lectura posible del neoconstitucionalismo, ni la más convincente. Una lectura iuspositivista del neoconstitucionalismo, o, en la terminología de GUASTINI, de la «constitucionalización del ordenamiento», es defendida, por ejemplo, por E. BULYGIN, 2007: p. 186; L. FERRAJOLI, 2006: pp. 23-38; R. GUASINI, 2002, y T. MAZZARESE, 2002a, 2002b y 2007.

tivizar los Derechos fundamentales y el principio del mantenimiento de la paz asume y delimita lo que FERRAJOLI denomina «esfera de lo indecidible»; una esfera de lo indecidible «que y que no», que se sustrae, al menos idealmente, aunque no siempre de hecho, a la discrecionalidad del legislador y se protege de las ingerencias e interferencias del mercado y de la política. En particular, en la caracterización que propone FERRAJOLI, «la esfera del *"indecidible que",* esto es, de lo que no está permitido (o está prohibido) decidir (está) determinada por el conjunto de los *derechos individuales* que impiden, como expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; y la esfera de lo *"indecidible que no",* esto es, de lo que no está permitido que no (o es obligatorio) decidir, (está) determinada por el conjunto de los *derechos sociales,* que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones idóneas para satisfacerlos»[5].

### 1.3. Un modelo integrado de ciencia jurídica

Una tercera razón de la singularidad de la obra, por ser poco habitual en la literatura de los últimos decenios, es que *Principia iuris,* como se ha mencionado anteriormente en relación a sus aspectos metodológicos y teóricos, pretende ofrecer una teoría unitaria y completa en la que el Derecho y la democracia son dos dimensiones complementarias de un mismo esquema conceptual y de un mismo proyecto político[6]; una teoría detallada en su desarrollo y de sorprendente riqueza en la multiplicidad de los temas afrontados. En particular, una teoría unitaria y completa que, como ha subrayado el propio FERRAJOLI, en neta contraposición con una situación «caracterizada por un sustancial analfabetismo jurídico de los filósofos y de un no menor analfabetismo filosófico de los juristas», propone un «modelo integrado de ciencia jurídica» que, sin ignorar las respectivas competencias disciplinares, temáticas y metodológicas, reivindica la complementariedad recíproca entre teoría del Derecho, dogmática, filosofía política y sociología del Derecho[7].

### 1.4. Una irreductible confianza en el diálogo

Por último, pero no por ello menos importante, otra razón de la singularidad de la obra es que, ya desde años antes de su publicación, *Principia iuris* está en el centro de un vivaz debate internacional. Durante los cuarenta años que han acompañado su redacción, en efecto, tanto la elección del método axiomático como las distintas tesis en las que FERRAJOLI iba desarrollando y articulando su propia teoría del Derecho y de la democracia constitucional, han sido muchas veces discutidas y sometidas a un cuidadoso examen crítico[8]. FERRAJOLI ha respondido a cada observación, comentario o crí-

---

[5] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 2, p. 19.

[6] En el mismo sentido se pronuncia G. PRETEROSSI, 2008, quien, entre la literatura de los últimos decenios, considera que, a parte de *Principia iuris,* la única excepción se encuentra en J. HABERMAS, 1992.

[7] L. FERRAJOLI, 2007b.

[8] En particular, son testimonio de este análisis el volumen editado por L. GIANFORMAGGIO en 1993 sobre las tesis y los argumentos de *Diritto e ragione;* el volumen editado por E. VITALE en 2001, que reproduce (parcialmente) el debate que se desarrolló en las páginas de «Teoría Política» entre 1998 y 2000 sobre los derechos

tica, testimoniando así su irreductible fe en el diálogo y en la discusión, de forma atenta y puntual, y ésta es una singularidad adicional de *Principia iuris,* explicando y argumentando en cada ocasión el porqué de sus propias tesis y las razones de los argumentos elegidos para justificarlas. *Principia iuris* es, en efecto, el resultado de un proceso de redacción y revisión desarrollado ininterrumpidamente durante más de cuarenta años. Un proceso al que ni siquiera la publicación parece haber puesto definitivamente fin, como certifican, en este número de *Doxa* que publica sus actas, las réplicas de FERRAJOLI, siempre meticulosamente detalladas, a las diversas intervenciones realizadas en el primer seminario dedicado a *Principia iuris* pocas semanas después de su publicación.

La irreductible fe de FERRAJOLI en el diálogo y la discusión, evoca, casi de forma paradigmática, las tesis habermasianas sobre la acción comunicativa y sobre la teoría discursiva del Derecho y de la democracia; es más, FERRAJOLI parece ir más allá de esas tesis cuando, sin ignorar ni infravalorar las dificultades (teóricas y metateóricas) que pueden prejuzgar los resultados de la acción comunicativa, en abierta contraposición al «pesimismo realista [...], derrotista y paralizante», invita a asumir como «principio metodológico de la acción política y, antes aún, de la filosofía política [...] el optimismo, en cuanto perspectiva de la transformación posible»[9]. El optimismo como principio metodológico, no a pesar de, sino, precisamente, debido a las muchas causas que desde hace algunos años marcan la crisis del constitucionalismo.

## 2. EL REALISMO DE UNA TEORÍA POLÍTICAMENTE INACTUAL

A modo de conclusión de la *Prefazione,* FERRAJOLI anticipa y resume las críticas de «inactualidad» que podrían dirigirse a *Principia iuris,* respectivamente, en el plano metateórico, teórico y político: desde el punto de vista *metateórico* porque la aspiración del neopositivismo lógico, que lo connota fuertemente, parece a estas alturas «abandonada por las más recientes orientaciones postracionalistas»; desde el punto de vista *teórico,* porque el modelo de Derecho ligado «al paradigma constitucional diseñado por las constituciones de la segunda posguerra» está «cada vez más alejado de las carencias efectivas de las viejas soberanías estatales, de la pérdida de unidad y capacidad regulativa del Derecho y de la complejidad y confusión de sus fuentes de producción»; desde el punto de vista *político,* finalmente, porque «sugiere la hipótesis de una democracia fundada, a nivel de los ordenamientos estatales y del ordenamiento internacional, sobre la garantía de la paz y de los derechos vitales de todos», en años en los que se asiste, en cambio, «al retorno de la guerra como instrumento de dominio y de solución ilusoria de los problemas internacionales, a procesos de radical desregulación a la vez que de inflación legislativa, a la globalización de la economía y de las comunicaciones, pero no del Derecho y de los derechos, al crecimiento exponencial de las desigualdades y de las devastaciones ambientales, a la muerte cada año de millones de seres humanos por

fundamentales; el volumen sobre el garantismo editado por M. CARBONELL y P. SALAZAR en 2005 y, un año después, la réplica de FERRAJOLI.

[9] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 2, p. 611.

hambre o por enfermedades no tratadas, a la proliferación de poderes extralegales y salvajes tanto públicos como privados»[10].

En particular, la inactualidad que FERRAJOLI prevé que desde el punto de vista político se puede objetar a *Principia iuris* parece ser la de haber puesto a punto un aparato teórico-conceptual en el que la conjugación de Derecho y de democracia constitucional ofrece, finalmente, una teoría unitaria y completa, rigurosamente articulada en sus distintos pasos y sorprendentemente rica en sus contenidos, de la que en 1990 BOBBIO proponía denominar edad de los Derechos, y de la que sintetizaba el núcleo último y fundante afirmando que «[d]erechos del hombre, democracia y paz son tres momentos necesarios del mismo movimiento histórico: sin reconocimiento y protección de los Derechos del hombre no hay democracia; sin democracia no se dan las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos»[11].

Pero, desde el punto de vista político, ¿es realmente inactual, hoy, una teoría que, como la de *Principia iuris,* conjugue Derecho y democracia constitucional, esto es, que sugiera «la hipótesis de una democracia fundada, al nivel de los ordenamientos estatales y del ordenamiento internacional, sobre la garantía de la paz y de los Derechos vitales de todos»? Y en caso afirmativo, ¿en qué sentido?

Obviamente, si por inactual se entiende minoritaria y a contracorriente respecto de las que, desde hace algunos años, accidental y contingentemente debido al actual (des)orden internacional, constituyen, por un lado, la convicción prevaleciente entre los estudiosos de distintas disciplinas y, por el otro, una práctica recurrente de las políticas de las administraciones de muchos países (occidentales y no occidentales) que contribuyen, la segunda más que la primera, a la progresiva deslegitimación de la doctrina y de la cultura de los Derechos fundamentales, entonces, desde el punto de vista político, la teoría sostenida en *Principia iuris* es decididamente inactual.

Es más, si por inactual se entiende la difundida falta de efectividad y la reiterada violación de los principios de la doctrina y de la cultura de los Derechos fundamentales, entonces, una vez más, la teoría de *Principia iuris* es inactual porque, como ha denunciado en diversas ocasiones el propio FERRAJOLI, la edad de los derechos «es también la edad de su violación masiva y de la más profunda e intolerable desigualdad»[12].

Pero, ¿son realmente éstos, desde el punto de vista político, los criterios con los que valorar y decidir la actualidad de una teoría del Derecho y de la democracia? ¿Son realmente el parámetro del eventual consenso sobre sus tesis o de la eventual ineficacia de sus principios? Muchos realistas, deconstruccionistas y críticos del Derecho están fuertemente convencidos de ello. Sin embargo, a pesar de su firme convicción, ninguno de los dos criterios es particularmente atendible. No lo es el primero, el criterio del consenso, porque de por sí no proporciona protección alguna contra los riesgos de una dictadura de la mayoría ni contra sus posibles derivas totalitarias. No lo es tampoco el

[10] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 1, p. ix.

[11] N. BOBBIO, 1990b: p. vii.

[12] L. FERRAJOLI, 2004: p. 347. Otros filósofos del Derecho y de la política han realizado observaciones similares, aunque no siempre, como es el caso de FERRAJOLI, para exigir una realización coherente y eficaz de los principios de la edad de los derechos sino más bien, como se señala más adelante (§ 2.5) respecto del movimiento de los *critical legal studies,* para deslegitimar la cultura de los que son expresión.

segundo, el criterio de la ineficacia, porque incurre en lo que los filósofos condenan como falacia naturalista: esto es, la inferencia de una conclusión normativa (la no obligatoriedad o injusticia de un principio) a partir de un dato empírico (su falta de efectividad o su violación).

Ahora bien, si el criterio para decidir acerca de la actualidad de una teoría no es el consenso del que eventualmente gocen sus tesis, ni el grado de efectividad de sus principios, porque ni el uno ni el otro permiten confutar las razones que la justifican y la fundan, entonces, desde el punto de vista político, la teoría propuesta en *Principia iuris* puede ser considerada una teoría más que nunca actual para quien quiera defender y reafirmar las buenas razones de la doctrina y de la cultura de los Derechos. Una teoría más actual que nunca porque, como se ha señalado ya, no sólo identifica y formula con claridad los argumentos que permiten responder a las siempre más frecuentes reservas, objeciones y críticas que contribuyen a la progresiva deslegitimación de la doctrina y de la cultura de los Derechos, sino sobretodo porque elabora un modelo jurídico y político conjunto (para FERRAJOLI no hay, en efecto, democracia sin Derecho), en el que se configuran los instrumentos para llevar a cabo y garantizar la tutela de los derechos y el mantenimiento de la paz; esto es, un modelo jurídico y político que muestra cómo la tutela de los Derechos y el mantenimiento de la paz no sólo pueden cumplirse sino que, a la larga, resultan una elección más realista y económica que su violación.

En particular, *Principia iuris* presenta un aparato teórico-conceptual y una amplia gama de argumentos que permiten demostrar que no es convincente ni mucho menos adiáforamente neutra, como a veces se pretende, ninguna de las cinco principales posiciones a las que, quizás simplificando, es posible reconducir muchas críticas de las que ha sido objetivo la doctrina y la cultura de los Derechos, cada vez más a menudo en los últimos años [13].

### 2.1. Las insidias de la «neolengua» de los derechos en la posguerra fría

El rigor y la claridad con que *Principia iuris* identifica y articula los principios del Estado de derecho, conjugándolos a los valores de la democracia constitucional, proporcionan, ante todo, un instrumento precioso para desmontar la que es, quizás, la crítica más insidiosa; esto es, la crítica que tiende a deslegitimar la cultura de los derechos, no mediante la puesta en cuestión de sus principios y valores sino, por el contrario, reivindicando la pretensión de quererlos difundir y tutelar. Se trata en particular de la posición de quien, con una destreza lingüística no inferior a la de George Orwell (quien además la había inventado en *1984*), repropone una «neo-lengua» en la cual: «la guerra es paz; la libertad es esclavitud; la ignorancia es fuerza»; y, con indudable fantasía onomástica, enriquece su vocabulario siempre con nuevos oxímoron que denominan «inteligentes» las bombas, «vulgar» el pacifismo y «humanitarias» las guerras.

[13] Sin hacer referencia a los argumentos propuestos en *Principia iuris,* la incoherencia y las connotaciones ideológicas de muchas de las críticas a la doctrina y a la cultura de los derechos fueron ya señaladas en T. MAZZARESE, 2006b.

Pero no sólo esto; se trata también de la posición de quien acompaña esta irrefrenable tendencia a la invención continua de nuevos oxímoron con una notable propensión a los paralogismos y, según los casos, no tiene reserva alguna para afirmar la necesidad de: bombardear con bombas de fragmentación (que luego permanecen durante años en el terreno como minas listas a explotar a cualquier contacto) los lugares en los se lamenta que a los niños les esté prohibido jugar corriendo felices tras una cometa[14]; además de bombardear grandes ciudades y pequeñas poblaciones, casas y mercados donde se encuentran las mujeres a las que se pretende liberar del burka y de la opresión de una cultura integrista que mortifica su dignidad; de contaminar cauces de agua y destruir calles, puentes y toda infraestructura económica de pueblos a los que se quiere liberar de la plaga de la miseria; de profanar y hasta destruir lugares de culto de quienes son acusados de ser integristas e intolerantes hacia otras culturas y religiones[15]; de utilizar armas prohibidas por las convenciones internacionales (frecuentemente ni siquiera ratificadas) y de reproponer incluso el recurso a armas atómicas para evitar el peligro de que otros puedan utilizar o aún sólo disponer de armas de destrucción masiva; de justificar la institución de tribunales militares y cárceles especiales, cuando no incluso el recurso a prácticas como la tortura[16], en aquellos países de los que se estigmatiza la barbarie de los regímenes totalitarios que los han gobernado.

Esta posición que tiende a deslegitimar la cultura de los derechos, no contestándola sino reinventando su gramática y las modalidades de su declaración, es particularmente insidiosa porque, no obstante la tosquedad de sus argumentos y de su lenguaje, logra frecuentemente distraer la atención de los intereses económicos y de las lógicas de poder de las que es expresión, ofreciendo, a quien quiera cuestionar tanto unos como las otras, el falso blanco de la tutela internacional de los derechos. Por ello, resulta de obvia importancia una teoría que, como la delineada en *Principia iuris,* permite poner de nuevo orden en el léxico y en el aparato conceptual de los derechos y de sus garantías.

---

[14] Se hace referencia a la guerra en Afganistan, iniciada el 7 de octubre de 2001 en respuesta al ataque terrorista del 11 de septiembre y, con el pasar de los meses, vio justificada su continuación recurriendo (también) a otras y distintas motivaciones como la reivindicación del derecho de los niños a jugar con las cometas o la denuncia de la opresión de las mujeres y del carácter totalitario y antiliberal del régimen talibán.

[15] Se hace referencia al bombardeo de la mezquita de Falluja en la primavera de 2004 y a los repetidos combates que se desarrollaron en sus muros.

[16] Por lo que respecta a la tortura, es ya conocido que no se ha tratado de casos aislados y no autorizados, como las fuentes oficiales sostuvieron después de las primeras denuncias relativas a la base de Guantánamo en Cuba, a la cárcel de Abu Ghraib en Iraq y a los centros de detención de Bagram y Gardez en Afganistán. Por un lado, en efecto, desde hace ya algunos años los términos de la relegitimación de la tortura han sido objeto de un debate público que, como ha señalado A. M. DERSHOWITZ, 2002: p. 134, tuvo inicio después del 11 de septiembre cuando *«FBI agents began to leak stories suggesting that they might have to resort to torture to get some detainees, who were suspected of complicity in Al-Qaeda terrorism, to provide information necessary to prevent a recurrence»;* un debate público al que no ha faltado siquiera la contribución de quien, como M. IGNATIEFF, 2004: pp. 136-144, en casos excepcionales como el del terrorismo internacional, ha sugerido una posible justificación del recurso a la tortura en nombre de una «ética del mal menor». Y, por otro lado, junto al debate público sobre los términos teórico-filosóficos de su relegitimación, por parte gubernamental no han faltado admisiones y confirmaciones cada vez más numerosas, explícitas y autoritativas, hasta llegar el 8 de marzo de 2008 al veto opuesto por el Presidente de los Estados Unidos, G. W. Bush, a la ley aprobada por el Congreso para abandonar técnicas de interrogatorio particularmente violentas como la del *waterboarding* (una suerte de simulación de ahogo).

### 2.2. Universalismo de los derechos y valoración de las diferencias

Una segunda posición a la que es posible reconducir algunas de las críticas que contribuyen a la deslegitimación de la cultura de los derechos es la de quien denuncia su supuesto imperialismo ético-cultural. A esta posición pueden reconducirse las críticas (heterogéneas en la pluralidad de sus diversas formulaciones y connotaciones) de quien, no sólo en nombre del comunitarismo y del multiculturalismo sino también de la *gender theory* y más recientemente también de la *critical race theory*[17], cuestiona el universalismo de los derechos y reivindica una declaración del catálogo de los derechos que, según los casos, tome en cuenta las diversas identidades culturales y/o de género y/o de «raza»[18].

Ahora bien, pese a la variedad de acentos en su formulaciones, las críticas al imperialismo ético-cultural de la doctrina de los derechos parecen desconocer la participación de países occidentales y orientales, del norte y del sur del mundo, en la redacción de su catálogo en la *Declaración universal,* y, sobre todo, parecen no tomar en cuenta que la doctrina de los derechos, más que ninguna otra, está orientada laicamente al respeto del pluralismo cultural y moral. Esto es, esas críticas parecen ignorar, como escribe CASSESE, la conclusión de una detallada reconstrucción crítica de su génesis, que «[l]a Declaración Universal es *fruto de varias ideologías: el punto de encuentro y de reunión de concepciones diversas del hombre y de la sociedad*» y que «ella no constituye el simple "agrandamiento", a nivel mundial, de textos nacionales, sino la "adaptación" de aquellos textos a un mundo multicultural, profundamente heterogéneo y dividido»[19].

Es más, siempre en la variedad de acentos de sus distintas formulaciones, las reivindicaciones de una declinación distinta del catálogo de los derechos que tome en consideración y dé cuenta de la especificidad de identidades distintas parece ignorar, como FERRAJOLI ha subrayado en muchas ocasiones, y como repite una vez más, que «el universalismo de los derechos fundamentales [...] no sólo es compatible con el respeto de las diferencias reivindicado por el multiculturalismo, sino que constituye su principal garantía», porque son «los derechos fundamentales, y específicamente los derechos de libertad los que garantizan [...] el valor igual de todas las diferencias personales, empezando por las culturales, que hacen de cada persona un *individuo diferente* de todos los demás y de cada individuo una *persona igual* a todas las demás»[20]. Esto es, las reivindicaciones de una declinación distinta del catálogo de los derechos fundamentales en función de las distintas identidades parecen ignorar, como confir-

---

[17] Sobre la *critical race theory,* aún poco debatida en Europa, *cfr.,* por ejemplo, C. WEST, 1994; K. CRENSHAW, N. GOTANDA, G. PELLER y K. THOMAS (eds.), 1995; K. THOMAS y G. ZANETTI (eds.), 2005, y Th. CASADEI y L. RE (eds.), 2007.

[18] Aunque en términos bastante problemáticos, manifiesta una posición crítica respecto del universalismo de los derechos, R. ROSSANDA, 2007, cuando, en la propia recensión a *Principia iuris,* a pesar de declarar que está «de su parte», formula a FERRAJOLI la pregunta tantas veces planteada por las teóricas de la diferencia de género: «¿es posible que un código, sus lemas y sus jerarquías, escritos por uno de los dos sexos, valga absolutamente para el otro y (que se trate) sólo de aplicarlo con la coherencia que hasta ahora no habría tenido?».

[19] A. CASSESE, 1988, reed. 1999: p. 47, la cursiva es del autor. Con tonos y acentos no siempre coincidentes, un análisis parecido puede encontrarse también, por ejemplo, en M. SALVATI, 2006: p. 34, y en M. FLORES, 2006: pp. 101-104.

[20] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 2, pp. 58-59.

man en cambio las críticas dirigidas en diciembre de 2007 a la ONU y a sus valores por el Papa Benedicto XVI[21], que la de los derechos es la doctrina que, más que ninguna otra, tiene la impronta laica del respeto del pluralismo cultural y moral. Dicho de otro modo, esas reivindicaciones parecen ignorar, como FERRAJOLI exhorta en cambio a no olvidar, que «la primera libertad afirmada en Europa ha sido la libertad de conciencia, que es un típico derecho cultural, es más, el primer y fundamental derecho a la tutela de la propia identidad y diferencia cultural», y que la libertad religiosa, la libertad de manifestación del pensamiento y otras libertades fundamentales «sirven todas para tutelar la identidad diversa, disidente, no homologable de cada persona»[22].

### 2.3. El aparente pragmatismo antiretórico del minimalismo de los derechos

Entre las distintas formas de deslegitimación de la doctrina y de la cultura de los derechos, en los últimos años ha obtenido una creciente atención y siempre mayores consensos la del denominado minimalismo. La propuesta de poner en marcha una política deflacionista de los derechos, expresión aparente de un pragmatismo supuestamente no condicionado por compromisos ideológicos, se presenta, en efecto, como la única solución razonablemente practicable para contener la crisis de la edad de los derechos. Cautivante en la sobriedad de su formulación, la solución indicada por el minimalismo prevé una doble estrategia: ante todo una cuidadosa selección, que quizás podría ser sancionada en una «Segunda Declaración Universal»[23], de los derechos «realmente» esenciales entre aquellos que se confunden y se superponen en una inflación ya fuera de control y, contextualmente, una adecuada redefinición de los mecanismos que permitan asegurar una tutela «realmente» eficaz de los derechos «realmente» esenciales. A pesar de la referencia al pragmatismo y la intolerancia declarada a la retórica de «un humanismo que se adora a sí mismo»[24], la del minimalismo no es —como

[21] Se hace referencia al discurso que Benedicto XVI realizó el 1 de diciembre de 2007 a las organizaciones no gubernamentales de inspiración católica; en ese discurso, Benedicto XVI deploró, en efecto, que «a menudo, el debate internacional (se presente) marcado por una lógica relativista que parece sostener, como única garantía de una convivencia pacífica entre los pueblos, la negación de ciudadanía a la verdad sobre el hombre y sobre su dignidad, así como también a la posibilidad de un actuar ético fundamentado en el reconocimiento de la ley moral natural». Es más, algunos meses después, a pesar del tono aparentemente más conciliador, Benedicto XVI manifestó de nuevo su preocupación por la posible deriva relativista de los derechos fundamentales, en New York, en el discurso ante la Asamblea de las Naciones Unidas del 18 de abril de 2008. En esta ocasión, en efecto, Benedicto XVI reconoció que la declaración universal de 1948 «fue el resultado de una convergencia de tradiciones religiosas y culturales, todas ellas motivadas por el deseo común de poner a la persona humana en el corazón de las instituciones y leyes y acciones sociales», pero, una vez más, ha destacado especialmente el peligro de «ceder a una concepción relativista, para la que el significado y la interpretación de los derechos podrían variar y su universalidad (ser) negada en nombre de contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos diferentes».

[22] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 2, p. 59.

[23] Así, por ejemplo, A. FERRARA, 2003a, escribe que una «Segunda Declaración Universal de los derechos Humanos», oportunamente circunscrita a «aquellos poquísimos derechos genuinamente fundamentales», podría «con indiscutida autoridad jurídica y no sólo moral, identificar con claridad [...] qué tipos de violación de los derechos humanos fundamentales constituyen motivo para una legítima intervención militar que sólo entonces podría despojarse del título de "guerra" y asumir el de "operación de policía"»; *cfr.,* además, A. FERRARA, 2003b: pp. 398-399.

[24] Referencia a M. IGNATIEFF, 2001b: p. 53.

pretende y reivindica— una «razonable apología de los derechos»[25] sino, por el contrario, una forma radical de deslegitimación de su cultura. En efecto, independientemente de cualquier otra referencia a la (in)coherencia y el compromiso ideológico de los argumentos en sus diversas formulaciones[26], resulta manifiesto que el minimalismo no se preocupa tanto de eliminar las reivindicaciones excéntricas y las pretensiones risibles de su catálogo, sino más bien de negar la indivisibilidad de los derechos políticos y sociales, civiles y económicos que caracterizaron su afirmación desde la *Declaración universal* de 1948. De manera no menos abierta el minimalismo cuestiona sobre todo la formulación pacifista de la Carta de la ONU, en nombre de intervenciones que permitan una eficaz oposición a las violaciones más graves de los derechos considerados esenciales, y solicita su reforma en el sentido de una reedición de la doctrina de la guerra justa que, siguiendo las tradiciones más sobresalientes, codifique las condiciones de su legitimidad[27].

Son al menos tres los aspectos de la propuesta de una política deflacionista de los derechos fundamentales que las tesis de *Principia iuris* y los argumentos que las justifican y las fundamentan contribuyen a refutar: i) el primero es el que identifica en una presunta atención por el multiculturalismo la razón y la necesidad de una redefinición minimalista del catálogo de los derechos; ii) el segundo es el relativo al «costo de los derechos», considerado un obstáculo especialmente por la tutela de los derechos sociales, y iii) el tercero, poco coherente con la declarada preocupación por el costo de los derechos, así como con la presunta atención por los valores de las otras culturas, distintas de la «cultura occidental», es el de la relegitimación de la guerra replanteado como instrumento al que recurrir allá donde se esté en presencia de una (no mejor definida) *gross violation* de los «verdaderos» derechos fundamentales identificados por la redefinición de su catálogo.

Ya se ha hecho referencia (§ 2.2) a las tesis y a los argumentos de *Principia iuris* para contestar a la presunta tensión dialéctica entre multiculturalismo y tutela de los derechos fundamentales.

De su importancia, en cambio, para contestar a la relegitimación de la guerra, propuesta en algunas de las versiones del minimalismo de los derechos, es difícil decir algo en pocas palabras; en *Principia iuris,* en efecto, el valor del mantenimiento de la paz es absolutamente central, tanto en el plano de la teoría del derecho como en el de la teoría de la democracia constitucional; es tan central, que no prevé ninguna excepción, más que la enunciada en el art. 51 de la Carta de la ONU de 1945, es decir: «el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un miembro de las Naciones Unidas, hasta que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales»; ex-

---

[25] «Una razonable apología de los derechos humanos» es el título elegido para el volumen que reúne la traducción italiana de M. IGNATIEFF, 2001b y 2001c.

[26] Una de las versiones del minimalismo que ha suscitado gran interés es la de M. IGNATIEFF, 2001a, 2001b y 2001c, pero, también entre las reformulaciones que se remiten a ella, no faltan diferencias relevantes. Véanse, por ejemplo, las propuestas por A. FERRARA, 2003a, S. VECA, 2003, G. PRETEROSSI, 2004, y A. CASSESE, 2005. Para una crítica del minimalismo de los derechos, también, aunque no sólo, en la versión propuesta por IGNATIEFF, *cfr.* T. MAZZARESE, 2006a.

[27] Así, por ejemplo, aunque con argumentos y acentos diversos, no sólo M. IGNATIEFF, 2001a, 2001b y 2001c, sino también A. CASSESE, 2005, A. FERRARA, 2003a, G. PRETEROSSI, 2004, M. WALZER, 2006.

cepción ésta, que, según escribe FERRAJOLI, en rigor no es calificable como «guerra» sino más bien como «legítima defensa de la guerra»[28].

Finalmente, respecto del segundo aspecto, en *Principia iuris* FERRAJOLI no niega en absoluto que los derechos fundamentales conlleven un coste, y que no sólo cuestan «los derechos sociales y la democracia social», sino también los derechos individuales, desde los derechos de libertad hasta los derechos de autonomía, que «incluyen expectativas positivas y requieren, por tanto, un "hacer" de la esfera pública»[29]. Sin embargo, para FERRAJOLI, «la tesis de que el costo de los derechos haría imposible su plena satisfacción» es un *non sequitur*[30]. No sólo porque «las instituciones políticas, empezando por el Estado, no son sociedades mercantiles con finalidad de lucro» que tienen en el crecimiento económico y en la producción de riqueza sus propias finalidades y parámetros de legitimidad, sino sobre todo porque «si es verdad que los derechos fundamentales cuestan, lo es también que cuestan mucho más sus violaciones y sus incumplimientos»[31]. Y que la violación de los derechos tiene un costo superior al de su ejecución y tutela es una tesis que FERRAJOLI defiende en *Principia iuris,* reivindicando como necesaria para el desarrollo económico y el crecimiento del bienestar no sólo, como sostiene A. SEN, la garantía de los derechos de libertad, sino también la de los derechos sociales.

### 2.4. Reivindicación de la naturaleza moral de los derechos y escepticismo sobre su tutela jurídica

Una posición distinta que contribuye también, a veces con independencia de las intenciones de quien la sostiene, a la deslegitimación de la cultura de los derechos, se caracteriza no por un cautivador pragmatismo, como en el caso del recién mencionado minimalismo, sino más bien por una suerte de escepticismo respecto del Derecho (positivo). Ésta es, más precisamente, la posición de quien, convencido de su naturaleza moral[32], objeta la importancia de la positivización de los derechos fundamentales y de

[28] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 2, p. 502.

[29] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 2, p. 67.

[30] Perentoria en su formulación, esta réplica de FERRAJOLI no responde tanto, en realidad, a la tesis del «coste de los derechos», tal como ha sido formulada en el afortunado ensayo de S. HOLMES y C. S. SUNSTEIN, 1999, sino más bien a las diversas reformulaciones que se han propuesto de esta tesis por parte de quienes la han utilizado como argumento para negar la ejecutabilidad y la tutela de los derechos sociales y económicos. En particular, según S. HOLMES y C. S. SUNSTEIN, 1999, *«those who object to welfare rights because they cost money should not assume that property rights can be fully safeguarded [...] Our freedom from government interference is no less budget-dependent than our entailment to public assistance. Both freedoms must be interpreted. Both are implemented by public officials who, drawing on the public purse, have good deal of discretion in construing and protecting them»* (p. 119); pero la constatación de que *«all rights are open-ended for the simple reason that rights have costs and hence can never be perfectly or completely protected»* (p. 120), plantea, y no elude en absoluto, cuestiones como: *«Who decides at what level to fund which cluster of basic rights to whom?»,* dado que *«attention to the costs of rights leads us not only into problem of budgetary calculation [...] but also into basic philosophical issues of distributive justice and democratic accountability»* (p. 131).

[31] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 2, p. 68.

[32] En efecto, MORESO y POGGE, citados en el texto para ejemplificar esta posición teórica, no objetan tanto la cultura de los derechos como la tesis de quien, como FERRAJOLI, desconoce la presunta naturaleza moral de los derechos fundamentales. Y, precisamente, para reivindicar su naturaleza moral, uno y otro ponen en discusión, sin indicar, no obstante, sus posibles alternativas, la utilidad del instrumento jurídico para su tutela y

los procedimientos para su ejecución y tutela jurídica, poniendo en duda, en particular, la relevancia de un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad, dado que «[h]ay sociedades que no disponen de este mecanismo y los derechos aparecen razonablemente garantizados (Suecia) y hay sociedades que disponen del mecanismo (Perú) y, sin embargo, los derechos no están garantizados»[33].

Es ésta, por ejemplo, la tesis de quien, como Th. POGGE, considera excesiva, y al mismo tiempo insuficiente, la exigencia de que *«each society's government and citizens ought to ensure that all human rights are incorporated into its fundamental legal texts and are, within its jurisdiction, observed and enforced through an effective judicial system»*[34]. En particular, según POGGE, esta exigencia es excesiva *«because a society may be so situated and organized that its members enjoy secure access to [the human right] X, even without a legal right thereto»,* y es al mismo tiempo insuficiente *«because legal and even constitutional rights, however conscientiously enforced, often do not suffice to ensure secure access»*[35].

Y esta es también la posición de quien, como J. J. MORESO, apelando a la tesis de POGGE, critica lo que denomina como «hiperjuridicismo» del modelo constitucionalista propuesto por FERRAJOLI (también, pero no sólo) en *Principia iuris*[36].

Ahora bien, si por un lado es obvio, sino incluso banal, negar que el Derecho sea, o pueda ser, un instrumento suficiente, por el otro resulta, en cambio, al menos arriesgado objetar que el Derecho pueda ser, y sea, un instrumento necesario para la efectiva implementación y tutela de los derechos fundamentales: es banal negar que el Derecho sea, o pueda ser, un instrumento suficiente porque el Derecho es norma y prescripción y no hay obligación o prohibición que no pueda ser desatendida o violada; es, en cambio, arriesgado objetar que el Derecho pueda ser, y sea, un instrumento necesario porque, de ese modo, se deja la efectiva implementación y tutela de los derechos fundamentales a merced de disposiciones morales o propensiones naturales cuya difusión y consenso espontáneos resultan cuanto menos improbables. Bastará algún ejemplo.

En primer lugar, para empezar con un caso relativo a Suecia, a la que hace referencia MORESO, aunque no haya sido en absoluto suficiente, sin la declinación jurídica de sus formas y de sus modos, el *welfare* de las socialdemocracias escandinavas no se ha-

---

ejecución. Una posición análoga ha sido sostenida por Benedicto XVI, 2008, afirmando que «cuando son presentados simplemente en términos de legalidad, los derechos corren el riesgo de resultar débiles proposiciones separadas de la dimensión ética y racional, que es su fundamento y finalidad», y enfatiza que «los derechos humanos deben ser respetados como expresiones de la justicia y no simplemente porque pueden ser hechos respetar mediante la voluntad de los legisladores».

[33] J. J. MORESO, 2008. Además de las razones mencionadas en el texto, esta idea de MORESO resulta dudosa y problemática porque parece ignorar que en Suecia no sólo existe un control de constitucionalidad, sino que lo hay incluso por partida doble: existe una primera forma de control, centralizado y *ex ante,* confiado al Lagrådet (Consejo legislativo), un órgano compuesto por ex jueces de la Corte Suprema y de la Corte Suprema Administrativa, y un segundo tipo de control, difuso y *ex post,* confiado a los tribunales ordinarios.

[34] Th. POGGE, 2002, reed. 2008: p. 51.

[35] *Ibídem*.

[36] Obsérvese, a modo de inciso, que esta crítica de «hiperjuridicismo» parece desmentir la lectura en clave iusnaturalista que se ha propuesto muchas veces (también por MORESO, aunque no sólo de él) del constitucionalismo de FERRAJOLI; lectura, ésta, a la que FERRAJOLI ha respondido en diversas ocasiones reafirmando los términos iuspositivistas de su propio modelo teórico.

bría podido llevar a cabo como simple expresión de una natural disposición de ánimo a la solidaridad de las poblaciones nórdicas; del mismo modo que, en el curso de los años, sus diversas vicisitudes no han sido el resultado de ocasionales cambios en los valores de esas poblaciones, sino más bien de las distintas intervenciones legislativas que, en cada momento, han redefinido sus términos.

Tomando ahora un ejemplo del Derecho internacional: aunque en absoluto suficientes para impedir la práctica de la tortura o el uso de armas químicas, la inexistencia de la Convención internacional de 1984, que prohíbe la primera, y la inexistencia de la Convención internacional de 1997, que ha decretado la prohibición de las segundas, habría beneficiado sólo a quien, como en el caso de los centros de detención de Guantánamo y de Abu Ghraib o en el caso de la utilización del fósforo blanco durante el ataque a Fallujah en noviembre de 2004 (fracasado ya todo intento de desmentirlo) no ha encontrado otra justificación a sus propias acciones que la apelación a la falta de ratificación de esas convenciones.

Más aún, siempre en el ámbito del Derecho internacional, es un dato claramente incontestable que la prohibición de la guerra en el Pacto Briand Kellog, en 1928, no consiguió evitar la II Guerra Mundial y que su solemne reafirmación en la Carta de la ONU de 1945 no ha sido suficiente para evitar, durante y después de la guerra fría, la multiplicación de una pluralidad de conflictos regionales y globales. Es, sin embargo, un dato incontestable que, por sí mismo, sólo testimonia la reiterada violación de una norma que, desde la finalización de la I Guerra Mundial, se ha intentado que forme parte de una común cultura de la paz y de la tutela de los derechos fundamentales; esa reiterada violación testimonia indudablemente la insuficiencia de esa norma, pero no su inutilidad, del mismo modo que la reiterada violación de las más elementales normas del Derecho penal son testimonio de su insuficiencia pero no de su inutilidad. Normas, éstas, de las que, con independencia de cuál sea su grado de cumplimiento, difícilmente se discutiría su carácter necesario.

Es innegable, por tanto, como con razón subrayan POGGE y MORESO, que la positivización de los derechos fundamentales, en el Derecho nacional e internacional, no es suficiente por sí misma para su plena y completa implementación, como tampoco lo sería, verosímilmente, la puesta en marcha de todas las instituciones de garantía que integran el rico y detallado elenco propuesto por FERRAJOLI en *Principia iuris.* Pero, aunque unas y otras puedan no ser suficientes, el Derecho parece ser necesario para su tutela, como advierte H. ARENDT cuando afirma el carácter irrenunciable del «derecho a tener derechos»[37].

### 2.5. No hay alternativa a la protección de los derechos en la defensa de la paz y de la libertad

Finalmente, una última posición es la de quien no se limita a problematizar las dificultades de carácter político y jurídico que interfieren en el reconocimiento y la tutela de los derechos, sino que, precisamente, sitúa en estas dificultades la razón última y

[37] H. ARENDT, 1951.

definitiva del fracaso necesario de la edad de los derechos y de sus principios. Esta posición, recurrente entre los seguidores del movimiento de los *critical legal studies* y del realismo, considera las graves y reiteradas violaciones de los derechos del siglo XX (aunque no sólo de él), un efecto de las diversas declaraciones y convenciones que han sancionado el reconocimiento y la necesidad de su tutela internacional; un efecto y no simplemente una prueba de su ineficacia.

Así, por ejemplo, COSTAS DOUZINAS interpreta como una consecuencia de la naturaleza intrínsecamente «aporética» (de la doctrina) de los derechos[38] el récord impresionante de sus violaciones *«since their ringing declarations at the end of eighteen century»* y enfatiza que *«[i]f the twentieth century is the epoch of human rights, their triumph is, to say the least, something of a paradox. Our age has witnessed more violations of their principles than any of the previous and less "enlighted" epochs. The twentieth century is the century of massacre, genocide, ethnic cleansing, the age of the Holocaust»*[39]. Además, la tesis de que toda versión de la declaración y regulación jurídica de la tutela (inter)nacional de los derechos conlleva su inevitable desnaturalización, desconocimiento y violación es asumida por quien, como M. KOSKENNIEMI, está convencido de que *«while the rhetoric of human rights has historically had a positive and liberating effect on societies, once rights become institutionalized as a central part of political and administrative culture, they lose their transformative effect and are petrified into a legislative paradigm that marginalizes values or interests that resist translation into rights-language»*[40].

Ahora bien, aunque existan sin duda motivos para el pesimismo y estén justificadas las reservas acerca de los límites y las posibles contradicciones de su institucionalización, de ello no se infiere que el rechazo del Derecho como instrumento de implementación y de tutela de los derechos pueda resolver, y no más bien replantear (de forma incluso más dramática), el problema de la defensa y de la salvaguardia de los valores expresados por los derechos. En efecto, una vez abandonado el Derecho porque resulta un instrumento quizás demasiado insidioso, no quedaría otra alternativa que un uso indiscriminado de la fuerza y del arbitrio, mucho menos tranquilizador. Así, en conclusión, la que parece intrínsecamente «aporética» no es la doctrina de los derechos, con todas las dificultades que la hacen controvertida, sino más bien la posición de quien decreta su fracaso y auspicia su fin no porque cuestione sus valores sino, sorprendentemente, porque lamenta su violación.

Más allá de la denuncia de su incoherencia intrínseca, no hay réplica más apropiada al pesimismo de esta posición, que enfatiza las graves y reiteradas violaciones de los derechos fundamentales, que el «optimismo metodológico» que FERRAJOLI reivindica en las páginas conclusivas de *Principia iuris;* un optimismo metodológico que el propio FERRAJOLI sintetiza recurriendo a una cita de BOBBIO, con la que, significativamente, concluye su trabajo: «Respecto de las grandes aspiraciones del hombre estamos ya muy retrasados. Intentemos no aumentar el retraso con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos tiempo que perder. La historia, como

[38] C. DOUZINAS, 2000: p. 21.
[39] *Ibídem,* p. 2.
[40] M. KOSKENNIEMI, 1999: p. 99.

siempre, se mueve hacia dos direcciones opuestas: hacia la paz o la guerra, hacia la libertad o la opresión. El camino de la paz y de la libertad pasa, sin duda, a través del reconocimiento y la protección de los derechos del hombre [...]. No escondo que el camino es difícil. Pero no hay alternativas»[41].

## BIBLIOGRAFÍA


ARENDT, H., 1951: *The Origins of Totalitarianism,* New York: Harcourt Brace Jovanovich.

BENEDETTO XVI, 2007: *Discorso alle ong cattoliche,* 1 de diciembre de 2007, en http://www.ratzingerbenedettoxvi.com/ongcattoliche.htm.

— 2008: *Discorso all'ONU,* 18 de abril de 2008, en http://www.ratzingerbenedettoxvi.com/uso-nu.htm.

BOBBIO, N., 1988: «Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti», en *Mondoperaio,* 41, pp. 57-60; reed. en N. BOBBIO, 1999: *Teoria generale della politica,* Torino: Einaudi, pp. 431-440.

— 1990: «Introduzione», en N. BOBBIO, *L'età dei diritti,* Torino: Einaudi, pp. 5-16.

BULYGIN, E., 2007: «Tecla Mazzarese sobre el positivismo y la globalización del Derecho», en J. J. MORESO y M. C. REDONDO (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin.* Madrid: Marcial Pons, pp. 185-186.

CARBONELL, M., y SALAZAR, P. (eds.), 2005: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de L. FERRAJOLI,* Madrid: Trotta.

CASADEI, Th., y RE, L. (eds.), 2007: *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali.* Reggio Emilia, Diabasis, 2 vols.

CASSESE, A., 1988: «La Dichiarazione universale dei diritti umani. Quaranta anni dopo», en A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo.* Roma-Bari: Laterza, reed. 1999, pp. 2-49.

— 2005: «Ripensare i diritti umani: quali prospettive per i prossimi decenni?», en A. CASSESE, *I diritti umani oggi,* Roma-Bari: Laterza, pp. 211-229.

CRENSHAW, K.; GOTANDA, N.; PELLER, G., y THOMAS, K. (eds.), 1995: *Critical Race Theory: The Key Writings that Formed the Movement,* New York: New Press.

DERSHOWITZ, A. M, 2002: *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge,* New Haven: Yale University Press.

DOUZINAS, C., 2000: *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century,* Oxford: Hart.

FERRAJOLI, L., 1970: *Teoria assiomatizzata del diritto,* Milano: Giuffrè.

— 1989: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Roma-Bari: Laterza.

— 1999: «Ragione, diritto e democrazia nel pensiero di Norberto Bobbio», en L. FERRAJOLI y P. DI LUCIA (eds.), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio,* Torino: Giappichelli, pp. 5-14.

— 2001: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico,* E. VITALE (ed.), Roma-Bari: Laterza.

— 2004: *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale,* en P. COMANDUCCI y R. GUASTINI (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003,* Torino: Giappichelli, pp. 331-350.

— 2006: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* Madrid: Trotta.

— 2007a: Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia,* Roma-Bari: Laterza, 3 vols.

— 2007b: *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto,* manuscrito.


[41] L. FERRAJOLI, 2007a: vol. 2, p. 612, la cita corresponde a N. BOBBIO, 1988, sec. ed. 1999, pp. 439-440.

FERRARA, A., 2003a: *Fondare senza fondamentalizzare i diritti umani: il ruolo di una seconda Dichiarazione,* en http://www.juragentium.unifi.it, Discussioni on line, Forum Ignatieff, Interventi.

— 2003b: «Two Notions of Humanity and the Judgment Argument for Human Rights», en *Political Theory,* 31, n.º 3, pp. 392-420.

FLORES, M., 2006: «Da Norimberga ai diritti umani nel secolo mondo», en M. SALVATI (ed.), *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo 10-12-1948: nascita, declino e nuovi sviluppi,* Roma: Ediesse, pp. 95-106.

GIANFORMAGGIO, L. (ed.), 1993: *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli,* Torino: Giappichelli.

GUASTINI, R., 2002: «La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento», en T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali.* Torino: Giappichelli, pp. 147-72.

HABERMAS, J., 1992: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats,* Frankfurt am Main: Suhrkamp.

HOLMES, S., y SUNSTEIN, C. R., 1999: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes,* New York: W. W. Norton.

IGNATIEFF, M., 2001a: «Dignity and Agency», en A. GUTMANN (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry,* Princeton: Princeton University Press, pp. 161-173.

— 2001b: «Human Rights as Idolatry», en A. GUTMANN (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry,* Princeton: Princeton University Press, pp. 53-98.

— 2001c: «Human Rights as Politics», en A. GUTMANN (ed.), *Human Rights as Politics and Idolatry,* Princeton: Princeton University Press, pp. 3-52.

— 2004: *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror,* Princeton: Princeton University Press.

KOSKENNIEMI, M., 1999: «The Effect of Rights on Political Culture», en Ph. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights,* Oxford: Oxford University Press, pp. 99-116.

MAZZARESE, T., 2002a: «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», en T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali,* Torino: Giappichelli, pp. 1-69.

— 2002b: «Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism», en *Associations. Journal of Legal and Social Theory,* 6, n.º 2, pp. 233-60.

— 2006a: «Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?», en *Ragion Pratica,* n.º 26, pp. 179-208.

— 2006b: «¿Repensar la cultura de los derechos?», en *Revista internacional de filosofía política,* 28, pp. 149-172.

— 2007: «Iuspositivismo y globalización del derecho: ¿Qué modelo teórico?», en J. J. MORESO y M. C. REDONDO (eds.), *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin,* Madrid: Marcial Pons, pp. 61-71.

MORESO, J. J., 2008: «Ferrajoli o el constitucionalismo optimista», en *Doxa,* 32, n.º 2.

POGGE, Th., 2002, reed. 2008: *World Poverty and Human Rights,* Cambridge: Polity Press.

PRETERROSSI, G., 2004: *L'Occidente contro se stesso,* Roma-Bari: Laterza.

— 2008: «*Principia iuris* tra normatività e potere: sullo stato costituzionale di diritto nella teoria di Luigi Ferrajoli», en *Doxa,* 32, n.º 2.

PRIETO SANCHÍS, L., 2008: «*Principia iuris:* una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional», en *Doxa,* 32, n.º 2.

ROSSANDA, R., 2007: «La passione del fare politico», en *Il manifesto,* 5 de diciembre de 2007.

SALVATI, M., 2006: «Alle origini della Carta del 1948», en M. SALVATI (ed.), *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo 10-12-1948: nascita, declino e nuovi sviluppi,* Roma: Ediesse, pp. 9-38.

THOMAS, K., y ZANETTI, G. (eds.), 2005: *Legge, razza, diritti. La* Critical Race Theory *negli Stati Uniti,* Reggio Emila: Diabasis.

VECA, S., 2003: «I diritti umani e la priorità del male», en M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani,* Milano: Feltrinelli, pp. 101-134.

WALZER, M., 2006: «Oltre l'intervento umanitario», en *Lezioni Bobbio. Sette interventi su etica e politica,* Torino: Einaudi, pp. 3-21.

WEST, C., 1994: *Race Matters,* New York: Vintage.

*(Traducción de Jordi Ferrer Beltrán)*

# FERRAJOLI O EL CONSTITUCIONALISMO OPTIMISTA *

José Juan Moreso
*Universitat Pompeu Fabra*

**RESUMEN.** En esta contribución se discuten cuatro aspectos de la magna obra de Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia:* 1) las nociones de laguna y antinomia que configuran su concepción del sistema jurídico, 2) su análisis de los derechos constitucionales y de los conflictos entre ellos, 3) sus tesis acerca de la separación entre el Derecho y la moral y 4) el «constitucionalismo optimista», algo panglosiano, defendido por FERRAJOLI. Desde un amplio acuerdo en las cuestiones normativas, se ponen de manifiesto ciertas dudas sobre algunos de los fundamentos conceptuales de la obra.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, sistema jurídico, derechos constitucionales, democracia constitucional.

**ABSTRACT.** In this contribution, four aspects of Luigi Ferrajoli's *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia* are discussed: 1) the notions of legal gap and legal contradiction which configure his conception of legal system, 2) his analysis of constitutional rights and the conflicts among them, 3) his theses about the separation between law and morals and 4) the «optimistic constitutionalism», rather panglossian, defended by FERRAJOLI. From a strong agreement in normative questions, this paper shows certain doubts about some of the conceptual foundations of FERRAJOLI's work.

**Keywords:** FERRAJOLI, legal system, constitutional rights, constitutional democracy.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

## 1

La reciente y largamente esperada obra de L. FERRAJOLI [1] nos convoca en Brescia, por amable y oportuna invitación de T. MAZZARESE, a realizar una primera valoración y un primer debate sobre el alcance y los objetivos de su contenido. En realidad todas las publicaciones anteriores de FERRAJOLI pueden ser contempladas como materiales preparatorios para esta gran construcción. Estamos frente a una teoría formal, la sintaxis y la semántica de la teoría definen lo que se conoce, en informática y en las ciencias de la computación, como una *ontología de dominio,* es decir, una especificación explícita de una conceptualización. Se delimita un conjunto de entidades que constituyen un determinado universo del discurso en el que se establecen definiciones de propiedades, relaciones y funciones. Un conjunto de axiomas formales condicionan la interpretación y el uso adecuado de los términos usados [2].

Este modo de configurar la teoría permite disponer de un vocabulario básico, unas reglas de formación y otras de transformación que nos habilitan para saber de qué hablamos con precisión. Las ventajas de claridad y articulación conceptual son obvias. Pero no es sólo, ni siquiera principalmente, una teoría formal; es una teoría *sustantiva* que, en el segundo volumen de la obra, construye una grandiosa teoría normativa de la democracia para nuestra época.

El balance que aquí, en el seminario bresciano, tendrá lugar ha de considerarse como provisional, dado que ha transcurrido poco más de un mes desde la publicación de la obra y mil setecientas páginas de texto, en los dos primeros volúmenes, más otras mil, en el tercer volumen, de desarrollo formal, requieren años de debate para un análisis detenido del contenido de la obra. Si esta apreciación vale, según creo, en general, *a fortiori,* vale sin duda para mi propio comentario, que estará dedicado a algunos aspectos del constitucionalismo ferrajoliano.

Con la obra de FERRAJOLI suele ocurrirme que estando de acuerdo con la mayoría de sus tesis normativas —especialmente valioso es, en mi opinión, el constitucionalismo federal y cosmopolita que esboza en sus últimos capítulos—, albergo dudas sobre algunos de los fundamentos teóricos que llevan al autor hasta sus conclusiones. Me referiré a cuatro de ellas en esta breve exposición: 1) las nociones de laguna y antinomia que configuran su concepción del sistema jurídico, 2) su análisis de los derechos constitucionales y los conflictos entre ellos, 3) sus tesis acerca de la separación entre el derecho y la moral y 4) lo que el autor mismo llama su «ottimismo metodologico» (vol. 2, pp. 611-612), con el que la obra concluye.

---

[1] L. FERRAJOLI, 2007: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia,* 3 vols., Roma-Bari: Laterza. Los números de página entre paréntesis en el texto se refieren siempre a esta obra.

[2] Véase, por ejemplo, T. R. GRUBER, 1993: «A Translation Approach to Portable Ontologies», *Knowledge Acquisition,* 5, pp. 199-220.

**2**

Las nociones de antinomia y laguna de L. FERRAJOLI hacen que dichas situaciones se produzcan solamente en los ordenamientos constitucionales y no en los ordenamientos de un solo nivel normativo. Según FERRAJOLI (vol. 1, pp. 685-686):

> «"Antinomia" è il vizio sostanziale prodotto dall'indebita decisione di una norma in contrasto con una norma sostanziale sulla produzione, la cui applicazione suppone l'anullamento della norma in contrasto».

Y

> «"Lacuna" è il vizio prodotto dell'indebita omissione della decisione di una norma richiesta da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l»introduzione della norma mancante».

No deseo aquí analizar en profundidad la virtualidad de estas nociones para el análisis del funcionamiento de los sistemas normativos nomodinámicos, es decir, de los sistemas normativos de diversos niveles. Creo, dicho sea incidentalmente, que son nociones fecundas que permiten iluminar algunos aspectos de los ordenamientos constitucionales, como FERRAJOLI muestra con claridad. Deseo únicamente analizar (como el mismo FERRAJOLI reconoce, vol. 1, p. 909) por qué dichas nociones son mucho más restringidas que las usuales, puesto que creo que ello ayudará a comprender algunos aspectos centrales del aparato conceptual de FERRAJOLI.

Según FERRAJOLI (vol. 1, pp. 12-13, 172-173), las antinomias y lagunas genuinas sólo se dan en los sistemas nomodinámicos; en los sistemas nomoestáticos, de un solo nivel normativo, dichos fenómenos están ausentes. Por otro lado, FERRAJOLI sostiene que el Estado legislativo de Derecho es un sistema de un solo nivel normativo, por lo que en dichos ordenamientos no existen genuinamente ni lagunas ni antinomias.

En primer lugar, es destacable la insistencia de FERRAJOLI en que el Estado legislativo de Derecho (lo que denomina el modelo paleoiuspositivista) es un modelo de un único nivel normativo. Es extraño afirmar esto del modelo que creó, en la iuspublicística alemana, la distinción entre la ley y el reglamento y el Derecho administrativo que todos hemos aprendido fundó nociones como la validez y la nulidad de los reglamentos según su adecuación a las leyes que los autorizaban. Pero dejemos esta cuestión de lado.

En segundo lugar, la razón por la cual, con arreglo a la teoría de FERRAJOLI, los sistemas nomoestáticos carecen de lagunas y de antinomias es que en dichos sistemas los principios lógicos de consistencia y completad figuran como principios *iuris et de iure;* mientras en los sistemas nomodinámicos, dichos principios figuran sólo como principios *iuris tantum.* La explicación concreta de la ausencia de antinomias y lagunas en dichos sistemas no es, me parece, muy convincente. Acerca de las antinomias, nos dice que en la legislación existen instrumentos para resolverlas, en concreto *lex posterior* y *lex specialis.* Sin embargo, como tantas veces ha sido señalado, son posibles antinomias entre leyes dictadas a la vez y sin que ninguna de ellas sea especial respecto de otra. Así sucede cuando yo le ordeno a mi hija que se vaya a la cama antes de las nueve y que no se acueste sin hacer los deberes. Si son las nueve y no ha hecho los deberes, es obvio que no puede cumplir con ambas órdenes y los criterios de re-

solución de antinomias no sirven, como tantas veces ha sido recordado[3]. En relación con las lagunas, FERRAJOLI sostiene que pueden ser colmadas mediante la aplicación analógica de las normas, prevista por los códigos civiles, pero, como alguna vez se ha dicho, esto es tanto como decir que un traje no tiene agujeros porque un sastre puede remendarlos[4].

En tercer lugar, y más importante, la posición de FERRAJOLI pone de manifiesto una ambigüedad que afecta, me parece, a los primeros postulados de su teoría y pone en cuestión cuál deba ser su interpretación adecuada. Vayamos entonces al volumen tercero. Los dos primeros postulados de FERRAJOLI establecen lo siguiente (vol. 3, p. 22):

P1. De aquello que no está permitida la comisión está permitida la omisión.
P2. Todo comportamiento supone una modalidad que lo califica deónticamente.

De hecho, P1 ya implica P2, dadas las definiciones de FERRAJOLI. Para FERRAJOLI las modalidades deónticas son, como es habitual, *permitido, obligatorio, prohibido* y *facultativo,* entendido como «permitida la comisión y permitida la omisión». «Permitido» figura como el término primitivo entre las modalidades, y todas son definidas a partir de él; siendo «obligatorio» equivalente a «no permitida la omisión» y «prohibido» a «no permitida la comisión». De este modo, P1 ya dice que todo comportamiento está regulado por alguna modalidad deóntica, está prohibido o permitido. De acuerdo con esta tesis, el Derecho es completo porque es una verdad lógica que todos los comportamientos que no están prohibidos están permitidos (es decir, que todo lo que no está prohibido está permitido). Esta tesis parece avalada por la interdefinibilidad entre «No-prohibido» y «Permitido». Sin embargo, analicemos con algo más de prudencia la tesis según la cual todo lo que no está prohibido está permitido, que denominaremos *Principio de Prohibición*[5]. El *Principio de Prohibición* puede ser entendido de dos formas, cuando recordamos que «permitido» puede ser entendido, cuando aparece en una proposición normativa, de dos formas: en sentido fuerte y en sentido débil[6]. Un comportamiento está permitido en sentido débil en el sistema normativo S cuando no existe ninguna norma que lo prohíbe. Un comportamiento está permitido en sentido fuerte en el sistema normativo S cuando existe una norma de S que lo permite. Según estas definiciones, podemos distinguir dos sentidos del Principio de Prohibición, un sentido débil y otro fuerte.

En el sentido débil, el Principio de Prohibición sostiene que si un comportamiento no está prohibido por un sistema normativo S, entonces no hay en S ninguna norma que lo prohíba. Indiscutiblemente en este sentido débil, el Principio es analíticamente verdadero. Ahora bien, no sirve para excluir las lagunas del sistema normativo S. La verdad de este Principio es perfectamente compatible con la presencia en S de casos no regulados.

En el sentido fuerte, el Principio de Prohibición sostiene que si un comportamiento no está prohibido por un sistema normativo S, entonces hay una norma que lo per-

[3] Por ejemplo, en N. BOBBIO, 1964: «Des critères pour résoudre antinomies», *Dialectica,* 18, pp. 237-258.

[4] Véase, por ejemplo, el análisis de las lagunas normativas en el cap. VI de C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, 1971: *Normative Systems,* New York-Wien: Springer.

[5] Sigo aquí el análisis de C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, 1971: *Normative Systems,* New York-Wien: Springer, cap. VI, y J. RUIZ MANERO, 1990: *Jurisdicción y normas,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, caps. I y II.

[6] Una distinción formulada por primera vez en G. H. VON WRIGHT, 1963: *Norm and Action,* London: Routledge & Kegan Paul, cap. V, 13.

mite. Si esta versión del Principio de Prohibición fuese una verdad conceptual, entonces los sistemas normativos serían completos. Pero la verdad de esta versión del principio es contingente, depende de la existencia en el sistema normativo de una norma que permita todo aquello que no está prohibido por el sistema. A veces, dicha norma se denomina *regla de clausura.* Y algunas partes del ordenamiento la contienen: así es entendido en el Derecho penal el principio de legalidad: todo lo que no está prohibido penalmente (no existe una norma que lo prohíba como delito) está permitido penalmente. Ahora bien, otras partes del ordenamiento jurídico no tienen una regla de clausura como ésta (así el Derecho privado). Por tanto, esta versión del Principio de Prohibición no es necesariamente verdadera.

Podemos concluir el análisis del postulado P1 de FERRAJOLI de la siguiente manera: el Principio de Prohibición no es una justificación adecuada de tal postulado, porque en su versión débil es necesariamente verdadero pero es compatible con la presencia de lagunas en un sistema normativo y, en su versión fuerte, es sólo contingentemente verdadero y, por tanto, sólo cuando existe en un sistema normativo una regla de clausura puede decirse que es completo, es decir, no garantiza tampoco que, de manera necesaria, los sistemas normativos sean completos.

Y este punto arroja dudas sobre la interpretación de los postulados deónticos de FERRAJOLI. Según FERRAJOLI, las normas jurídicas son reglas (T8.1, vol. 3, p. 283) y las reglas pueden ser modalidades deónticas (P7, vol. 3, p. 22), por lo que P1 podría ser interpretado como «Para todo comportamiento, si no hay una norma que permite su comisión, entonces hay una norma que permite su omisión». Pero con esta formulación es claro que no se trata de una verdad lógica, sino de una verdad empírica, contingente, que depende de la existencia de dichas normas en un sistema jurídico-positivo. En realidad, las verdades analíticas no dicen, como sabemos, nada sobre el mundo, y por tanto, nada dicen sobre nuestros sistemas jurídicos positivos. Los dos primeros postulados de FERRAJOLI no son entonces axiomas que figuran en nuestra descripción de los sistemas jurídicos, sino formulaciones de ideales normativos acerca de cómo deben ser nuestros sistemas jurídicos, en su terminología, no principios *iuris et de iure* sino principios *iuris tantum.* En mi opinión, esta ambigüedad de su lenguaje permea toda su construcción teórica, pero mostrar cómo requeriría de un desarrollo más pausado que no estoy en condiciones de realizar aquí.

## 3

La tesis de la consistencia de los sistemas con un solo nivel normativo, y la ausencia de lagunas, lleva a L. FERRAJOLI a minimizar la existencia de antinomias entre las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales y a desconfiar del mecanismo de la ponderación (vol. 2, pp. 71-77). Como en otro lugar me he referido a este punto[7], y como FERRAJOLI dedica una larga nota en su libro a este comentario mío (vol. 2, nota 82, pp. 133-134), podré ser aquí más breve.

[7] J. J. MORESO, 2005: «Los conflictos entre derechos», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid: Trotta, pp. 159-170.

En el trabajo referido, trataba de poner de manifiesto[8], que dada la clasificación FERRAJOLIana entre derechos fundamentales, éste descuidaba los conflictos que pueden darse entre ellos. Vayamos al caso al que dediqué mayor atención y que FERRAJOLI cuestiona: se trata del conflicto entre los derechos de libertad y los derechos de autonomía privada, los poderes jurídico-privados. FERRAJOLI sostenía entonces y sostiene ahora que los derechos de libertad son límites al ejercicio de los derechos de autonomía privada. Yo puse algunos ejemplos en los que dichos derechos entraban en conflicto y no era claro que los derechos de libertad actuaran como límites. Así, aunque el derecho a la propia imagen comporta vestirse como a uno le plazca, sin embargo un empresario puede —en ciertas circunstancias— obligar a los trabajadores a llevar un uniforme. Y aunque la libertad de expresión está garantizada, un miembro de una sociedad de cazadores que se descubre partidario de los derechos de los animales y hace campaña activa a favor de ellos, puede seguramente ser expulsado de dicha sociedad. Añadía que, con todo, la ponderación es necesaria, puesto que en determinados supuestos —el empresario que obliga a las cajeras de un supermercado a atender a los clientes en top-less— parece que el derecho de libertad resulta vencedor, actúa realmente como límite. FERRAJOLI replica ahora que éstos no son verdaderos casos de conflicto, porque cuando actúa el derecho a la autonomía privada es porque los ciudadanos son libres de aceptar las condiciones contractuales o societarias. En los casos, sin embargo, en que vencen los derechos de libertad (el caso de las cajeras en top-less), entonces hay, según FERRAJOLI, una verdadera vulneración de los derechos de libertad. Pero, y ésta es la cuestión, ¿cómo sabemos cuándo hay o no hay vulneración? Y, más importante todavía, lo que los casos que imaginé (algunos de la jurisprudencia, por cierto) ponen de manifiesto es que realmente existe una antinomia, puesto que el derecho a la propia imagen comporta vestirse como uno quiera y los poderes de autonomía privada comportan que uno no pueda vestirse como quiera algunas veces.

Creo que la doctrina de FERRAJOLI acerca de los conflictos de derechos es una consecuencia de su tesis según la cual en sistemas normativos del mismo nivel no puede haber antinomias. Una doctrina que, en mi opinión, no ha sido adecuadamente justificada.

## 4

Otra cuestión que me parece muy sorprendente del enfoque de FERRAJOLI es la siguiente: en su constitucionalismo hay espacio para todos los elementos de una especialmente robusta teoría de la justicia basada en derechos. Señalaré algunos, una especialmente aguda defensa del Estado de derecho que le lleva, por ejemplo, a una vindicación de lo que denomina «reserva de código» para la regulación penal, excluyendo así la expansión que el Derecho penal está teniendo en nuestras sociedades; una defensa de la

[8] En el volumen citado en la nota anterior expresaban sus dudas sobre este punto también, L. PRIETO SANCHÍS, «Constitucionalismo y garantismo», pp. 46-67; P. COMANDUCCI, «Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales», pp. 105-118, y A. GREPPI, «Democracia como valor, como ideal y como método», pp. 350-357.

igualdad socio-económica que le lleva a interesantes reflexiones sobre la renta básica, el derecho a la salud o el derecho a la educación; y una defensa apasionada de la paz, frente a un mundo de conflictos bélicos. No obstante, este espacio no surge de ninguna concepción de la filosofía moral o de la filosofía política explícita en el libro. Es más, en el libro (vol. 2, pp. 309-312) sostiene que su constitucionalismo está fundado en la más estricta separación entre Derecho y moral, está fundado en la asunción del no-cognoscitivismo moral.

Vayamos por partes. La separación entre el Derecho y la moral es entendida por FERRAJOLI de dos modos: como una tesis teórica, corolario del positivismo jurídico, y como una tesis axiológica, corolario del liberalismo político. Nada diré de este segundo sentido de la tesis, puesto que se trata de una tesis normativa según la cual el Derecho debe respetar el ámbito de libertad en aquellas esferas en donde no hay daño a terceros, como el mismo FERRAJOLI acepta. Respecto de la primera tesis, si comprendo bien las ideas de FERRAJOLI, su concepción introduce, a pesar de todo, un nuevo nexo entre el Derecho que debe ser y el Derecho que es. Es decir, para comprender el Derecho tal como es en las democracias constitucionales, debemos comprender el Derecho tal como debe ser según la filosofía política ilustrada[9]. No se trata, es obvio, de una relación necesaria; pero para comprender cabalmente los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales debemos conocer aquello que estos ordenamientos jurídicos *aspiran* a ser. R. DWORKIN se ha referido recientemente a esta idea con el nombre de concepto *aspiracional* de Derecho, sin dicho ideal el análisis de la práctica jurídica de una sociedad como las nuestras sería ampliamente inadecuado[10].

La segunda forma de relación entre el Derecho y la moral al que quiero referirme guarda relación con la primera. Es una obviedad que las constituciones incluyen a menudo conceptos y consideraciones morales (cuando prohíben los tratos inhumanos o degradantes, o excluyen los tratos discriminatorios, o establecen los derechos fundamentales, en general), entonces parece que incorporan la moralidad en el Derecho. Y parece que para saber qué prohíbe la Constitución española cuando excluye los tratos degradantes deberemos recurrir a la argumentación moral. O, al menos, es lo que sostienen muchos de los autores en el ámbito del neoconstitucionalismo. Éste es el núcleo de la posición conocida como *positivismo jurídico inclusivo*[11]. Es obvio que también puede sostenerse que cuando el Derecho remite a la moralidad, no debemos acudir a argumentos morales para determinar su contenido sino a otro tipo de consideraciones: así la posición conocida como *originalismo* en la interpretación constitucional sostiene que debemos acudir a lo que entendían los que redactaron la constitución por esos términos.

---

[9] Véase un perspicuo desarrollo de esta idea en B. CELANO, 2002: «Come deve essere la discipline costituzionale dei diritti?», en S. POZZOLO (ed.), *La legge e i diritti,* Torino: Giappichelli, pp. 89-123.

[10] R. DWORKIN, 2006: «Introduction: Law and Morals» y «The Concepts of Law», ambos en R. DWORKIN, *Justice in Robes,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

[11] Las defensas más articuladas de dicha posición son tal vez W. J. WALUCHOW, 1994: *Inclusive Legal Positivism,* Oxford: Oxford University Press, y J. L. COLEMAN, 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory,* Oxford: Oxford University Press. Puede verse mi propia posición en J. J. MORESO, 2001: «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en P. L. CHIASSONI (ed.), *The Legal Ought,* Torino: Giappichelli, pp. 37-63.

Creo que el mismo FERRAJOLI no aceptaría que en dichos supuestos debamos acudir a la argumentación moral. Algunas veces, he oído argüir oralmente a FERRAJOLI que dichos supuestos no plantean problemas de interpretación más graves que otros muchos términos que el Derecho incorpora. No obstante, se me ocurren sólo tres respuestas posibles al hecho indiscutible que los textos jurídicos (como los constitucionales) incorporan conceptos y consideraciones morales: *a)* dicha remisión al incorporar pautas inherentemente controvertidas y al carecer de criterios racionales para resolver las controversias, remite únicamente a la discreción de los aplicadores del Derecho; *b)* dichas prácticas remiten a la moral social, a aquello que en la sociedad en cuestión es considerado «inmoral» o «inhumano y degradante», y *c)* dicha remisión lo es a las pautas morales correctas, a la moral crítica.

Pienso que hay razones para rechazar las dos primeras respuestas, pero no es a ello a lo que quiero referirme ahora. Supongamos que, como pienso, la respuesta adecuada sea la tercera. En este caso, para identificar aquello que algunas normas jurídicas establecen, sería preciso formular juicios morales críticos, sería preciso embarcarse en una argumentación moral. Esto no significa, por cierto, sostener que hay una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral, puesto que dicha vinculación es contingente: depende de que el Derecho positivo remita a la moralidad.

Sin embargo, FERRAJOLI (vol. 2, p. 311) escribe: «Si se considera que la ética es "verdad", esto es, es la expresión de alguna ontología de los valores o de algún derecho natural o divino, se comprende la equivalencia entre ética y un sistema de preceptos heterónomos que pretenden modelar a su imagen el Derecho positivo y traducirse en normas jurídicas. Por el contrario, si se considera que la verdad es predicable únicamente de las proposiciones asertivas y no de los juicios de valor, fundados en la autonomía individual, es claro que el Derecho, en cuanto conjunto de normas heterónomas válidas para todos, debe secularizarse como sistema de convenciones y pactos positivos capaces de garantizar la libertad de todos».

Sin embargo, ¿por qué suponer que algún tipo de cognoscitivismo ético va a fundar una concepción fundamentalista de la sociedad? Objetivismo ético no es equivalente, como a veces parece pensar FERRAJOLI, a ética católica. El objetivismo ético que yo defiendo, por ejemplo, es muy cercano a los postulados normativos del constitucionalismo de FERRAJOLI. Y, además, ¿por qué suponer que sin fundamento vamos a aceptar los principios que FERRAJOLI nos propone? La posición de FERRAJOLI me parece una más bien extraña y exagerada versión del pesimismo de la inteligencia y el optimismo de la voluntad.

## 5

Al pesimismo acerca de la ética, FERRAJOLI añade un optimismo inmenso acerca de la capacidad del Derecho de modificar nuestras sociedades y de suprimir las estructuras de dominación presentes en nuestras sociedades. Se trata, podemos decir, de un *hiperjuridicismo.* Piensa que la única noción interesante de derechos es la noción jurídica de derechos y que no hay más derechos que los derechos positivos. Interpreta los derechos humanos como derechos a disponer un Derecho jurídico. Los derechos hu-

manos requieren su juridificación. Recientemente Th. POGGE ha elaborado un argumento que pone en duda esta noción, con argumentos que creo convincentes[12]. Los reproduzco aquí para terminar. Según POGGE, esta concepción de los derechos humanos es a la vez excesivamente exigente y excesivamente débil.

Es excesivamente exigente porque es posible que una sociedad esté organizada de modo que todos tengan acceso a, por ejemplo, una alimentación adecuada sin que exista un derecho jurídico a ello. En este supuesto, los derechos jurídicos son superfluos y no tildaríamos de injusta a dicha sociedad por no haber constitucionalizado tal derecho. Es más, este argumento de POGGE lleva a reconsiderar la defensa sin matices de FERRAJOLI del control jurisdiccional de la constitucionalidad, que está en el núcleo de su modelo. Hay sociedades que no disponen de este mecanismo y los derechos aparecen razonablemente garantizados (Suecia) y hay sociedades que disponen del mecanismo (Perú) y, sin embargo, los derechos no están garantizados.

Y es excesivamente débil, porque a menudo el diseño institucional, respaldado por los tribunales, no basta para que los derechos sean efectivos. POGGE nos recuerda que aunque en la India existe un derecho jurídico que protege a los empleados domésticos de los maltratos de sus empleadores y los tribunales actúan conforme a estas disposiciones cuando se acude a ellos, ello no basta para excluir los maltratos a los empleados domésticos, puesto que a menudo ignoran cuáles son sus derechos o desconocen cómo acudir a los tribunales.

Con lo que, en mi opinión, la confianza ferrajoliana en el Derecho es excesiva, como lo es su desconfianza en la moral. Una más aguda comprensión de los fundamentos morales, debatidos en el foro público de cada sociedad, de nuestras instituciones iluminaría nuestra comprensión de ellas y nos permitiría un diseño mejor de estas instituciones que han de preservar y hacer efectivos nuestros derechos.

[12] Th. POGGE, 2002: *La pobreza en el mundo y los derechos humanos,* trad. de E. WEIKERT GARCÍA, Barcelona: Paidós, 2005, pp. 65-69.

# *PRINCIPIA IURIS* DE LUIGI FERRAJOLI *

Mauro Palma

*Presidente del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura*
*(Consejo de Europa)*

**RESUMEN.** El texto desarrolla dos observaciones y evidencia, sucesivamente, algunos puntos críticos.

La primera observación es que la construcción propuesta tiene fundamento en la afirmación que señala una intrínseca interdependencia entre la democracia y el Derecho y entre el Derecho y la razón: de aquí nace la elección de una teoría axiomatizada del Derecho. El sistema axiomático formal, por tanto, no es parte accesoria, eliminable de la obra; es, por el contrario, su intrínseca estructura y razón.

La segunda observación es que la estructura que surge es la de un «constitucionalismo fuerte» que identifica un sistema de límites y también de obligaciones al poder, que sin ellas sería soberano, de la mayoría.

A partir de estas observaciones preliminares, se analizan algunos puntos. El primero reside en el carácter intrínsecamente inacabado del sistema, característica que FERRAJOLI presenta como un valor adjunto. El segundo es la relación de la formalización con la explicabilidad del lenguaje y, por tanto, con la comunicabilidad del Derecho. El tercero es el doble rol del sistema axiomático: definir un posible universo de discurso o describir rigurosamente un universo ya definido de otro modo. El último nodo es la aplicabilidad del método propuesto a los sistemas de Derecho contemporáneo, fuertemente influenciados por el contacto directo con los sistemas del *common law.*

**Palabras clave:** FERRAJOLI, *Principia iuris,* teoría axiomatizada del Derecho, constitucionalismo

**ABSTRACT.** The text develops two observations and then highlights some critical points.

First observation: the proposed construction has a cornerstone in the affirmation of the intrinsic interdependence between democracy and law and between law and reason; hereof comes the choice of an axiomatic theory of law. Therefore the formal axiomatic system is not an additional and eliminable part of the work but its intrinsic structure and reason.

Second: the structure that emerges is of a «strong constitutionalism», which outlines a system of obligations and limits to the power of the majority, otherwise unlimited.

Starting from these preliminary observations, some critical points are discussed. The first point lies in the inherently incompleteness of the system, although such a characteristic is seen by FERRAJOLI as an additional value of the system. The second is the relationship between formalization and understandability of language, and then between formalization and communicability of law. The third point is the dual role of an axiomatic system: to define a possible universe of discourse, or to describe a universe already strictly defined otherwise. Finally —that is the last critical point discussed in the text— the applicability of the proposed method to contemporary legal systems, strongly influenced by direct contact with the systems of common law.

**Keywords:** FERRAJOLI, *Principia Iuris,* axiomatic theory of law, constitutionalism.

* Fecha de recepción: 1 de diiembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

Confieso que he tenido algunas dificultades en dar una dirección a estas breves observaciones.

La primera dificultad radica en tener que enfrentar la sistematicidad y la globalidad de una obra que no permite aproximaciones parciales, sin contextualizarlas, como se debería, en aquel espacio de discurso que ésta define con absoluta precisión. Un obra que reconstruye el espacio de las normas, de las acciones, de los efectos, de las garantías, de los derechos individuales y sociales y de las obligaciones que ellos implican, que —como se afirma explícitamente— ve en el Derecho el fulcro de la construcción de la *democracia* y en la *razón* la esencia constitutiva del Derecho. Una obra global que se mueve en el trazado iluminista, en el primado absoluto de la razón y que en este sentido, si bien pesimista en el análisis del presente y en someter a criterios de racionalidad y de consistencia lógica las nuevas prácticas y los nuevos temas del Derecho concreto, es sustancialmente optimista porque tiene fe en la posibilidad de un criterio regulador y reorganizador de la complejidad.

La sistematicidad de esta obra es un desafío también para quien ha tenido la posibilidad, en el curso de los años que han acompañado su construcción, de hablar, de vez en cuando, con el autor además de gozar del raro privilegio de no sentir miedo o repulsión delante del uso recurrente de formalizaciones y símbolos.

La segunda dificultad tiene una raíz estrictamente biográfica: he abandonado la lógica, en particular la deóntica de la cual proviene mi formación. Y, al mismo tiempo, de formación no jurídica, he acentuado la frecuentación jurídica, hasta asumir la coordinación de los trabajos de un Comité compuesto sobre todo por juristas: el Comité europeo encargado de controlar el respeto de las obligaciones que tienen los Estados que derivan del art. 3 de la Convención europea por la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. Esta segunda dificultad me hace sentir extranjero en las dos áreas: la lógica y el Derecho, no obstante a la relación existencial que tengo con ambas.

Una tercera dificultad nace de la connotación específica de mi trabajo actual, de constante monitoraje a lugares opacos como son los de la privación de la libertad, que me lleva a confrontarme con la materialidad espuria del ejercicio y del no ejercicio del Derecho: un trabajo «en el Derecho» que por lo tal difícilmente se relaciona con el rigor lógico y definitorio de la obra de FERRAJOLI la cual sustancialmente constituye un trabajo «sobre el Derecho». El trabajo «en el Derecho» está fuertemente radicado en la materialidad de la aplicación, está marcado en su *corpus* teórico por la efectividad de los éxitos de lo afirmado y establecido; el trabajo «sobre el Derecho» está depurado de tal materialidad e indica los principios y las líneas asintóticas hacia las cuales aquellas actualizaciones deberían convergir.

En el Derecho penal empírico, en el cual me muevo, aquel de los lugares poco transparentes en donde la práctica de justicia tiene su punto de llegada y la sanción se manifiesta en concreción y cotidianidad, en materialidad que se hace sufrimiento, frecuentemente ignominia, tortura, la falacia no es lógica, es factual, y como tal es inasible.

Con este múltiple sentimiento —la fascinación por la construcción lógica, el compartir de la centralidad de la razón y del Derecho en la construcción de la democracia

moderna y el eco de mi experiencia de verífica del Derecho concreto— me aventuré en la lectura de la obra de FERRAJOLI, desarrollando preliminarmente algunas observaciones y sucesivamente evidenciando algunos puntos críticos que quisiera compartir con los autores y los demás lectores fascinados.

La primera observación, a la que ya he hecho referencia, es que la construcción propuesta tiene su fundamento en la afirmación que señala una intrínseca interdependencia entre la democracia y el Derecho y entre el Derecho y la razón. De aquí nace la elección metodológica de proponer una teoría axiomatizada del Derecho, así come se configura en los países que en la segunda postguerra se dieron una Constitución escrita, rígida y garantizada. La teoría axiomatizada es funcional a una teoría, de la democracia constitucional, no axiomatizada, pero escandida sobre la base de la axiomatización de la anterior. La democracia es la expresión empírica del implanto formal, es su equivalente isomorfa y no simplemente un conjunto de prácticas de buen gobierno. La democracia es tal, si no traiciona este isomorfismo.

A esta elección de método FERRAJOLI atribuye una «una función práctica», no simplemente la de dar una reconstrucción pulida, depurada de falacias y, por ello coherente, como si se tratara de una organización lógica de material que en lo concreto ha sido definida y que requiere una sistematización *ex post.* El de hecho escribe que «el método axiomático representa [...] un poderoso instrumento de clarificación conceptual, de elaboración sistemática y racional, de análisis crítico y —se preste atención— de invención teórica, entonces, particularmente eficaz para la explicación de la creciente complejidad e inefectividad de los ordenamientos modernos»[1].

El sistema axiomático formal —y esta es la segunda observación— no es parte accesoria, eliminable de la obra, es su intrínseca estructura y razón. De hecho, si es verdad que los pasos del cálculo son facultativos, así sean de simple lectura y útiles para volver transparentes las afirmaciones del texto, es también verdad que la necesidad y la existencia de cálculo son connotaciones estructurantes de la obra. El autor lo comprueba a través de dos distinciones deónticas entre «validez» y «vigor» de las leyes y entre «vigor» y «efectividad» del Derecho en las prácticas institucionales. La reducción de tales distinciones es el principio que da forma a la obra. A partir de esto él desarrolla tanto la crítica al Derecho ilegítimo, es decir en contraste con la Constitución, como la elaboración de las garantías en cuanto técnicas para reducir la inefectividad de las promesas constitucionales.

La tercera observación que quiero resaltar se refiere al impacto de la obra, oportunamente definido «ius-constitucionalista» o también de «fuerte constitucionalismo» —y no por casualidad no se evita el uso de la expresión «neo-constitucionalismo» para evitar el aspecto de superposición de planos éticos y planos normativos que esta expresión trae consigo—. Las Constituciones de la segunda postguerra, en general, y de la italiana en particular —observa el autor— modifican la estructura del Derecho porque impiden la producción de normas invalidas en cuanto en contradicción con los derechos de libertad e imponen la producción de leyes de actuación idóneas para garantizar los derechos sociales. Estas leyes constituyen entonces un sistema de límites y también de obligaciones al poder, que sin ellas sería soberano de la mayoría. Aquí reside la

[1] S. MARIETTI, enero 2008: «Intervista a Luigi Ferrajoli», en *Reset,* n.º 105.

relación con la democracia, relación que es problemática sólo si se interpreta a la democracia como omnipotencia de la mayoría, es decir «democracia política»; mientras no lo es si es entendida como garantía de derechos fundamentales para todos, es decir como «democracia constitucional».

Una última observación preliminar se relaciona con el procedimiento del cálculo: el cálculo funciona, se desarrolla coherentemente y con precisión. Algunos elementos de «ingenuidad» lógica que pueden ser resaltados tienen que ver con la mayor o menor opacidad del implanto, que en parte no corresponde a criterios de lógica deóntica —más bien a criterios de lógica predicativa de orden I con la añadidura de operadores cerca de la posibilidad y la necesidad— pero el implanto funciona, no presenta falacias y su simplicidad es su elemento de fuerza.

A partir de estas observaciones preliminares, se hacen evidentes los puntos a los que me he referido anteriormente.

El *primer punto,* que considero no resuelto aún, reside en el carácter intrínsecamente inacabado del sistema. ¿Puede, de hecho, un sistema como el propuesto ser completo? En términos generales, creo que la respuesta sea negativa, porque considero que de no ser así sería el fin de la historia.

Sabemos que los sistemas lógicos no pueden huir a dos criterios: deben de ser coherentes y completos. Son dos principios impuestos al legislador.

Es simple aceptar el carácter coherente para los sistemas que describen actos de expresión y/o comportamiento, como los sistemas lingüísticos o el sistema penal. De hecho, en este último, un comportamiento no debe ser calificable al mismo tiempo como lícito o como no lícito, ni un acto derivado de un comportamiento lícito no puede ser calificado como ilícito.

La característica que se refiere a lo completo del sistema es menos lineal porque se manifiesta bajo dos diversos aspectos. El primer aspecto se refiere a que una conducta no puede ser deónticamente incalificada, el segundo aspecto se refiere a que si se dan relaciones lógicas entre normas, el legislador debe desarrollar todas las implicaciones lógicas de orden superior. Como consecuencia se establecen dos posibles hipótesis de lagunas en los sistemas normativos, la ausente connotación deóntica de una conducta y la ausencia de la emanación de una norma que haga efectiva otra norma.

FERRAJOLI no niega el riesgo del carácter incompleto, al contrario lo presenta como un valor adjunto, cuando en las primeras páginas da cuenta de la elección de un método axiomático: «Se entiende que una teoría construida de esta manera es como un mosaico, o si se prefiere un complicado edificio del que primero se deben construir los fundamentos, después levantar los muros maestros y sólo sucesivamente construir las paredes divisorias y preparar las decoraciones internas. Con la diferencia que en el trabajo teórico no se dispone desde el comienzo ni del plano ni de los materiales de construcción [...] un diseño inicial existe [...] una teoría del Estado constitucional de Derecho y de las técnicas de garantía de derechos subjetivos, comenzando por aquellos fundamentales»[2]. De aquí la apertura a descubrimientos sucesivos que él da a su trabajo.

[2] L. FERRAJOLI, 2007: *Principia Iuris,* Bari: G. Laterza editore, vol. I, pp. 55, 56.

Aquí nace una hipótesis que yo veo detrás de los *Principia Iuris:* el sistema propuesto parece motivado también y no incidentalmente, por una exigencia político- normativa, por un gran deseo de someter a verificación la producción de las normas; de poner orden, freno y verificabilidad lógica, a interpretaciones erróneas. En pocas palabras de diferenciar aquello que es lógicamente deducible de aquello que no lo es, se trata de un gran filtro que somete a verificación de coherencia muchos temas, elementos impuros entrados en las normas: aporías, elecciones hechas sobre la base de criterios de oportunidad y de gastabilidad política y no de fundamentabilidad jurídica y de coherencia democrática. Y no es secundario que los temas expuestos en el segundo volumen, los más susceptibles de conmixtión se expongan en el interior del esquema construido de definiciones de democracia constitucional, depurándolo de falsedades semánticas o de pliegues adquiridos en el debate político: esto se hace evidente sobre todo en la parte dedicada a los derechos sociales.

En resistematizar y depurar cuanto es producido, a través del examen lógico definido, FERRAJOLI es EUCLIDES, y no tanto HILBERT: el trabajo del primero se dedica a dar forma y a sistematizar lógicamente el material precedente, lo que se ha producido que se conoce pero que no ha sido sistematizado; el trabajo del segundo se dedica a dar expresión formal depurada de referencias experienciales para así abrir el camino a otras interpretaciones posibles del mismo esquema formal construido.

FERRAJOLI sigue más al griego y que al alemán. Así se hable del desafío de inventar —el sistema «solicita la imaginación y la invención teórica»— es evidente que su interés es someter a un análisis riguroso las eventuales invenciones más que formular nuevas. No se trata de construir un nuevo derecho, como para el geómetra no se trata de construir un nuevo espacio, se trata mas bien de entender si nuevos elementos son coherentes con la totalidad del implanto y de ser así como.

Tampoco hay una libertad de «movimiento» lógico, de juego coherente, de verdad como combinación posible, de apertura hacia lo impredecible —que es una connotación lógica del novecientos—. Aquí en cambio el aparato al que se debe llegar es conocido en sus características constituyentes, el sistema está dado y se quiere demostrar su coherencia intrínseca y la incoherencia de otras elecciones —que se declaran parte de la misma opción democrática.

El *segundo punto* es la relación con la formalización. Se podría dar una estructura lógica sin formalizarla. ¿La acentuación lógica ayuda o desorienta? No es un problema de lectura: si el Derecho es el elemento estructurante del Estado constitucional y por ende de la esfera pública. ¿Cuál comunicación del Derecho se debe practicar?

A quien ha seguido desde lejos y durante años a FERRAJOLI, la elección de la formalización no sorprende: el Derecho es un sistema lógico formalizable y «tarea de la (metateoría) semántica de la teoría del Derecho es la identificación del conjunto de cosas y/o experiencias que forman el objeto de la teoría del Derecho y respecto al cual las tesis en ella formuladas pueden ser interpretadas y verificadas». Esta idea la anunciaba en su ensayo de 1983 [3].

[3] El ensayo se encuentra en el volumen colectivo de Estudios dedicado a N. BOBBIO (compilado por U. SCARPELLI), 1983: *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali,* Edizione Comunitá.

La formalización escogida sigue, como ya dicho, las reglas de la lógica y sus simbolismos.

La discusión sobre la potencialidad informativa de la formalización es antigua. Bastará citar algunas de las polémicas que han acompañado el programa logicista relacionado a otra disciplina, que desde hace tiempo hace uso de instrumentos formales, la matemática.

De vez en cuando al lector desatento le pueden venir en mente, consultando el tercer volumen, algunas exclamaciones de H. POINCARÉ: «pero —escribía— si se requieren veintisiete ecuaciones para establecer que 1 es un número, ¿cuántas se necesitan para demostrar un verdadero teorema?»[4]. «La carcajada de POINCARÉ —escribe G. LOLLI, cuando cita la frase— resuena todavía hoy, devastadora, en contra de las pretensiones de escribir matemática en un lenguaje simbólico y se transmite en la invencible indolencia del matemático hacia todo aquello que tenga el sabor de lenguajes formales y de lógica». Él atacaba mientras los adversarios exultaban por la realización del sueño leibniziano de construir una *lingua characterística* y un asociado *calculus ratiocinator* —el famoso «¡calculemos!»— atribuyendo a la formalización las ventajas a aquello que POINCARÉ veía como defecto: claridad, brevedad, precisión y mayor afidabilidad.

En este dilema nos encontramos aún hoy en día. ¿Qué es la claridad y la explicabilidad del lenguaje? ¿Es verdad que ella está garantizada por la autoevidencia del lenguaje formal, como en fondo parece que creyera FERRAJOLI?

Ciertamente en esta hipótesis ayuda R. CARNAP: «En el lenguaje simbólico a diferencia que en el ordinario lenguaje de palabras, tenemos signos que no son ambiguos y formulaciones que son exactas: por esto mismo en este lenguaje la pureza y lo correcto de una derivación puede controlarse con mayor facilidad y cuidado [...] Una derivación en un lenguaje de palabras comprende presupuestos que no se habían hecho explícitos, pero que habían entrado inadvertidamente. Una ulterior ventaja de usar símbolos artificiales en vez de palabras se revela en la concisión y en la claridad de las fórmulas simbólicas. Frecuentemente un enunciado que necesita muchas líneas en un lenguaje de palabras (por lo que su claridad es reducida) puede ser representado simbólicamente en una línea o menos»[5].

Si le reconocemos al Derecho el rol de factor constitutivo, de constructor de la democracia y si reconocemos que el espacio público de la comunicación democrática se constituye como espacio de producción de reglas y normas, que no se relegan a la instancia privada del legislador, entonces el problema de la comunicación del Derecho viaja simultáneamente al problema de su coherencia lógica. Y mucho debe hacerse para que la coherencia no sea solamente un puro control lógico, pero un tejido que entrelaza el implanto lógico y el implanto factual.

El *tercer punto* es el del doble rol del sistema axiomático: definir un posible universo de discurso o describir rigurosamente un universo ya definido de otro modo. El pun-

---

[4] Citada por G. LOLLI, 1987: *La Macchina e le dimostrazioni: Matematica, Logica, Informatica,* Bologna: Il Mulino, y extraída de 1908: *Les dernières efforts des logistiens.*

[5] R. CARNAP, 1958: *Introduction to Symbolic Logic and Its Applications,* New York: Dover, p. 2.

to es en síntesis, entre el sistema axiomático que define el mundo posible y un sistema axiomático que da orden a un mundo descrito de varias formas. Me he ya referido al hecho que FERRAJOLI niega fuertemente la posibilidad de ver el control lógico como un gesto *ex post* al cual someter la producción normativa y el implanto del Derecho. Lo ve como un *ex ante* que debe dar forma a la producción misma; es un método productivo y no un criterio de análisis. Para FERRAJOLI la teoría procede mediante pruebas, errores y cambios gracias al método axiomático que permite los cambios de acción en el interior de un sistema lógicamente vinculado. «Reiteradamente —él afirma— he cambiado o integrado definiciones y postulados: naturalmente cada cambio de una tesis primitiva (postulado o definición) comporta la obligación de modificar la entera cadena de las tesis que de ella directa o indirectamente derivan». En este proceso reside la potencialidad explicativa del sistema y no su limitación.

Sin embargo la cuestión no se limita a una declaración de principio porque se reflexiona sobre la relación entre sistema formal del Derecho y el sistema empírico del Derecho. Entre estos dos sistemas existe una relación parecida a la dada entre un lenguaje formal y un lenguaje natural. Ambos, de hecho, son conjuntos infinitos de expresiones posibles; ambos distinguen, con base, sus propias reglas de formación, las cadenas bien formadas de las otras cadenas, ambos tienen reglas de derivadibilidad de una cadena a partir de los axiomas.

Existe sin embargo una diferencia intrínseca entre los dos. En el lenguaje formal la gramática es un a priori en relación a la expresión lingüística: las cadenas del lenguaje formal se construyen según reglas dadas; éstas pueden ser ampliadas, ampliando así la descrivibilidad del lenguaje, pero queda en el interior del sistema el retrogusto de limitación, de universo sí infinito, pero finitamente describible.

En el lenguaje natural, en cambio, la gramática es un a posteriori del hecho lingüístico: convierte en reglas formales las reglas seguidas y adquiridas en el uso, se modifica gracias al modificarse de la realidad. Las reglas vienen después de la expresión y no vinculan las expresiones posibles.

Cuando intentamos aferrar un lenguaje natural e intentamos describirlo formalmente, nos valemos de reglas *context-sensitive* —es decir de reglas susceptibles a los contextos—, de tal forma que las mismas fórmulas produzcan fórmulas diferentes, respetando así la diferencia entre los contextos en los cuales se ubican.

Contrariamente, cuando queremos generar un lenguaje formal a partir de sus reglas gramaticales, nos damos cuenta que las reglas de transformación son reglas esencialmente, si no exclusivamente, *context-free,* indican transformaciones de cadenas que se llevan a cabo independientemente del contexto en los cuales se colocan. Naturalmente las gramáticas *context-free* pueden ser muy articuladas, generar lenguajes infinitos y complejos de largo alcance. Sin embargo es como si el contexto no existiera en la generación de palabras y frases, como si el lenguaje generado estuviera ya intrínsecamente depurado de cualquier contextualización.

Y bien, yo pienso que un riesgo del sistema axiomático propuesto por FERRAJOLI está en su acentuación en el lenguaje formal con reglas esencialmente independientes a los contextos, que hacen que el sistema sea intrínsecamente cerrado, si bien en expansión y potencialmente ampliable.

En la comparación entre el Derecho descrito formalmente a través de sus 16 postulados y de sus 276 definiciones y el Derecho empírico, esta limitación parece delinearse.

Es verdad que FERRAJOLI trata de evitar este riesgo acentuando la potenciabilidad inventiva y aclarando que el lenguaje formal propuesto es de tipo «observativo», en el que términos extralógicos designan objetos y procesos observables —y no de tipo teórico— en el que existen signos lógicos y términos no definibles explícitamente a través de términos observativos. Además él acentúa el hecho que en las disciplinas jurídicas los lenguajes observados son dos correspondientes a las dos interpretaciones que se pueden dar a la teoría: normativista y realista y de esta manera él se cautela, preventivamente, delante de la posibilidad que su axiomatización del lenguaje normativo sea tildada de un «puro formalismo» y, entonces, de lenguaje puramente teórico.

Pese a ello no escapa al riesgo de que el sistema designado y formalizado tenga dificultades de apertura delante de la contingencia de la mutabilidad de la historia y de la complejidad social, delante de las nuevas reglas que puedan llegar a establecerse. Las perseguirá, tratará de ponerlas en el interior, de llevarlas al propio sistema, ampliando y modificando, si se hace necesario, definiciones y axiomas y por lo tal, revisando todas las consecuencias que tales cambios determinan. Pero la relación entre sistema y realidad aparece siempre más compleja y no limitable.

El *último punto* que deseo subrayar proviene de las fuentes del Derecho que en sistemas europeos influenciados por el contacto con los sistemas del *common law* se limitan cada vez menos a las normas y se abren a la jurisprudencia. El conjunto de *cases-law* constituyen una fuente normativa y sin embargo por eso mismo el control de adecuación formal es de por sí más complejo de cuanto no lo sea para las normas. Ley y sentencia, de hecho, tienen dos funciones diferentes cuando se les considera como elementos constructores del implanto lógico del Derecho: como si el primero se refiriera a la lógica y el segundo a la eurística, el primero parece pertenecer al ámbito de lo definible, el segundo al ámbito de lo que es posible.

Con una analogía arriesgada creo que las relaciones entre teoría formal del Derecho, y derecho actuado sean como aquellas que se establecen en lógica, al menos en la lógica del post Turig, entre ámbito de lo definible, de lo computable y de lo implementable.

En el ámbito de lo definible es la abstracta coherencia lógica de los objetos definidos lo que suscita interés: se puede hablar libremente de objetos infinitos y de asertos atemporales; lo que cuenta es que valga el principio de no contradicción, es decir que no puedan ser al mismo tiempo *A* y no *A*.

El ámbito de lo computable, así como nos lo expuso A. TURIG y como los lógicos de las funciones recursivas lo desarrollarán después, pide no sólo la coherente definibilidad de los objetos sino la existencia de un procedimiento que dé una definición constructiva.

Esta construcción es esencialmente teórica: no responde a límites de espacio o a consideraciones temporales, porque lo que es esencial es su descrivibilidad finita.

El ámbito de lo implementable es, en cambio, el de la factibilidad de los procedimientos descritos, de su uso concreto.

Bien, yo creo que si la lógica de lo implementable es aquella que guía las elecciones, las decisiones y las concretizaciones de las elecciones normativas, es la lógica de lo computable, en el sentido ya mencionado, la que constituye el eje del Derecho como sistema regulador de una dinámica compleja y mutable, como lo es la dinámica social. Los sistemas formales, axiomáticos, a su vez dan indicaciones y guían al Derecho, pero temo que aparten a la lógica de lo definible y como tal pueden ser cercanos, pero irreduciblemente diferentes a la lógica de lo computable.

Es cierto que sin la lógica de lo definible los sistemas de lo computable no existirían o no tendrían un criterio lógico constitutivo, sin embargo no son reconducibles a ésta.

*Principia Iuris* es una obra *in fieri,* abierta, es un manifiesto programático. Pretendía tal vez ser un trabajo definitivo y definitorio, pero en cambio nos desafía no solamente cuando nos pide verificar la lógica existente sino sobre todo cuando delinea un horizonte conceptual en el cual ubicar una actividad normativa creíble.

*(Traducción de Anna María Forero)*

# AUTOCRACIA DE LA RAZÓN, LIBERALISMO DE LOS DERECHOS, DEMOCRACIA DE LOS GARANTES. EL PROGRAMA NORMATIVO DE LUIGI FERRAJOLI *

Pier Paolo Portinaro

*Universidad de Turín*

**RESUMEN.** El trabajo analiza las contradicciones de la propuesta normativa de FERRAJOLI de una democracia garantista, que podrían sintetizarse en el intento de hacer compatible una sociedad idealmente liberal con con una visión del orden público que podría definirse como solidarismo republicano.

**Palabras clave:** L. FERRAJOLI, garantismo, democracia.

**ABSTRACT.** The work analyzes the contradictions in FERRAJOLI's normative proposal for a guaranteeing democracy, which could be synthesized in an attempt to make an ideally liberal society compatible with a vision of public order which could be defined as republican solidarity.

**Keywords:** L. FERRAJOLI, guaranteeing, democracy.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

1. En la reciente literatura filosófico-jurídica y filosófico-política del continente europeo, en el que tras trágicas vicisitudes se ha llevado a su máxima expresión el experimento histórico de la democracia constitucional, hay dos obras que dan la sensación de que aquella época de afortunada conjugación entre Derecho y política se halla próxima a concluir; y ello pese a la virtuosa obstinación normativa con la cual el proyecto político de la modernidad como edad del Derecho y de los derechos se propone nuevamente, debidamente potenciado o, mejor dicho, radicalizado, como respuesta irrenunciable a los desafíos del siglo XXI. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* de J. HABERMAS, y *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* de L. FERRAJOLI, pueden ser consideradas, tras un periodo de sobriedad empirista y procedimental, como las obras que en el curso de los últimos diez años en este continente mejor han conciliado, con pasión moral y espíritu sistemático, la teoría del Derecho y la teoría de la democracia; y esto a fin de redefinir un paradigma muy exigente de democracia constitucional (nótese la convergencia de sus pretensiones que claramente expresan los subtítulos) orientado a instar a los Estados nacionales ya en declive a mantener aquellas promesas de democracia y Estado de Derecho que, en una sociedad global cada vez más fragmentada y cada vez más polarizada social y culturalmente, se hallan puestas en riesgo.

Se trata de dos obras aparentemente muy distantes por las tradiciones intelectuales a las cuales pertenecen y por la estructura teórica que las formula. Detrás de HABERMAS está la teoría crítica de la sociedad y la tradición hermenéutica alemana, confrontadas con la filosofía política normativa estadounidense del último decenio; detrás de FERRAJOLI, el normativismo kelseniano filtrado por la teoría política de BOBBIO (en la estela de BOBBIO, FERRAJOLI sigue siendo un pensador con orientaciones cosmopolitas, pero fundamentalmente eurocéntrico; en efecto, si una cosa llama inmediatamente la atención del lector de *Principia juris* es seguramente la exigüidad del diálogo con la cultura jurídica y política estadounidense, o en general anglosajona). Mientras el primero ha edificado su reconstrucción de la democracia constitucional sobre la teoría de la acción comunicativa, el segundo nos propone una teoría axiomática formal del Derecho y busca extender sus asimilaciones a la teoría de la democracia[1]. No obstante, lo que les acerca es una finalidad crítica radical, dirigida, en el heredero de la escuela de Frankfurt, contra la tradición filosófica dominante del siglo XX (entre NIETZSCHE y HEIDEGGER) y en FERRAJOLI contra la tradición jurídica hegemónica y su supuesta neutralidad política[2], y dirigida a denunciar el «lado oscuro de Occidente» y el modo en el que se recurre a políticas (económicas y militares) que se muestran en evidente contradicción con sus propios principios[3].

---

[1] L. FERRAJOLI, 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia,* Roma-Bari: Laterza, II, p. 6, advierte que no quiere proponer una teoría formal ni formalizada de la democracia sino una «teoría normativa, que hace uso de todo el aparato conceptual elaborado por la teoría formal del Derecho, la cual representa una interpretación semántica del tipo axiológico o normativo, basada no obstante en la experiencia constitucional de las actuales democracias». El fundamento de esta teoría jurídica de la democracia constitucional es, como se muestra en I, § 12.18, la teoría de la validez (formal y substancial) de las normas.

[2] Téngase presente lo que L. FERRAJOLI, 1999: *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento,* Roma-Bari: Laterza, p. 7, escribe acerca de la «doble operación de despolitización llevada a cabo por los juristas a partir de la segunda mitad del siglo pasado: de su objeto de investigación, o sea, del Derecho y del Estado, de los cuales éstos teorizan la neutralidad y la neutralidad política, y aún antes del mismo trabajo que desempeñan, o sea de la doctrina jurídica, que éstos configuraron como "ciencia" no valorativa».

[3] L. FERRAJOLI, *Principia iuris,* II, p. 570. *Cfr.* J. HABERMAS, 2005: *L'Occidente diviso,* Roma-Bari: Laterza.

Por lo que se refiere a la cultura jurídica italiana, es relevante la deuda de esta obra en relación con la aportación de N. BOBBIO a la teoría general del Derecho[4]. Sin embargo, respecto al programa científico bobbiano de una teoría formal, en cuanto no valorativa, del Derecho, debe señalarse que FERRAJOLI ha denunciado el carácter ilusorio y la sustancial incomprensión de las innovaciones introducidas en la estructura normativa del Derecho por el Estado constitucional de Derecho, oponiéndolo a la tesis del carácter crítico y constructivo de la ciencia jurídica[5]. Si tuviéramos que resumir el aporte teórico de BOBBIO a una fórmula excesivamente simplificada, creo que se podría decir que fue el más kelseniano entre los intérpretes de HOBBES y el más hobbesiano entre los intérpretes de KELSEN. Hoy en día es indudable que HOBBES puede ser considerado el autor de la primera teoría axiomática —si bien no propiamente formal— del Derecho y de la política, así como el primer partidario moderno riguroso del nocognotivismo ético. Del mismo modo, para FERRAJOLI, cuyo concepto de soberanía (II, p. 487) toma distancia debidamente del «realismo elemental del primer contractualismo» y de su «aporía» originaria, HOBBES continúa siendo un autor-clave y no sólo desde el punto de vista metodológico. Pese a ello, respecto a las dos líneas fundamentales de pensamiento que el modelo hobbesiano ha conocido: la lockeana, que lleva a la concepción liberal del orden político, y la rousseauniana, que configura la concepción democrática radical, FERRAJOLI, como buen crítico de los derechos patrimoniales, se sitúa más cercano a la última[6]. Y aquí cabe advertir el alejamiento de FERRAJOLI respecto a BOBBIO en lo que se refiere a la teoría de la democracia, y ello por más que DAHRENDORF haya afirmado —aunque superficialmente— un desplazamiento del liberalismo de BOBBIO hacia el pensamiento rousseauniano[7].

**2.** Nuestra lectura de este inconmensurable *opus* puede partir de descifrar la presencia de un clásico, J.-J. ROUSSEAU; a partir precisamente de la teoría de las relaciones entre democracia y derechos fundamentales elaborada en *Principia iuris,* puede reconsiderarse a ROUSSEAU en oposición a la tendencia a la *vulgata* interpretativa que lo convierte en el sostenedor de aquella democracia de la identidad que no habría tardado en desvelar sus implicaciones totalitarias[8]. El concepto de voluntad general es notoriamente el fulcro enigmático y problemático de su doctrina política. La teoría de la democracia de FERRAJOLI nos ayuda a comprender este concepto aún en aquellas valencias que

---

[4] L. FERRAJOLI, 2004: «L'itinerario di Norberto Bobbio: dalla teoria generale del diritto alla teoria generale della democrazia», en *Teoria politica,* 20, n.º 3, p. 127: «BOBBIO fue al mismo tempo el máximo exponente teórico del Derecho y el máximo exponente filósofo de la política de nuestro país en la segunda mitad del siglo XX: seguramente, es aquel que ha dejado la marca más profunda en la cultura filosófica-jurídica y filosófica-política y aquel que más generaciones de estudiosos, aunque de distintas formaciones, han considerado como un maestro».

[5] *Cfr.* L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica,* cit., p. 102: «Esta idea bobbiana de la neutralidad valorativa de la ciencia jurídica representa un legado, en mi opinión indefendible, de varias tradiciones, todas fuertemente presentes en los años cincuenta: antes que nada de aquella del neopositivismo lógico de los orígenes (...); de la idea kelseniana de la "pureza" de la teoría del Derecho y de aquella weberiana de la neutralidad valorativa de las ciencias sociales; en fin, del modelo apolítico y técnico del jurista propio de la tradición pandectista, aún dominante en la cultura jurídica del tiempo». En *Principia iuris,* tanto KELSEN como BOBBIO son reconducidos muchas veces, y no sólo bajo el perfil metodológico, al horizonte del «paleo-positivismo jurídico» (II, p. 37).

[6] Para la originaria formulación de la teoría de los derechos fundamentales, así como para el importante debate que se ha desarrollado, *cfr. Diritti fondamentali. Un dibattito teorico,* a cura di E. VITALE, 2001: Roma-Bari: Laterza.

[7] R. DAHRENDORF, 2007: *Erasmiani. Gli intellettuali alla prova del totalitarismo,* Roma-Bari: Laterza, p. 88.

[8] Una *vulgata* interpretativa no priva de justificaciones y anclajes textuales y a la cual el mismo FERRAJOLI parece adecuarse en más de un pasaje de la obra: *Principia iuris,* II, pp. 114-18, 165-66 y 546.

el aparato conceptual del siglo de las luces no consentía a ROUSSEAU explicitar completamente. En la introducción del capítulo décimo tercero, tras haber denunciado la insuficiencia y las cuatro aporías de las concepciones procedimentales de la democracia y haberse librado de la tesis holística y organicista de la voluntad general, FERRAJOLI parte de una redefinición de la soberanía popular, *a)* como garantía negativa («la soberanía pertenece al pueblo y *solamente* al pueblo»), *b)* como suma de derechos fundamentales[9] (II, p. 11).

A menudo se señala a ROUSSEAU como exponente de una concepción substancial de la democracia o también, con buenas razones, como el autor moderno que ha intentado conciliar concepciones formales y concepciones substanciales de la democracia. También FERRAJOLI se mueve en esta misma dirección: la teoría de la democracia elaborada en el segundo volumen de *Principia iuris* está enteramente orientada a enlazar la dimensión formal y la dimensión substancial, las normas de procedimiento y las normas que afectan a los contenidos de las deliberaciones colectivas[10]. De este modo, adoptando un movimiento hegeliano (aunque luego, en toda la obra, HEGEL y SCHMITT constituyen sus principales adversarios), FERRAJOLI ve en la «racionalidad iusconstitucionalista» una especie de *Aufhebung* respecto al momento substancial de la racionalidad iusnaturalista y respecto al momento formal de la racionalidad iuspositivista, en cuanto constitucionalismo rígido, permitiendo la subordinación de la ley a los derechos fundamentales restituye «racionalidad substancial a toda la producción jurídica», y realizando al mismo tiempo la conjunción de la democracia, del Estado de Derecho y del propio positivismo jurídico[11]. Empero, en el fondo, también en el programa del *Contrato social* se encontraba la maximización de la artificialidad del orden, del gobierno de la ley y de la participación democrática.

Obviamente, el ROUSSEAU de FERRAJOLI está depurado de toda forma de cognitivismo[12] y de la idea iusnaturalista de un universalismo ontológico de los derechos hu-

---

[9] *Principia iuris,* II, p. 10: «Fue el mismo ROUSSEAU quien afirmó que "la soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser alienada" (...) Esto significa que el principio de la soberanía popular equivale a una *garantía negativa*». Los derechos equivalen «igualmente a *fragmentos de soberanía popular* en beneficios de todos y de cada ciudadano. Por eso cada violación suya es una lesión no sólo de las personas que son titulares, sino también de la soberanía popular». Es éste el sentido del famoso art. 34 de la Declaración de los derechos premisa de la Constitución francesa del 24 de junio de 1793: «Existe opresión contra el cuerpo social cuando tan sólo uno de sus miembros es oprimido». En cambio «cualquier concepción de la soberanía como *potestas legibus soluta* entra en contradicción no sólo con el modelo de la democracia constitucional, sino con la idea misma de la democracia, revelada históricamente y conceptualmente incompatible con la existencia de poderes soberanos o absolutos, comprendida la omnipotencia de la mayoría del pueblo y de sus representantes» (II, pp. 9-11).

[10] Es forma-substancia, evidentemente, la gran dicotomía que está en la base de todas las dicotomías que estructuran su construcción teórica: «Nuestra distinción entre "dimensión formal" y "dimensión substancial" de la democracia recalca una dicotomía que ha atravesado la entera teoría del Derecho desarrollada hasta aquí: aquella entre signo e significado, y luego entre causa y efecto, entre forma y substancia, entre fuentes y normas, entre medios y fines, entre validez formal y validez substancial, entre normas formales y normas substanciales, entre nomodinámica y nomoestática, entre funciones de gobierno y funciones de garantías, entre normas de reconocimiento y de razones sociales de cualquier institución» (II, p. 24).

[11] «La *racionalidad iusconstitucionalista* (...) une racionalidad formal y racionalidad sustancial, dado que vincula y finaliza la primera a la segunda, a su vez positivizada. Ésta consiste en la congruencia de los medios —el obrar económico en las formas de la autonomía privada y el obrar político en las formas de la autodeterminación política colectiva— con los fines y las expectativas constitucionalmente estipuladas» (II, p. 41).

[12] Una polémica con el cognitivismo de clara matriz kelseniana recorre toda la obra: es decir, la intolerancia «es siempre relativa a cada forma de cognitivismo ético-político» (II, p. 568).

manos (al menos esto pretende). Y es sobre todo crítico en relación con la noción rousseauniana de voluntad general. «La llamada "voluntad general", no es tanto no representable, como afirmó ROUSSEAU, cuanto inexistente» (II, p. 172). De la crítica de los conceptos metafísicos de una teoría de la democracia de matriz rousseauniana proviene la crítica de una tradición de constitucionalismo democrático que ve en la *nation-building* y en la integración política de un pueblo, no el efecto sino el presupuesto de la constitución. En relación al debate sobre la posibilidad de una constitución europea, FERRAJOLI niega que no se pueda dar constitución sin pueblo. «Es verdad, al contrario, que no hay pueblo sin constitución» (II, p. 563). Da aquella crítica deriva complementariamente una recuperación de los «clásicos principios liberales según los cuales: *a)* los hombres, sobre todo si detentan poder, están, o de todos modos es bueno suponer que están, predispuestos a la maldad o inmoralidad; *b)* no es absolutamente factible englobar a la humanidad en una "unidad moral", puesto que está dividida por valores, culturas e intereses diversos y antagónicos; *c)* los seres humanos, a su vez, son diferentes unos de otros, a causa de condiciones sociales, intereses económicos y concepciones políticas y morales que virtualmente entran en conflicto» (II, p. 569). Como bien sabemos, esta filosofía social y antropología política —correctamente identificadas como liberales— constituyen las antípodas de la filosofía social y de la antropología política de ROUSSEAU. De hecho, es exactamente aquí, creo, donde se puede identificar la paradoja de la filosofía política que presupone toda la construcción de FERRAJOLI: el querer hacer convivir, siguiendo las problemáticas indicaciones kantianas, pero yendo más allá de KANT, una filosofía social idealmente liberal (un liberalismo de los derechos y no de los intereses) con una visión del orden público que podría definirse como solidarismo republicano.

Que el liberalismo de FERRAJOLI no es el liberalismo de la tradición clásica, sino un liberalismo depurado del dificultoso bagaje de las apologías de la esfera (y de la propiedad) privada, lo demuestra puntualmente el tratamiento que su teoría de los derechos fundamentales reserva a los derechos patrimoniales (de propiedad o de crédito), considerados particulares y disponibles y por lo tanto contrapuestos a los derechos fundamentales (de libertad o de autonomía), que en cambio son universales y no disponibles: una distinción que me parece perfectamente integrable (si se considera el espíritu y no la letra) en la construcción teórica de ROUSSEAU. Aquí, el espíritu del ginebrino renace en la denuncia del despotismo de los poderes privados. La gran laguna de nuestra tradición jurídica consiste, para FERRAJOLI, en el hecho de que no se ha desarrollado «al lado del *constitucionalismo de Derecho público,* un *constitucionalismo de Derecho privado*» (II, p. 224). Para un liberal clásico una afirmación de este tipo sólo podría ser insensata: esto es así porque lo que correspondería a la constitución como pacto público en la esfera privada sería el contrato garantizado por el juez; establecer ulteriores límites al ejercicio de poderes privados equivaldría a una recaída en el despotismo. Sin embargo, para un republicano *à la* ROUSSEAU es seguramente cierto que también los poderes privados amenazan la libertad y la autonomía de los individuos y, por tanto, deben ser sometidos al Derecho [13].

[13] No obstante, manteniéndose en el ámbito de una concepción liberal-democrática, tampoco la crítica a las «falacias ideológicas» tendiente a la concepción de la representatividad (II, pp. 174 y ss.) es extraña a la lección rousseauniana.

En una acepción corriente, genérica o vulgar, la democracia substancial constituye un *fortalecimiento* de la democracia, una *potenciación* del poder popular. No es así en FERRAJOLI, y tampoco en una posible interpretación no concretista y no substancialista de la voluntad general de ROUSSEAU. Las reglas de la *democracia formal* son aquellas «orientadas a disciplinar los medios y las formas de las decisiones, que reservan al poder y a la voluntad de los particulares en la vida privada y a la voluntad de la mayoría en la vida pública, permaneciendo indiferentes a sus fines sin predisponer su sustancia. Por esta razón, estas reglas consisten en la atribución de los *derechos secundarios o instrumentales o de autonomía,* individual o colectiva, mediante normas formales que condicionan su válido ejercicio a la innovación y transformación jurídica». Sin embargo, las reglas de la *democracia substancial* consisten para FERRAJOLI «en límites y vínculos a la autodeterminación individual y colectiva, orientados a la tutela de intereses y necesidades vitales de todos. Consisten, por tanto, en la atribución de los *derechos primarios o finales o substanciales* que disciplinan la autodeterminación en el ejercicio de los poderes, de lo contrario absolutos, en los que consisten los derechos secundarios» (II, p. 17). En virtud de estas determinaciones, que se apoyan sobre la distinción entre «derechos secundarios» y «derechos primarios», la democracia substancial aparece como un *debilitamiento* de la democracia, como su constricción en una jaula de vínculos y de límites que disciplina y racionaliza coercitivamente a los intereses particulares. Creo que a un ROUSSEAU *redivivus* le podría gustar esta solución a la paradoja democrática.

La reinterpretación de la noción de soberanía en términos de totalidad de los derechos fundamentales permite igualmente a FERRAJOLI una reformulación del pacto social como síntesis de los artificios tendentes a garantizar los derechos: se habla así de «pacto de no agresión asegurado por la garantía de los derechos individuales de libertad» y de «pacto de mutua solidaridad asegurado por la garantía de los derechos sociales» (II, p. 569). Sin lugar a dudas, este pasaje también permite observar que corresponde a ROUSSEAU el mérito de haber valorizado la idea del contrato como «metáfora del momento constituyente de la democracia constitucional» y de haber puesto de relieve el problema de «cómo conjugar el principio de la autodeterminación, sobre el que se basa la democracia política, con el carácter heterónomo del derecho positivo» (II, p. 166). Sobre el plano teórico se le reconoce a FERRAJOLI —y no es poco el reconocimiento— el haberlo logrado con claridad. Naturalmente, se debe advertir que a inicios del siglo XXI no consuela haber resuelto el problema de ROUSSEAU sólo teóricamente, sobre todo cuando la solución práctica se perfila hoy en día incluso más lejana, puesto que ya no debe ser buscada a nivel local, sino global. Lo que tenemos en frente, como reconoce nuestro autor, es una obra inactual[14].

**3.** La imponente construcción de FERRAJOLI, más allá de la intrincada e impresionante red de bifurcaciones que la atraviesan, está obsesionada por el imperativo de la *reductio ad unum.* De hecho, toda la máquina analítica está dirigida —y no se puede menospreciar su rigor— a la transformación de todos los problemas políticos en problemas de garantías de los derechos. Con el nacimiento del Estado constitucional de Derecho se ha llevado a cabo, en su opinión, una auténtica revolución copernicana: el

[14] *Principia iuris,* I, p. 11. Sobre este desfase se ocupa también, con muchas observaciones considerables, E. VITALE, 2008: «*Principia iuris. Un'utopia realistica*», *Critica marxista,* I, pp. 59-65 (dicho sea de paso, en el manuscrito originario, como el autor me ha comunicado, el título tenía prudentes signos de interrogación).

Derecho ya no es concebido como instrumento de la política y la política ha sido elevada a instrumento de la actuación del Derecho (II, p. 44). No obstante, no se puede obviar el aspecto problemático de esta revolución copernicana que consiste en lo que podríamos definir como *blindaje jurídico de la democracia.* Sin embargo, para el autor, este problema parece no subsistir (para él, evidentemente, aún más que lo fue para KELSEN, se trata de un problema aparente, producto de una falsa conceptualización de la política). BOBBIO fue el teórico de las «promesas no cumplidas de la democracia». FERRAJOLI es el teórico de la obligatoriedad del cumplimiento de aquellas promesas. Cumplir con esta obligación no parece ser difícil: basta *tomar en serio* el Derecho y los derechos. En su teoría, la «esfera de lo indecidible», ya que ha sido preestablecida por un Derecho sobre el que es mejor no indagar a fondo sus orígenes[15], se expande sin medida (con razón, en mi opinión, A. PINTORE habla de «derechos insaciables»).

En la medida en que se habla de *democracia substancial,* entendiendo por ésta un sistema de deliberación colectiva donde la sustancia de la decisiones está configurada por límites, establecidos por los derechos individuales de libertad y de autonomía *(qué no se debe decidir),* así como por los derechos sociales *(qué se debe decidir)* (II, p. 18), FERRAJOLI esboza los lineamientos de una forma de gobierno en la cual los poderes de gobierno se encuentran tan asediados por las instituciones de garantía que llegan a paralizar su capacidad innovadora (la innovación política es siempre lesión de intereses y transgresión de normas consuetudinarias, y en cuanto tal puede ser interpretada como lesiva de derechos)[16]. Con la contraposición entre instituciones de gobierno (en las que se incluyen tanto el poder legislativo como el ejecutivo) e instituciones de garantía (en las que, junto al poder judicial, se incluyen todos aquellos órganos cuya legitimación proviene únicamente de la sujeción a la ley: lo de FERRAJOLI es un verdadero programa para englobar a la administración en el ámbito de las instituciones de garantía), se acoge la novedad que atañe a la clásica (montesquiniana) separación de poderes públicos, pero sobre todo se invierte la tradicional jerarquía entre ellos, al igual que la relación entre democracia y constitución.

En vez de *democracia* constitucional, la forma de gobierno esbozada en esta obra merecería llamarse «régimen de *constitucionalismo* democrático». Las motivaciones de la elección pueden ser halladas en una precisa diagnosis histórica: «en el viejo Estado liberal garante sólo de los derechos civiles y de libertad, el Estado de Derecho tenía una valencia conservadora; mientras la democracia, permitiendo la representación de una mayoría de pobres, tenía más bien una valencia social y también progresista. Hoy sucede lo contrario: el Estado constitucional de Derecho es un defensor de las garantías de los sujetos más débiles contra las tendencias conservadoras de la mayoría; y pre-

[15] «La esfera de lo "indecidible que", es decir, de aquello que no está permitido (o está prohibido) decidir, determinada por el conjunto de los *derechos individuales,* los cuales impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; y, la esfera de lo "indecidible que no", es decir, de aquello que no es permitido no (o es obligatorio) decidir, determinada por el conjunto de *derechos sociales,* los cuales imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones idóneas dirigidas a satisfacerlas» (II, p. 19).

[16] Si en un modelo como aquel diseñado por FERRAJOLI la capacidad innovadora de las instituciones de gobierno no resultase paralizada esto sería, según mi punto de vista, solamente indicio de ineficacia, por ejemplo de la recíproca neutralización, de las instituciones de garantía. Observando atentamente las instituciones de gobierno delineadas por FERRAJOLI, éstas recuerdan, si bien en un marco liberal que no excluye el conflicto y la competencia, el escenario marxista donde al dominio de los hombres le ha sustituido la administración de las cosas.

cisamente la ideología liberal ha descubierto paradójicamente como equivalente político de la libertad del mercado, el valor de la democracia rousseauniana» (II, p. 546). Toda la construcción fundada sobre el dualismo entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía sorprende por su asimetría: de las primeras sólo se habla para denunciar las involuciones y las patologías, las segundas sólo se mencionan con propósito constructivo. De nuevo, las razones estructurales de la dinámica expansiva que implican estas últimas son correctamente individualizadas, pero con la proclamación del «principio de la plenitud de las garantías» (II, p. 202) el maximalismo vuelve a apoderarse del autor.

En el ensayo *Diritto e guerra* (1965), BOBBIO escribía: «La función del Derecho puede ser comparada a la presa y a la canalización de una corriente de agua. Un ordenamiento jurídico representa la presa y la canalización de los poderes existentes en el grupo social: del gran dique que permite la formación de la cuenca recolectora —la Constitución— se llega hasta la cotidiana y menuda obra del campesino que abre y cierra los surcos de su campo con un poco de tierra, esto es, metáfora aparte, a las normas particulares que cierran o abren, respecto a éste o a aquel individuo, impidiendo un flujo de poder —normas prohibitivas— o consintiendo la desembocadura de este mismo flujo de poder —normas permisivas—. Hasta ahora ningún ordenamiento jurídico ha sido una presa y un canalizador perfecto: algunas veces el agua se pierde en arroyuelos no previstos por el plan de irrigación y va por cuenta propia, son los poderes residuales; otras veces se rompen las presas, o inclusive el gran dique, y es el momento del poder extraordinario»[17]. FERRAJOLI quiere perfeccionar la canalización eliminando del ordenamiento jurídico toda especie de poderes residuales y cada huella de poder extraordinario.

Naturalmente, un programa de controles jurisdiccionales de inconstitucionalidad, no sólo para violaciones de normas, sino también para omisiones de leyes de actuación, está estructuralmente expuesto al riesgo de la improductividad y futilidad. Este control, se advierte en uno de los pasajes donde el hipergarantismo del autor debe plegarse al realismo de la experiencia, «no va más allá de la simple denuncia de la laguna y de la consecuente recomendación de colmarla, en el mejor de los casos fortalecida con la previsión de la obligación de pronunciarse a cargo del legislador, obviamente no sancionable sino en la forma de responsabilidad política. Es claro que la garantía jurisdiccional, en virtud de la separación de poderes, no puede avanzar hasta llegar a usurpar la función legislativa» (II, p. 223). A FERRAJOLI parecieran no preocuparle los riesgos que pueda alimentar un programa de control jurisdiccional tan exigente como el suyo, tales como un conflicto crónico de poderes entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, destinado a ser instrumentalizado por parte de actores políticos estratégicamente orientados y a ser resuelto a favor de las primeras, generando como rechazo la involución hacia una forma de democracia plebiscitaria (y, sin embargo, la lección italiana, también en materia de garantismo penal, a estas alturas, debería ser clara).

Si la democracia constitucional es aquello que FERRAJOLI define, entonces vale para ella el veredicto que ROUSSEAU pronunciaba para la democracia *tout court* (que en sus

[17] N. BOBBIO, 1979: «Diritto e guerra», en *Il problema della guerra e le vie della pace,* Bologna: Il Mulino, p. 110.

propósitos, como hemos sugerido, debería haber garantizado el carácter substancial de los derechos humanos): no está hecha para los hombres. Como ideal iluminista de un gobierno fundado sobre la autolimitación de la razón legisladora este modelo en abstracto podría parecer deseable. Sin embargo, resulta del todo implausible considerar que mediante la potenciación de las funciones de garantía sea posible detener la deriva plebiscitaria que se produce en las democracias contemporáneas. Demasiados indicios, escrupulosamente registrados inclusive en esta obra, nos dicen que estamos yendo hacia una universalización del particularismo comunitario, hacia una colonización de los derechos fundamentales a causa de los derechos patrimoniales y, por tanto, hacia una *edad de los derechos contratados.* En particular, la tetracotomía de los derechos elegantemente elaborada por FERRAJOLI en esta versión última de la corriente filosófica del Derecho constitucional europeo, podría presentarse como una arcaica ejercitación de un epígono del iluminismo jurídico.

**4.** Lo que llama la atención en la obra de FERRAJOLI es la extrema e insostenible separación entre el realismo de la diagnosis y el radicalismo utópico de la propuesta normativa anclada en la búsqueda de un constitucionalismo no sólo *más allá del* sino *contra el* Estado. El diagnóstico concierne, por un lado, a las amenazas a la democracia constitucional en lo que se refiere a la involución plebiscitaria y a la pérdida de representatividad de las instituciones de gobierno, así como a la creciente colonización de la esfera pública a favor de los intereses privados[18]; y por el otro lado, a la ausencia de Derecho público en la arena internacional, caracterizada, respecto a la promesa de un cambio de paradigma en la edad de la globalización, por una «regresión neo-absolutista a la ley del más fuerte sea por parte de los Estados militarmente más potentes, sea por parte los grandes poderes económicos transnacionales»[19]. De este modo, la bobbiana «edad de los derechos» se transforma en las páginas de *Principia iuris* en la «edad de la máxima desigualdad: entre los ciudadanos y no ciudadanos que presionan nuestras fronteras, pero inclusive, al interno de nuestros países, entre ciudadanos *optimo iure,* semiciudadanos más o menos establemente regularizados, no ciudadanos y no personas clandestinas» (II, p. 352).

La democracia constitucional de FERRAJOLI persigue no obstante una ardua finalidad, la de conjugarse, en el interior, con la democracia multicultural y, en el exterior, con la democracia cosmopolita. El universalismo de los derechos humanos de su propuesta «no sólo no se opone al multiculturalismo, sino que, al contrario, es el nexo principal del respeto y de la tutela de las diferentes culturas e identidades, inclusive de aquellos que no comparten su valor ni su legitimidad» (II, p. 568). Esta finalidad junto a este universalismo necesitan, para lograr reconocimiento y concreción, de un sistema internacional de garantías. En concreto, se propone una reforma radical de la ONU que remueva los vicios constitutivos, que son principalmente la naturaleza oligárquica del Consejo de Seguridad y su falta de efectividad en la tutela de la paz por falta de actuación de la Carta; y propone, además, objetivos aún más ambiciosos, una Carta interna-

[18] «Las amenazas más graves a la democracia constitucional provienen hoy de dos potentes ideologías de legitimación del poder: la idea del la omnipotencia de las mayorías políticas y la idea de la libertad de mercado, en tanto nueva *Grundnorm* del actual orden globalizado» (II, p. 72).

[19] «Al desarrollo de fuerzas y poderes no reglados y de sus agresiones a bienes y a derechos fundamentales corresponden, en vez de una ampliación y de un fortalecimiento de la esfera pública, una reducción en los ordenamientos internos y una casi total carencia en el Derecho internacional» (II, p. 496).

cional de bienes fundamentales y el correspondiente sistema de garantías que debe coincidir con «una esfera pública supranacional en tanto esfera heterónoma respecto al mercado» (II, p. 583).

Pero el modelo de una democracia inclusiva y respetuosa de las diferentes culturas de la sociedad de la globalización permanece innegablemente distante. FERRAJOLI no duda en adoptar, para describir las actuales dinámicas sociales, un lenguaje particularmente crudo: habla de «*apartheid* interno, que se añade al *apartheid* mundial efectuado con nuestras fronteras cada vez más inaccesibles», y denuncia con indignación el «nuevo racismo institucional manifestado por políticas y leyes de exclusión, de expulsión y discriminación» (II, pp. 353-54). La fragmentación de la ciudadanía en una pluralidad de *status civitatis* es un dato de hecho y es indudable que está produciendo situaciones intolerables de desigualdad y discriminación (que requieren respuestas jurídicas, no universalistas sino pragmáticamente particularistas); pero la solución de derribar el obstáculo, exigiendo la cancelación de los *privilegios de ciudadanía* en una fase de la globalización en la que ya están seriamente corroídos por el mercado, no sólo no es realista sino que pone en peligro los frágiles equilibrios de la democracia constitucional: la realidad es que la predisposición a la inclusión que presenta tal forma de gobierno, históricamente originada por la evolución del Estado nacional cerrado, es muy limitada. Que se deba hablar de racismo y no sólo de xenofobia a propósito de nuestros ordenamientos sociales es desgraciadamente cierto: pero resulta equivocado circunscribirlo al «racismo institucional» sin constatar cómo éste es más bien el reflejo de un racismo social difundido (que no es sólo una construcción de los mass-media y el producto de campañas populistas de alarma social).

El programa de juridificación parece aún más problemático sobre la vertiente del Derecho internacional, donde en la persistente soberanía de los Estados y en el carácter excluyente de las ciudadanías, la perspectiva normativista de FERRAJOLI está obligada a ver sólo «factores de antinomias y de lagunas» (II, p. 494), causa de «inefectividad estructural» de los derechos humanos tan enfáticamente proclamados por las Declaraciones internacionales[20]. En lo que se refiere a sus objetivos, el programa normativo de FERRAJOLI es en el fondo reducible a la racionalización y reformulación en un sistema coherente de cuanto ya pertenece al bagaje del Derecho constitucional e internacional de los tiempos recientes. El art. 28 de la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 reza: «Cada individuo tiene derecho a un ordenamiento social e internacional en el cual los derechos y las libertades enunciadas en esta Declaración puedan ser plenamente realizados». *Principia iuris* es en el fondo la expresión sistemática más explicita de todas las implicaciones de este artículo, *tomado en serio.*

En relación al diagnóstico, es correcto sostener que en términos generales «el Estado nacional está perdiendo su propia autosuficiencia y exclusividad normativa sobre el plano jurídico, su propia soberanía sobre el plano político, su propio protagonismo sobre el económico» (II, p. 482); mientras que, al mismo tempo, máxima paradoja del

[20] También acá la radicalización del punto de vista de BOBBIO: «El ordenamiento internacional se configura así como un conjunto de lagunas, o sea, de promesas no mantenidas: como un ordenamiento del cual se estipulada la razón social —la paz y los derechos humanos— pero que se encuentra aún casi enteramente por construir y del cual contamos sólo el bosquejo de la arquitectura» (II, p. 495).

presente, «la soberanía continúa caracterizando a las relaciones internacionales» (II, p. 492). Lo que obstaculiza la transición hacia un régimen de constitucionalismo cosmopolita, o, como el autor prefiere decir, «cosmopolitismo jurídico policéntrico y pluralista» (II, p. 553), es precisamente el principio de la soberanía externa y el nexo entre ciudadanía y derechos humanos, ambos destinados a entrar en contraposición con la Carta de la ONU y la Declaración universal de los derechos humanos. «Es en esta aporía, aún irresuelta, en la que reside el problema más grave y difícil de la actual teoría del Derecho y de la democracia» (II, p. 493). Las consecuencias están en las desigualdades que proliferan en cada nivel, comenzando por aquellas relativas al *status civitatis* (antes mencionadas): desigualdades que terminan por agudizar la sensación largamente difundida (sobre la que debería abrirse un largo discurso) de una contracción de las libertades.

Llevando a sus últimas consecuencias la crítica kelseniana al concepto de soberanía, FERRAJOLI se ve obligado, por la lógica misma de su argumentación, a someter la esfera pública internacional a un test de normatividad que no conoce precedentes en la filosofía política. En este ámbito se hace aún más evidente cómo se mueven en contraposición incluso respecto a algunos herederos de la teoría crítica de la sociedad (también respecto a HABERMAS, su punto de vista parece teoréticamente más «conservador»)[21], que en materia de reforma de las organizaciones supranacionales y de recurso a políticas coercitivas dirigidas a evitar catástrofes humanitarias han asumido posiciones más articuladas (aunque también más contradictorias, desde el momento que advierten las contradicciones que se encuentran en la realidad).

El autor de *Principia iuris* restringe el campo respecto al ámbito de observación de BOBBIO, quien, en el ya citado ensayo de 1965, ilustraba cuatro modos de considerar la relación de la guerra con el Derecho: «la guerra como antítesis del Derecho, como medio para realizar el Derecho, como objeto del Derecho, como fuente del Derecho»[22]. La guerra, para FERRAJOLI, o más precisamente la guerra que ha cambiado su naturaleza en virtud de la revolución tecnológica, emerge sólo como «negación» o «antítesis del Derecho», lo que hace inviable también la concepción de la guerra como sanción y, consecuentemente, toda teoría de la «guerra justa»[23]. Esta afirmación es además el coherente corolario de la reducción de la soberanía a un «principio antijurídico, que sólo designa un vacío de Derecho, siendo su regla la ausencia de reglas, o sea la ley del más fuerte» (II, p. 493)[24]. Aquí FERRAJOLI se nos presenta, a ser posible, aún más hobbesiano que BOBBIO al afirmar la «oposición entre Derecho y guerra, entre garantía del derecho a la vida y violencia no reglada» (II, p. 495).

---

[21] Sobre el tema, *cfr.* G. NOLTE, 2008: «Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung», en *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,* vol. 67, Berlin: De Gruyter, pp. 129-159.

[22] «Diritto e guerra», en *Il problema della guerra e le vie della pace,* cit., pp. 97 y ss.

[23] *Principia iuris,* II, pp. 501-502. «El derecho internacional cambia así de naturaleza porque cambia la naturaleza de la guerra. Interdictando jurídicamente la guerra, ya que, de todos modos se ha vuelto injustificable moralmente la Carta de la ONU y, en lo que se refiere a Italia, la Constitución república han puesto fin a la cuestión de la justicia o de la injusticia de la guerra —cualquiera esta sea— con la afirmación en todo caso de su ilegalidad».

[24] También en este caso FERRAJOLI lee la historia del Derecho público moderno, adoptando una perspectiva rigurosamente *ex parte populi* y, por tanto, no como lucha por la afirmación de la soberanía (según la tradicional perspectiva *ex parte principis*) sino como «lucha contra la soberanía» (II, p. 494).

**5.** La insostenible divergencia entre la lucidez del diagnóstico y la ambición del programa normativo compele a la búsqueda de ilusorias vías de salida del laberinto de las antinomias y de las lagunas. El rigor axiomático no excluye así la involuntaria fraudulencia de la argumentación. Constantemente, en el curso de la obra se busca garantizar al lector el realismo del análisis y la gradualidad de las propuestas, afirmando que en la política permanece el espacio de lo decidible. Sin embargo, con la misma perseverancia se trabaja para cerrar cada orificio que pueda permitir la discrecionalidad del actuar político. En las normas constitucionales se querría anclar la erogación de «un salario mínimo garantizado a todos, desde la mayoría de edad, aumentable sólo por el número de hijos menores y quizá integrado, tras cierta edad, en una jubilación» (II, p. 407). Es plausible sostener que garantías de este tipo —«aseguradas en los automatismos del universalismo de los derechos que los hacen posibles»— sean las únicas que resulten efectivas, pero es absurdo afirmar (y es síntoma de un anti-estatalismo perjudicial y de una imagen distorsionada de la burocracia que nos lleva directos al Marx crítico de la filosofía hegeliana del Derecho público) que «aunque muy costosas, son tal vez mucho menos costosas que aquellas consistentes en erogaciones de las mismas prestaciones en forma selectiva y discrecional, con los enormes costos y derroches que genera la gran cantidad de aparatos burocráticos y complejos controles requeridos» (II, p. 408). El sueño de la extinción del Estado continúa persiguiendo la fantasía de una sociedad de individuos hipergarantizados. De un adiestrado crítico del neoliberalismo como FERRAJOLI no se esperaría la adopción de un típico argumento anarco-liberal (si se quiere abolir la corrupción se debe abolir la burocracia). Por otra parte, en un sistema totalmente despenalizado tampoco habría ya más crímenes; y FERRAJOLI, que en Derecho penal no adopta la tesis abolicionista radical, es sin embargo bastante indulgente en relación con una perspectiva de este tipo[25].

Para asegurar garantías efectivas a los derechos sociales se fomenta «la introducción en las cartas constitucionales de rígidas limitaciones presupuestarias en materia de gasto social, estableciendo para cada derecho social la cuota mínima del presupuesto estatal que debe ser destinada a su garantía» (II, p. 402). FERRAJOLI propone una cuota del 25 por 100 para la educación, igualmente para la sanidad, naturalmente evita mencionar cuota alguna destinada a financiar políticas coercitivas destinadas a la seguridad interna y a la defensa: es transparente su auspicio de que en el cuadro de una política de redistribución tan ambiciosa no quede prácticamente ningún recurso para este tipo de políticas. ¿Piensa nuestro autor derrotar así realmente a las grandes asociaciones de intereses que estructuran las constituciones materiales de los regímenes, inclusive democráticos?, ¿piensa realmente redefinir así las coordinadas de nuestras constituciones económicas?

El problema de la eficacia de las propuestas expuestas y de sus efectos colaterales emerge de modo aún más evidente en relación a la esfera pública internacional, en particular a la ilegitimidad de la guerra y al uso legítimo de la fuerza. El pacifismo jurídico al cual el autor se adhiere «no excluye absolutamente el uso legítimo de la fuerza por parte de una autoridad constituida» a fin de mantener la paz, postulando que entre gue-

[25] A estas temáticas, a la cual, como es sabido, había dedicado el fundamental volumen *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma-Bari: Laterza, 1989), vuelve también en *Principia iuris: cfr.* II. Aquí es nueva la discusión de la reciente teoría del «Derecho penal del enemigo» (G. JAKOBS), II, pp. 537-542 y 634-635.

rra y uso legítimo de la fuerza existe «una diferencia radical» (II, p. 503); pero precisamente en este punto su argumentación choca con una dificultad insuperable, pues o bien se toma en serio el ejercicio legítimo de la fuerza (dirigido exclusivamente a contrastar violaciones del Derecho internacional), lo que implicaría *inevitablemente* que las fuerzas armadas en juego terminaran cometiendo crímenes de guerra (las guerras asimétricas en términos tecnológicos que se llevan a cabo contra combatientes que adoptan métodos terroristas terminan fatalmente por implicar a la población civil; análogamente no es posible detener un genocidio perpetrado en el curso de una guerra civil sin cometer crímenes de guerra o hacerse co-responsables de crímenes contra la humanidad); o bien se toman en serio los derechos a la incolumidad de la población civil y se adoptan estrategias de contención militarmente ineficaces y en definitiva perdedoras, capaces solamente de postergar la prueba de fuerza decisiva, consintiendo a quien se sitúa fuera del Derecho la total ejecución de políticas de persecución de minorías y de limpieza étnica. Esto significaría, por un lado, que la diferencia entre guerra y uso legítimo de la fuerza puede ser considerada «radical» bajo el perfil jurídico, pero no lo es y no puede serlo en cuanto a los hechos[26] y, por otro, que un total sometimiento de la fuerza a las formas del Derecho tiene como efecto su debilitamiento, es decir, su desnaturalización en cuanto fuerza.

Es seguramente legítimo formular dudas sobre la eficacia de la guerra como instrumento para contrarrestar al terrorismo internacional, pero análogas consideraciones escépticas deberían ser expuestas en relación a la eficacia del instrumento jurisdiccional y de una fuerza internacional de policía proveniente de la coordinación de las diversas policías nacionales. «Por otro lado, hubiese sido posible —escribe el autor en relación al 11 de septiembre—, gracias a la solidaridad generalizada que se manifestó hacia los Estados Unidos, una movilización de las policías y de los servicios secretos de medio mundo, a fin de capturar a los culpables e identificar la red de sus seguidores (...) Seguramente, si hubiesen prevalecido la paciencia y la razón, hoy el terrorismo estaría mucho más aislado y vulnerable» (II, p. 509). Aquí también sorprende la simplicidad programática que parece, optimistamente, eliminar de golpe los obstáculos que hasta ahí el análisis había diagnosticado puntillosamente: sobre la «solidaridad generalizada» y sobre la predisposición a colaborar por parte de las policías y de los servicios secretos del mundo islámico, al menos, hubiese sido oportuno alguna posterior diferenciación; respecto a las modalidades de empleo legítimo de la fuerza, dirigidas a desarmar y capturar terroristas, se supone que un garantista como FERRAJOLI, en ausencia de una fuerza de policía universal legitimada por el consenso de los Estados, no hubiese tardado

[26] Bajo el perfil analítico la distinción del autor es a primera vista impecable: «La guerra es por su naturaleza un uso desmesurado e incontrolado de la fuerza, dirigida al aniquilamiento del adversario y destinada inevitablemente, en sus formas actuales, a golpear a las poblaciones civiles. La acción coercitiva mediante el empleo legítimo de la fuerza es, por el contrario, solamente aquella limitada y controlada, estrictamente necesaria, es decir, ya no para vencer, sino únicamente "para mantener o reestablecer la paz y la seguridad internacional". La diferencia entre las dos se manifiesta en dos elementos: la tutela del inocente y la no instrumentación de la coerción a fines e intereses particulares, aseguradas ambas del uso legítimo de la fuerza en lugar de la guerra» (II, p. 504). Sin embargo, en caso del uso legítimo, cualquiera fuere la fuerza «estrictamente necesaria» para el mantenimiento de la paz: ¿quién decide?, ¿los militares de profesión, los jueces o los diplomáticos? ¿Y quién puede, y cómo, garantizar la no instrumentación de la coerción en una arena política marcada por la competencia hegemónica? ¿Y qué sucede en el caso de que se trace un conflicto entre instituciones de garantías e instituciones de gobierno antepuestas para el mantenimiento de la paz?

en erigir barreras de garantías contra toda modalidad de intervención no sometida al control jurisdiccional (por otra parte, demostrar la ineficacia de la guerra como medio para contrarrestar al terrorismo internacional no equivale a demostrar la eficacia de las medidas policiales).

Ciertamente, para FERRAJOLI la lucha a largo plazo contra el terrorismo debe apoyarse no tanto sobre medidas coercitivas como sobre un programa de redistribución de la riqueza entre las naciones. De este mismo programa nuestro autor igualmente espera respuestas respecto a aquellas emergencias humanitarias que están alimentando la presión migratoria hacia países occidentales[27]. Sin embargo, estas políticas internacionales presentarían costos económicos, sociales y políticos que, aunque reconociendo a FERRAJOLI un tanto de racionalidad pragmática (la que lo lleva a posponer la satisfacción de los derechos sociales pese a su enfática declaración), ninguna coalición de Estados estaría dispuesta a asumir, ni remotamente, en la actualidad. No es difícil pronosticar que si un grupo de políticos temerarios pusieran seriamente en práctica un programa orgánico de reformas, inspirado en los principios directivos de legislación racional expuestos en estos capítulos de *Principia iuris,* el mundo occidental conocería una rebelión de las dos terceras partes de la sociedad que probablemente haría palidecer hasta la memoria de los fascistas del siglo XX.

**6.** Hay, en fin, consideraciones de carácter más general que podrían formularse contra las pretensiones universalistas del paradigma jurídico y político propuesto. Del mismo modo en que es perseverante al denunciar las falacias naturalistas de todos los críticos de su programa normativista, FERRAJOLI es incansable al producir argumentaciones teóricas en sostén de la tesis de que su garantismo constitucional de derechos humanos, redefinido en sentido supranacional, es «distante tanto de la idea iusnaturalista de un universalismo por así decir ontológico de los derechos humanos, concebidos como derechos naturales o inherentes a la persona o a la razón humana; como a la idea consensualista e igualmente cognitivista de un universalismo por así decir político y cultural de los mismos derechos, concebidos como derechos defendidos —o que es legítimo pretender que sean defendidos— por su aceptación universal» (II, p. 567). Sin embargo, un modelo legalista tan ambicioso es indistinguible de la tradición occidental y se alimenta necesariamente de los contenidos del iusnaturalismo cristiano del que es parte preponderante; y es lejano al paradigma de Derecho jurisprudencial que domina otras culturas (en el fondo de la teoría del Derecho y de la política del autor se reconoce claramente un esquema iluminista de filosofía de la historia, que reconduce el progreso jurídico a los tres estadios de Derecho jurisprudencial, Estado legislativo y Estado constitucional de Derecho). En la medida en que se sube (o se baja) la escalera del positivismo jurídico, pasando desde una fase en la cual se impone el vigor de las normas a otra en que se impone su validez formal a otra en que se funda su validez material, nos acercamos al iusnaturalismo.

---

[27] «Si no estamos en condiciones de ofrecer a la aclamada libertad de emigración la *garantía negativa* solicitada por el art. 13 de la Declaración de 1948 y consistente en la prohibición de impedir el ejercicio; si una semejante garantía, a causa de la enorme cantidad de problemas —económicos, sociales y políticos— que provoca se configura como una especie de utopía, entonces, es necesario y urgente que por lo menos nos empeñemos en políticas sociales de prevención a la inmigración en los países de emigración; en otras palabras, que se implementen en estos países *garantías positivas* de los derechos sociales a la subsistencia, a la salud y a la educación cuya satisfacción es sobre todo (...) un presupuesto indispensable de su desarrollo económico» (II, p. 355).

El programa universalista de FERRAJOLI es así doblemente eurocéntrico: por las matrices iusnaturalistas-cristianas de su concepción de los derechos y de los bienes fundamentales (un componente importante de la teoría, sobre el cual aquí no nos hemos detenido) y por la retraducción en términos de iuspositivismo constitucionalista de esta tradición. Igualmente, la firme afirmación de laicismo que connota la obra está completamente inscrita en el recorrido post-cristiano de la secularización. Leyendo el resto de las páginas filosóficamente más audaces, se tiene a veces la sensación de que la navegación se realiza entre SCILLA y CARIBDIS, expuesta por un lado al riesgo de reintroducir en modo forzado una forma de cognitivismo ético sostenida por el «fundamento cognitivo de la jurisdicción y de las demás funciones de garantía» y por el otro al nihilismo de tener que admitir en última instancia «el carácter opinable de la verdad jurídica y probabilístico de la verdad fáctica» (II, p. 217). Pero sobre estas difíciles cuestiones se deberá volver a discutir, con el debido bagaje de argumentaciones (que es exigido por una obra analíticamente tan generosa y por la que debemos sentir gratitud), en otra sede.

*(Traducción de Susana Brítez D'Ecclesiis)*

# *PRINCIPIA IURIS* ENTRE NORMATIVIDAD Y PODER: SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN LA TEORÍA DE LUIGI FERRAJOLI *

Geminello Preterossi

*Universidad de Salerno*

**RESUMEN.** Centrándose en la reflexión que acerca de las relaciones entre Derecho y poder hace FERRAJOLI en *Principia iuris,* el autor subraya los grandes méritos en los que encontramos también, nos advierte, los grandes riesgos del planteamiento de FERRAJOLI cuando pretende superar la dicotomía racionalidad formal/racionalidad sustantiva a partir de la noción de validez reforzada, y entender de determinada forma las relaciones entre Derecho y poder en el seno de la democracia constitucional. En opinión de PRETEROSSI, la tensión entre racionalidad y voluntad siempre va a estar presente en cualquier sociedad real, incluso en cualquier Derecho, independientemente de sus relaciones con la política (la politicidad es interna al Derecho y el acto constituyente tiene la doble faz de hecho y de Derecho). La teoría del Derecho debe evitar, pues, caer en representaciones que disfracen u oculten esa tensión.

**Palabras clave:** racionalidad formal y sustantiva, validez y fuerza, juridización del poder, democracia constitucional.

**ABSTRACT.** PRETEROSSI advances what in his opinion are both the main merits and the main risks too of the thesis on the relations between law and power as sustained by FERRAJOLI in *Principia Iuris.* Specifically, the attempt to deconstruct and overcome the traditional dichotomy formal rationality/substantive rationality with a complex notion of validity and the understanding of the relations between law and power in our constitutional democracies are considered to be the most powerful though slippery points of the theory. In PRETEROSSI's opinion, the tension between rationality and will should always and unavoidably be present at the very core of any society, far more, at the very core of law, whatever its relations with politics might be (politics is internal to law and the constituent act is both factual and normative). Consequently, legal theory must be prevented against falling into any sort of disguising or concealing reconstruction of that unavoidable tension.

**Keywords:** formal and substantive rationality, validity and force, juridification of politics, constitutional democracy.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

Parto de dos premisas que son, al tiempo, una suerte de doble reconocimiento. Comparto abiertamente la afirmación de fondo hecha en el extraordinario trabajo —que logra ubicarse fuera de lo ordinario y que en tantos aspectos se sitúa fuera del actual ambiente cultural— escrito de manera perseverante por L. FERRAJOLI bajo el título de *Principia iuris* según la cual la respuesta a la crisis de la razón jurídica (moderna) no consiste en liquidarla sino en tratar de defenderla y de reconstruirla. Comparto además la aceptación por parte de FERRAJOLI de una idea más compleja, tal vez menos cómoda, pero ciertamente más rica para la teoría del Derecho [1]:

> «El horizonte del jurista no es el de un simple espectador. Formamos parte del universo que describimos y contribuimos a producirlo con nuestras propias teorías. Esta dimensión pragmática de la ciencia jurídica contradice claramente todas y cada una de sus propias concepciones puras y estrictamente descriptivas. Pero ésta, al estar inscrita en la estructura misma del paradigma constitucional, no puede ser ignorada sin con ello comprometer, junto al papel civil y político de la ciencia jurídica, su importancia empírica y su capacidad explicativa» [2].

En particular, más allá de las repetidas y tradicionales advertencias acerca de la distinción entre Filosofía de la Justicia y la Teoría de la normatividad iuspositivista, FERRAJOLI subraya (conquista esta al tiempo verdadera y propia dentro de lo que es un trabajo con base «analítica») que la democracia contemporánea, de hecho, implica o exige asumir una perspectiva filosófico-política.

Esa parcial «impureza» de la teoría «pura» [3], o bien, el hecho de que la conexión mencionada exceda su intrínseca «forma» normativa, es independiente de la cuestión de su rigor metodológico. La convicción de FERRAJOLI es que cuanto más logre la teoría de la normatividad jurídica eliminar, gracias al refinamiento «lógico», los paralogismos, las incoherencias, los componentes elípticos, tanto más se evidenciará su función prescriptiva y se revelará todo su potencial «cívico». Esta conexión *post* tradicional entre forma y sustancia, *logos* y *polis,* produce lo que puede verse como una aparente paradoja de la metateoría del Derecho:

> «...no a pesar de, sino precisamente porque es lógicamente coherente y avalorativa en su desenvolvimiento, desempeña un papel normativo... y no puramente descriptivo en relación con su objeto. Por otra parte, no a pesar de, sino precisamente porque es normativa en tal sentido, ésta se encuentra en disposición de describir y explicar, como por lo demás no podría hacer ninguna teoría que se pretendiera puramente descriptiva, la estructura normativa de las actuales democracias constitucionales. En fin, no a pesar de, sino precisamente gracias a que es una disciplina formalizada, permite dar cuenta, por un lado de la dimensión sustancial y de la dimensión formal impuesta por el Derecho al paradigma de la democracia constitucional; por otro lado, de la inevitable discrepancia interna al propio Derecho positivo entre su modelo normativo y su concreta efectividad» [4].

El planteamiento de FERRAJOLI presupone asumir la tesis según la cual toda teoría del Derecho —incluida la Teoría pura de KELSEN (esto es evidente en la conclusión al

---

[1] FERRAJOLI habla de un «modelo integrado de ciencia jurídica»: *cfr.* L. FERRAJOLI, 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia,* vol. 1: *Teoria del diritto,* Roma-Bari: Laterza, pp. 39 y ss.

[2] *Ibídem,* p. 38.

[3] FERRAJOLI defiende una noción de pureza de la teoría en el sentido de su «formalidad», pero no en el sentido de que sea «puramente descriptiva».

[4] *Ibídem.*

*Problema de la soberanía*)[5]— en cuanto que convencional y artificial, o sea, basada en asunciones y decisiones, es pragmática y valorativa, y termina desempeñando —quiéralo o no— un papel performativo[6].

En estas breves notas críticas, abordaré algunas cuestiones problemáticas, inevitablemente parciales, respecto a la complejidad de la reconstrucción sistemática de la normatividad jurídica desarrollada por FERRAJOLI; en mi opinión, se trata de cuestiones no sólo centrales, sino también reveladoras de «puntos teóricos centrales» que señalan aporías elocuentes, a veces productivas y otras sintomáticas. El *leitmotiv* de mis observaciones será aquello que representa la verdadera *crux* de toda teoría del Derecho, como justamente reconocía BOBBIO: la relación (biunívoca) entre Derecho y poder.

El Estado de Derecho en sentido «estricto» o «fuerte», sostiene FERRAJOLI, es el Estado constitucional de Derecho (que es diferente del «legislativo», fruto de la revolución jurídica moderna, con la cual se afirmaba la primacía de la ley).

El Estado constitucional de Derecho se caracteriza por afirmar un Derecho sobre el Derecho; es decir, implica la progresiva positivización de los límites y los vínculos jurídicos del poder, sea público o privado, sea interno o internacional, sea ejecutivo o legislativo. Estamos, entonces, frente a una expansión tendencialmente ilimitada del ámbito de dominio del Derecho. Esto es posible en la medida en que el Derecho (moderno) se proyecta a sí mismo y se vincula a su propio «deber ser». Por tanto, el principio que funda el Estado constitucional de Derecho ya no es solamente la máxima positivista de origen hobbesiano *Auctoritas, non Veritas facit legem,* sino también la «coherencia», o bien una *Veritas* «lógico-deóntica» que tiende a asegurar la compatibilidad de contenidos axiológicos. Las distinciones entre sustancia y forma, y entre autoridad y verdad, resultarían así «superadas»[7]. Esto no significa, obviamente, el regreso a una concepción sustancialista premoderna del Derecho puesto que desde un punto de vista metodológico se rechazan tanto el cognoscitivismo ético como el artificialismo jurídico. Sin embargo, el lado formal de la validez se mantiene, podemos decir que de algún modo, «exceptuado» (el uso de la noción de «superación» es objetivamente significativo) ya que está fuertemente «integrado» por una validez reforzada por «principios» (en cuanto que «puestos» y no deducidos de la naturaleza o garantizados por Dios, es decir custodiados por un *auctoritas* religiosa o ética).

Tal «supervalidez» parece relativizar la oposición Derecho positivo-Derecho natural sobre la cual se ha construido el paradigma jurídico moderno (en el sentido de que también el Derecho natural moderno, de marcada impronta individualista y racionalista, sirve, como una paradoja necesaria, para prescribir y justificar argumentativamente el artificio, el destierro de la lógica del Derecho natural, potencialmente «advertido» porque con facilidad sale del campo de la «etización» del orden y va más allá del fin mínimo de la pacificación y de la garantía de la supervivencia).

Ahora bien, la cuestión es que el Estado *constitucional* de Derecho es tal precisamente porque no se contenta con esa estrategia deflacionista, sino que excediendo al

---

[5] *Cfr.* H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto,* ed. it. al cuidado de A. CARRINO, Milano: Giuffrè, pp. 461 y ss.

[6] L. FERRAJOLI, *Principia iuris...,* vol. 1, cit., pp. 32 y ss.

[7] *Ibídem,* p. 487.

Estado (de Derecho) simple, acaba por implicar una potente inserción de contenido, mediante una vía «formal», lo cual, objetivamente, trae aparejado un problema. Esto no significa, obviamente, que sea deseable o, siquiera, sólo posible, «regresar atrás». Pero es cierto que en tal dinámica se esconde un núcleo de contradicción. Si el Derecho, en esta segunda revolución, se convierte a sí mismo en norma, ¿no se expone al riesgo de mutarse constitutivamente, o sea, a transformar el propio estatuto «moderno» heredado de la primera revolución (la distinción Derecho-moral y la neutralización del potencial fundamentalista y prolegómeno de la axiología)?

La superación de la que habla FERRAJOLI ¿acaso no implica el riesgo de no ser tal, de conservar problemas que se creían superados, de contribuir a alimentar polisemias ético-jurídicas y «poderes indirectos», de favorecer el retorno —obviamente más allá de toda intención y con un paradójico retroceso— de fantasmas «sustancialistas» que persiguen relegitimar la intención de fundamentar definitivamente el Derecho sobre una inmediatez indisponible (por ejemplo, una «naturaleza» como refugio ético del ser humano), o a usar polémicamente los derechos humanos como clave identitaria? Tal proceso, que se desarrolla del todo de forma independiente de la finalidad y de las premisas culturales «laico-racionalistas» de la teoría, ¿no se aparta, con su ambivalencia simbólica y sus desacuerdos ético-normativos, cada vez más de la trama «lógica» de la teoría misma? En resumen, ¿acaso no sucede que con el intento de enriquecer el artificio —que también, al fin y al cabo se corresponde con necesidades surgidas en el seno de la sociedad moderna—, pero sobre todo al perseguir la idea hiperiluminista de una legitimación completa y definitiva de los ordenamientos constitucionales contemporáneos, de los cuales la teoría del Derecho sea una transcripción lógica y sello de «clausura», se corre el riesgo de alimentar o bien la ilusión o bien los proyectos ideológicos que pasan por apartarse de las implicaciones ineludibles del artificio, a saber su destino de provisoriedad, relativa imprevisibilidad, apertura pluralista y conflictual?

En fin, ¿no se corre el riesgo de no advertir (u omitir) la insuficiencia del Derecho, algo que representa, sin embargo, no sólo un dato de hecho, sino también probablemente una *conditio sine qua non,* un elemento calificativo intrínseco a cualquier juridicidad *post* sustancial (también «constitucional») convirtiéndose incluso en factor de autoconocimiento crítico, es decir en un recurso?

FERRAJOLI tiene el gran mérito de que en su teoría de la validez distingue entre validez y fuerza, además de que pone en el centro de la discusión el tema del Derecho inválido o ilegítimo (aunque existente) y de que desmistifica la presunción de legitimidad que el formalismo jurídico asigna al ordenamiento monolíticamente entendido en cuanto «positivo» y dotado de autoridad. Es decir, separa Derecho y poder, intentando inmunizar a la ciencia jurídica del riesgo en el que históricamente ha incurrido al tener que ceder y transformarse muchas veces en una poderosa máquina ideológica —tanto más poderosa cuanto más «abstracta»— al servicio de la fuerza victoriosa.

Sin embargo, ¿estamos seguros de que el Derecho (moderno), en cuanto saber autonormativo, sea, desde el punto de vista de su «deber ser», totalmente coherente y racional y que sólo sea el poder (del cual también necesita) el que lo haga «espurio»? Quizá la génesis del Derecho moderno es intrínsecamente política, espuria, como muestra el paradigma hobbesiano, por lo demás no fácilmente removible si se quiere mantener precisamente el artificialismo, la laicidad, la distinción entre Derecho y moral, etc. En

fin, a nosotros nos parece problemático un esquema según el cual el Derecho moderno surja, como Minerva de la cabeza de Júpiter, «armado» con su autonomía, y que tal impureza provenga solamente de fuera, de su conexión (también reconocida como inevitable) con la «política del Derecho» (en la que la teoría del Derecho, además, termina por participar, pero sólo cuando le «sirve», esto es, al explicar la coherencia lógica de la normatividad jurídica, reclamando así la adecuación de los sistemas jurídicos a su propio *logos*). Es más admisible que subsista un nexo originario y recíproco, precondicionante del ordenamiento en su conjunto, entre soberanía (o si se quiere, más en general, «fuerza institutiva») y Derecho público moderno[8]. La *auctoritas* originaria es una presuposición dotada de eficacia que no opera ni sobre la base de normas formales autorizadas, ni sobre la base de una *veritas* presupuesta. Para esto la *auctoritas* originaria debe ficticiamente presuponer —y sobre tal base implementar— la supremacía indisponible, en cuanto que estratégico-racional, de lo que debe realizar: a saber, la pacificación y el intercambio político protección-obediencia como única fuente de legitimación elemental, mínima y alejada de la disputa iusnaturalista, religiosa, etc., de un poder, en última instancia, funcional a un ordenamiento «sin sustancia». Así, hay también un «deber ser» del poder (moderno), tal es el del *orden de la supervivencia.*

¿La normatividad lógica del Derecho moderno plenamente desarrollado y «constitucionalizado» puede prescindir de aquel «deber ser» mínimo y algo escabroso? ¿Tal núcleo «normativo» ínsito en la cuestión del orden, unido a su función de presupuesto necesario (pero «sin fundamento»), no lleva acaso la «politicidad» al *interior* de la juridicidad y de la teoría normativa (no sólo en el sentido de que ésta puede tener efectos político-culturales, sino también en el sentido de que ella misma debe previamente rendir cuentas sobre cuestiones de «efectividad», lógicamente no neutralizables, especialmente sustraídas a su disponibilidad y cuya resolución ha de preceder tanto a la producción de un sistema de reglas como a su reconocimiento lógico)? Aquí tenemos una discrepancia de fondo con FERRAJOLI: éste piensa que el discurso acerca del «Estado de excepción» (en cuanto cuestión explicativa de la relación Derecho-política en condiciones «no normales») se agota en el reconocimiento mismo de su «prohibición» (si bien esto es verdadero, lo es desde el punto de vista interno del ordenamiento vigente, y no desde el punto de vista genealógico, «constituyente», o desde el de una teoría del Derecho que no se separe de la «política» salvo que lo presuponga oculta o inconscientemente, es decir, de una teoría que tematice también las crisis internas a lo jurídico y a su «no autosuficiencia»). Mientras que, en mi opinión, el «Estado de excepción» no es sólo el desafío concreto de la efectividad, algo siempre posible para cada orden específico, sino que es también, en un sentido más general, el reflejo de la inevitable im-

[8] Un nexo que no agota lo «jurídico», sobre todo en sus sucesivas «complicaciones», pero prescindiendo del cual el Derecho «artificial», «*post* sustancial» no es conceptualizable. Sobre este «nodo» («nudo») histórico y doctrinal existe ya una vasta literatura. Me limitaré a citar: C. SCHMITT, 1991: *Il nomos della Terra,* ed. italiana de F. VOLPI y E. CASTRUCCI, Milano: Adelphi; ID., 1986: *Scritti su Thomas Hobbes,* ed. italiana de C. GALLI, Milano: Giuffrè; E.-W. BÖCKENFÖRDE, 2007: *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unità,* de G. PRETEROSSI, Roma-Bari: Laterza; M. STOLLEIS, 1998: *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna,* ed. italiana de G. BORRELLI, Bologna: Il Mulino; R. SCHNUR, 1979: *Individualismo e assolutismo,* trad. italiana de E. CASTRUCCI, Milano: Giuffrè; N. MATTEUCCI, 1997: *Lo Stato moderno,* Bologna: Il Mulino; W. REINHARD, 2001: *Storia del potere politico in Europa,* trad. italiana de C. CAIANO, Bologna: Il Mulino; P. COSTA, 1999-2001: *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa,* Roma-Bari: Laterza, vols. I-IV; M. FIORAVANTI, 2001: *La scienza del diritto pubblico,* Milano: Giuffrè, ts. I y II.

pureza de la teoría del Derecho, incluso de aquella que coherente y adecuadamente toma en serio la tarea de la racionalización del poder, tal y como, de forma admirable, hace FERRAJOLI. Apartar este problema que es, precisamente, el mayor de los que enfrenta una concepción normativista y limitarse a sostener razones de regularidad significa correr el riesgo de perderse, autolesionarse y resultar, además, aporético desde un punto de vista teórico, porque dicha regularidad no se rige por sí sola, no está completamente inmunizada. En concreto, no basta con decir que el «Estado de excepción» es un «ilícito» para eliminar el gravamen al que está sujeto el Derecho.

Una vez hecha esta advertencia, podemos decir que FERRAJOLI hace una contribución fundamental al arrojar claridad lógica sobre la naturaleza del *acto constituyente:* se trata de un acto informal pero prescriptivo, es decir, tiene una naturaleza ambivalente, entre hecho y Derecho[9]. Una calificación que viene determinada por su localización en el vértice del sistema: el acto constituyente es normativo si se mira «desde abajo», desde el interior del ordenamiento por él constituido; es extrajurídico —o incluso antijurídico— si se considera desde el exterior (es decir, desde el punto de vista del ordenamiento alterado o sustituido). Esto significa que la legitimación del acto y del poder constituyente consiste fundamentalmente, creo que podríamos sostener siguiendo a FERRAJOLI, en una forma de «autorreconocimiento» (tanto como autopercepción de la legitimidad y de la posición de un plusvalor político válido *erga omnes,* que pretende obediencia generalizada, como en cuanto respuesta colectiva respecto a tal pretensión). Ésta tiene además un carácter retrospectivo (esto es, interviene sobre la base del efecto, que viene entendido y calificado como un modo de «cobrar existencia», hacerse verdadera la situación constituyente). Ahora la cuestión es que, concluida (y adquirida) tal genealogía del orden, el término soberanía puede no figurar en la teoría del Estado constitucional de Derecho de FERRAJOLI, aun cuando ésta postula, de hecho, que se llevará a cabo el ejercicio de la soberanía. ¿Pero estamos seguros de que verdaderamente termina aquí la posibilidad y el «problema» de la soberanía (ese desafío que tanto la soberanía como el poder constituyente —otro nombre *post* revolucionario para referirse a la soberanía— expresan, canalizan y «resuelven» aun con una pretensión de duración que resta un cierto grado de provisoriedad)?

Éstos son aspectos ligados a la construcción de la obediencia, a los procesos de identificación simbólica en el poder, al surgimiento de instancias conflictuales que exigen integración y a la reproducción de las condiciones socio-normativas de una cultura «constitucional» compartida que condicionan el orden jurídico no solamente en su «fundación» sino también en lo sucesivo y de los cuales la teoría del Derecho no puede permitirse prescindir sin correr el riesgo de volverse autorreferencial.

En lo que se refiere a la relación entre *Principia iuris* y la tradición jurídico-política en la cual la obra se inscribe, no puede dejar de subrayarse cómo la primera se ubica mucho «más allá de KELSEN». No sólo en lo que se refiere a la cuestión de la guerra, la concepción del papel de la sanción, los derechos subjetivos, sino también respecto de la distinción entre validez y existencia de las normas (identificada, esta última, con la vigencia de las mismas) en nombre de una suerte de «validez reforzada». Estos son tres puntos de disenso decisivo, que abren al debate los fundamentos de la teoría gene-

[9] L. FERRAJOLI, *op. cit.,* nota 1, pp. 856 y ss.

ral kelseniana; sobre todo la tesis según la cual el Derecho positivo sólo puede ser dinámico y aquélla según la cual un ordenamiento normativo jerárquico únicamente puede ser dinámico. A partir de la crítica a tales aspectos, FERRAJOLI consigue liberarse también de uno de los puntos más problemáticos de la teoría pura del Derecho (cuya aporía es fruto de la obstinada coherencia «iuspositivista» de KELSEN). En *Principia iuris,* la norma fundamental, en cuanto norma «no originaria», simplemente no existe; ella se disuelve en la Constitución, en su núcleo indisponible[10]. Tal «revisión» innovadora de KELSEN conduce a la recuperación de la nomoestática, pero no en el tradicional sentido iusnaturalista. Hablar de un Derecho positivo no dinámico, reconoce FERRAJOLI, sería sostener una contradicción en los términos, pero a la luz de la transformación (de algún modo, el «lógico» cumplimiento de un destino teórico) del Estado de Derecho en Estado constitucional de Derecho es inconcebible un ordenamiento que no sea también estático[11]. También aquí podemos encontrar toda una serie de interrogantes fruto, en gran medida, del coraje de FERRAJOLI por no esquivar «puntos centrales» que ya KELSEN sabía que amenazaban al formalismo de la teoría normativista.

Antes que nada, hay que preguntarse si esta teoría lógico-deóntica —a la cual corresponden procesos histórico-institucionales reales que, al tiempo que los presupone, la misma contribuye a construir— acaso no es también una «filosofía de la historia». Además, es necesario reconocer que no es irrelevante, *también desde un punto de vista teórico* (y no sólo histórico-político o práctico-fáctico), el que en las Constituciones rígidas posteriores a la II Guerra Mundial fueron *positivizados* dichos contenidos. Entonces, el punto de apoyo de toda la construcción teórica de FERRAJOLI (pero en general de toda formalización del Estado constitucional de Derecho), aquello que la hace posible, es la relación entre la teoría formal y la racionalización iuspolítica moderna, que se revela así esencial. De hecho, la teoría vale para el Derecho positivo moderno y, en particular, para la democracia constitucional. Así llegaremos, y ello en virtud de un complejo proceso histórico-cultural resultado de una prueba y coherencia teórica, a la constatación de la posible (e incluso necesaria) convivencia y unión de racionalidad formal y sustancial[12]. Por todos estos aspectos, la reflexión de FERRAJOLI se coloca por todos estos aspectos «más allá de WEBER».

¿Debemos entonces concluir que, paradójicamente, aquello que FERRAJOLI considera como el pleno cumplimiento del artificialismo moderno, del despliegue de la herencia laica y del iluminismo jurídico, debería conducir a la relativización de la *Wertneutralität* y a la conjugación aconflictual de la ética de la responsabilidad y de la ética de la convicción? ¿No debería esto activar alguna señal de alarma que indique el riesgo de una suerte de *regreso a la ética* en esta racionalización jurídica ilimitada, en cuanto formal y sustancial al mismo tiempo?

Otro «punto central» que propone la postura de FERRAJOLI es el relativo a la relación —que puede ser también de tensión recíproca— entre normatividad del Estado constitucional de Derecho y democracia. ¿Si lo «que [se ha de] decidir» ha sido ya decidido (es decir, si está prohibido o es obligatorio decidirlo), el «quién» y el «cómo» no

[10] *Ibídem,* pp. 854 y ss.
[11] *Ibídem,* p. 571.
[12] *Ibídem.*

pierden acaso relevancia? ¿y no la pierde también la democracia política, que no es un hecho formal (la ejecución automática e institucional correcta de un «deber ser» ya dado), sino la expresión y organización del consenso, de la participación, de la movilización ideal, de la selección de intereses y de los principios de fuerte valor simbólico, de los conflictos y de las nuevas integraciones? FERRAJOLI sabe perfectamente que esta esfera existe y que cuenta muchísimo. Es el ámbito de aquella normatividad sociocultural que se expresa en «sentido cívico» y que encuentra en la esfera pública democrática su propia proyección:

> «...la efectividad del Derecho y las razones jurídicas de la acción dependen del hecho de que el propio Derecho es un universo simbólico compartido socialmente: refleja y al mismo tiempo produce sentido común y valores comunes. Ésta es la dimensión principal de la normatividad, así como de la efectividad, relevante sobre todo en lo que respecta a los principios máximos: los derechos fundamentales y sus garantías, el principio de igualdad, el valor de la paz y las reglas de la democracia en tanto que son seriamente normativas, más que efectivas, en la medida en que son socialmente compartidas, es decir, en que se apoyan en aquello que llamamos "sentido cívico"» [13].

Pero esta esfera «prejurídica» ¿no es llamada en forma excesiva a ser sólo soporte de la razón «jurídica» y, particularmente, de un modelo de juridicidad integral, a saber, de la democracia constitucional? ¿No es paradójico que de manera circular se invoque a la ciencia del Derecho en su función «crítica» y «proyectiva», de hecho performativa, para reforzar el sentido cívico (que debería alimentar los recursos de legitimación de la democracia constitucional)? ¿La ciencia del Derecho no debe acaso reconocer su propio límite? El Derecho, dice FERRAJOLI, refleja y produce sentido común; estoy completamente de acuerdo, pero bajo la condición de que no tenga la ilusión de producir en forma exclusiva o prioritaria aquello que, en realidad, se limita a reflejar o, incluso peor, *cree* reflejar. Para evitar que esta ilusión óptica se expanda, para hacer que el Derecho desarrolle su decisiva y necesaria labor de «freno», a fin de evitar el decaimiento del estándar «constitucional» y «ordenante» así sea mínimo, probablemente sea necesario razonar a partir de una perspectiva deflacionista y también autocrítica de la ciencia del Derecho.

El Estado constitucional de Derecho representa, como muestra FERRAJOLI, un modelo de minimización del poder (y de fundación de la legitimación) [14]. Esto, sin duda, es cierto, pero en mi opinión, es necesario recordar siempre el carácter «ideal» de este modelo, entendiéndolo fundamentalmente como el valor de un «anticuerpo», como un instrumento al cual apelar (por ejemplo a un juez en Berlín...), como un vínculo jamás cumplido y en cualquier modo incumplible, y no entenderlo como una fórmula capaz de absorber y monopolizar definitivamente la «política». Por ejemplo, los vínculos «sustanciales» previstos por el Estado constitucional de Derecho ¿no serán más eficaces si se entienden en sentido más bien reduccionista, como listón del cual no se puede descender, más que como indicaciones de un proyecto de «máximas» que hayan de ser valoradas (más o menos) políticamente?

Si consideramos el caso hipotético (no académico, desafortunadamente...) de un ordenamiento democrático-constitucional que reconoce como fundamentales los dere-

[13] *Ibídem,* pp. 704 y 705.
[14] *Ibídem,* p. 594.

chos sociales y en el que la mayoría política aprobara normas que cancelaran la asistencia sanitaria o la instrucción pública —abriendo la posibilidad de que la instrucción dependa del mercado y de la disponibilidad económica privada—, sería en este caso más razonable, sino es que obvio, hablar de un problema de superación de los límites, de opciones no ponderables. En cambio, si lo que sucediera fuera que la mayoría aprobara una legislación que destinara también en forma significativa menos recursos a la política social, pero sin llegar a abolir del todo la asistencia sanitaria y la instrucción pública, limitándose a reducirlas significativamente, ¿para el Estado constitucional de Derecho *iuxta propia principia,* serían estas normas objeto de una prohibición o contravendrían una obligación de cumplimento, como el modelo propuesto por FERRAJOLI parece sugerir? ¿No sería posible comprenderlo más bien como «legítimo» objeto de disputa y de opción democrática (que ha de ser contrastada, entonces, mediante una «política del Derecho» o una acción socio-cultural)? ¿Se podría pensar en reconstruir valoraciones y distinciones de este género —que inevitablemente aumentan el espacio de la interpretación jurídica, sobre todo constitucional— a una suerte de rígida inexorabilidad lógico-deóntica, o bien adscribir completamente la normatividad-*proyectividad* del Derecho, con todos sus límites reales y condicionamientos, al reino de la necesidad racional? ¿No se corre el riesgo de restringir fuertemente el espacio del *quid novi* (tan importante en una concepción artificialista, positivista y diría «laica» del Derecho) delineando un sistema semideterminista de la razón jurídica?

El drama de la «globalización» económica actual es que naturaliza la ideología de la impoliticidad y pretende vincular la agenda política (mundial o doméstica) a decisiones preconstituidas y mecánicas, volviendo absolutos los automatismos económicos. Por esto, sostengo que el constitucionalismo de los derechos no puede permitirse atar demasiado la política (democrática), ya esterilizada. Más bien debe convertirse siempre en un factor más dinámico y agonístico en el discurso público, aunque se corran riesgos. Ya sea porque a causa del dominio del hipercapitalismo occidental el vínculo jurídico está destinado a ceder, ya sea porque, de igual forma, la «mediación jurídica» para relegitimarse y adquirir fuerza respecto a los «poderes salvajes» debe regresar y apoyarse en procesos políticos y movimientos culturales reales, que explican flujos de legitimación «desde abajo»; es decir, debe aceptar ser atravesada por las relaciones de poder y asimetrías, por nuevas subjetividades y hegemonías. La ciencia del Derecho público es llamada a encontrar hoy un difícil equilibrio entre la función de garantía (imprescindible) y la «apertura» de los sistemas jurídicos, la «indecidibilidad» y la innovación política.

FERRAJOLI piensa que el Derecho «protege». Personalmente me contentaría con que enfrentara el desafío de la política, para lo cual es llamado constantemente, y con que lo asimilara y se comprometiera con éste. Y que la tarea de llevar hacia delante la lucha por el Derecho (y los derechos) fuera conducida, más allá de la cultura jurídica, también por una política democrática no neutralizada definitivamente. Entendámonos, los riesgos son inherentes a la siempre potencial y naciente desregulación del poder, en esto estoy totalmente de acuerdo con FERRAJOLI.

Aún más, sostengo que la ciencia del Derecho haría bien en no olvidarse de la lección de CANETTI: el poder en sí, en su más íntima esencia, es siempre poder «homicida», es decir en última instancia se coloca sobre el límite vida/muerte, disponiendo de

éstas. Pero creo que el poder es también, trágicamente, un «destino» para el Derecho con el que no puede evitar enfrentarse.

Tal vez no se trate de que, si bien utilizando un método diverso, el trabajo de L. FERRAJOLI persiga el mismo fin que HABERMAS en *Faktizität und Geltung,* a saber, la superación jurídica del opaco núcleo decisionista de la política, de su «violenta naturalidad». Se trata, de hecho, de las dos teorías contemporáneas que del modo más sistemático y coherente buscan conjugar estructuralmente Derecho y democracia. Al hacer esto proporcionan indudablemente un arsenal de criterios normativos, una suerte de modelo ideal-crítico frente a los difusos procesos de desconstitucionalización. Pero al anticiparse a una realidad siempre más refractaria, tal aproximación neoiluminista, que personalmente juzgo se puede compartir ampliamente en términos ético-políticos, ¿no corre el riesgo de ser la expresión de una auto-narración incompleta de la modernidad, que produce una confianza excesiva en la posibilidad —y razonabilidad— de una juridización integral de la política?

*(Traducción de Edith Cuautle)*

# *PRINCIPIA IURIS:* UNA TEORÍA DEL DERECHO NO (NEO)CONSTITUCIONALISTA PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL *

Luis Prieto Sanchís **

*Universidad de Castilla-La Mancha*

**RESUMEN.** La teoría del Derecho de *Principia iuris* asume el nuevo paradigma del Estado constitucional de Derecho y está especialmente diseñada para dar minuciosa cuenta del mismo. Sin embargo, se distancia de las construcciones más usuales del neoconstitucionalismo en dos aspectos capitales, que aquí son objeto de análisis. En el aspecto metodológico o conceptual, se mantiene firmemente la perspectiva ilustrada y positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral, frente a las actuales revisiones «postpositivistas» o «neoiusnaturalistas». En el aspecto teórico, y a diferencia también del neoconstitucionalismo, se mantiene una posición más escéptica o menos confiada en las posibilidades de la argumentación jurídica, lo que tiene dos consecuencias principales: una visión más restrictiva de la aplicación directa de la Constitución y una visión no conflictualista de los derechos fundamentales en la línea de la llamada teoría interna.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, *Principia iuris,* neoconstitucionalismo, separación conceptual entre Derecho y moral, derechos fundamentales.

**ABSTRACT.** The *Principia Iuris* legal theory adopts the new paradigm of constitutional State of Law and has been specifically designed to account for it. However, it takes exception to the more frequent constructions of neo-constitutionalism for two prime aspects, which will be considered in this text. In the methodological or conceptual sense it firmly maintains the enlightened and positivist stance of the conceptual separation between law and morals against the current postpositivist or neoiusnaturalist approaches. In the theoretical sense, it differs from neo-constitutionalism in that a more sceptical or doubtful approach is adopted with regards to the possibilities of legal argumentation, resulting in two main consequences: a more restricted view of the direct application of the Constitution as well as a non-conflictualist view of the fundamental rights along the lines of the so-called internal theory.

**Keywords:** FERRAJOLI, *Principia Iuris,* neo-constitutionalism, conceptual separation between law and morals, fundamental rights.

---

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

** Al hilo de la lectura de *Principia Iuris,* este trabajo en parte reproduce y en parte matiza y desarrolla ideas ya expuestas en otro precedente, «Constitucionalismo y garantismo», en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), 2005: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* Madrid: Trotta, pp. 41 y ss.

## 1. UNA TEORÍA DEL DERECHO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

*Principia Iuris* no es sólo una teoría del Derecho para el Estado constitucional; sus conceptos más generales y elementales presentan un alcance más amplio, válido para explicar sistemas jurídicos precedentes e incluso sistemas normativos no jurídicos. Sin embargo, los conceptos más elaborados y complejos pretenden dar cuenta y adquieren toda su fuerza explicativa sólo a la luz del modelo constitucionalista. El propio FERRAJOLI lo confiesa desde la primera página de la obra: la finalidad perseguida por la teoría «es la redefinición del paradigma teórico y normativo de las modernas democracias constitucionales»; de ahí que pueda decirse que «la teoría (normativa) de la democracia es el banco de pruebas de la teoría (formal) del Derecho de los modernos ordenamientos constitucionales» [1].

De manera que *Principia Iuris* puede considerarse también como la teoría jurídica del garantismo por cuanto, como viene repitiendo el autor, «el paradigma garantista es uno y el mismo que el del actual Estado constitucional de Derecho» [2], representando «la otra cara del constitucionalismo», concretamente aquella que se encarga de «formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de los derechos reconocidos constitucionalmente» [3]. En otras palabras, el Estado constitucional de Derecho viene a expresar la fórmula política del garantismo, el único marco institucional en el que puede prosperar su ambicioso programa cuyo elemento medular consiste en una concepción artificial de las instituciones al servicio de los derechos.

Ciertamente, el Estado constitucional tampoco presenta unos rasgos uniformes u homogéneos en todas sus manifestaciones, ofreciendo versiones más o menos vigorosas de control del poder. Como ha observado GUASTINI, la constitucionalización debe concebirse como un proceso, no como una cualidad todo o nada, que se va fortaleciendo o enriqueciendo con sucesivos elementos o exigencias [4]: fuerza normativa o vinculante, aplicación directa por los jueces y funcionarios sin necesidad de interposición legislativa, mayor o menor rigidez frente a la reforma, garantía jurisdiccional más o menos amplia o eficaz, etc.; y, sobre todo por lo que aquí interesa, una densidad variable de contenido normativo. En relación con este último aspecto, podríamos dividir las Constituciones en dos grandes categorías ideales: Constituciones formales o procedimentales, cuyo objeto exclusivo sería organizar el poder y, con ello, las fuentes del Derecho *(norma normarum),* indicando *quién* manda y *cómo* manda, pero dejando que sean luego los distintos órganos estatales quienes decidan *qué* debe mandarse o prohibirse; y las Constituciones materiales o sustantivas, que incorporarían un programa político cerrado que prácticamente asfixiaría la libertad política del legislador y de las

---

[1] *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia,* 3 vols., Bari: Laterza, 2007, Prefacio, pp. V y VII.

[2] L. FERRAJOLI, 1999: «Garantías», trad. de A. DE CABO y G. PISARELLO, 2000: *Jueces para la democracia,* 38, p. 40.

[3] L. FERRAJOLI, 2002: «Juspositivismo crítico y democracia constitucional», trad. de L. CÓRDOVA y P. SALAZAR, *Isonomia,* 16, p. 16. De ahí que en *Principia Iuris* se hable a veces indistintamente del «paradigma constitucional o garantista»; así en § 12.1, vol. I, p. 849.

[4] R. GUASTINI, 1998: «La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en M. CARBONELL (ed. y presentación), 2001: *Estudios de teoría constitucional,* México: UNAM, pp. 153 y ss.

demás instituciones, que se convertirían así en meros ejecutores del documento constitucional[5].

Lógicamente, ninguna de estas categorías se dan en estado puro: las Constituciones, por muy formales que sean, necesariamente han de incorporar algunos preceptos sustantivos, aunque sólo sea para asegurar las condiciones de la formación democrática de la ley; y, por muy material que quiera ser, ninguna Constitución podría descender a la regulación de tantos detalles que hiciera superflua la acción del legislador. Pero, aunque no puedan encontrarse en estado puro, todas las Constituciones se aproximan a uno u otro modelo e incluso podríamos designarlas con un nombre: Constituciones Kelsen y Constituciones Ferrajoli. KELSEN, en efecto, tal vez sea el autor que, tomándose en serio la fuerza normativa de la Constitución, más dificultades y cautelas mostró a la hora de incorporar al texto principios o derechos, en suma, límites materiales a la acción del legislador[6]. FERRAJOLI, por su parte, quizás sea el autor que, tomándose en serio la democracia parlamentaria, ha construido un modelo más denso y vigoroso de Constitución normativa. Este es el núcleo del paradigma del constitucionalismo moderno: la regulación no sólo del *quién* y del *cómo* se manda, sino también de *qué* puede o debe mandarse; no sólo normas de competencia y procedimiento, condicionantes de la vigencia de la ley, sino también normas sustantivas condicionantes de su validez. Si la regulación de las formas caracteriza al positivismo jurídico y al Estado de Derecho en sentido débil, «la regulación de sus significados mediante normas sustantivas caracteriza en cambio al *constitucionalismo* y al *Estado de derecho en sentido fuerte,* que exigen que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido»[7].

En la fórmula garantista, en efecto, el respeto por las reglas de la democracia, esto es, por las formas y procedimientos de producción democrática de las leyes, es una condición necesaria y suficiente para asegurar la vigencia o validez formal, pero no así la validez sustancial de las decisiones: «para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustantivas sobre la producción [...] Estas reglas son esencialmente las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales»[8].

La versión del constitucionalismo que se desprende de *Principia Iuris* resulta particularmente vigorosa[9] y bien pudiera llamarse constitucionalismo rematerializado o de los derechos. Justamente, lo que caracteriza a las modernas democracias constituciona-

---

[5] Es bastante citada la imagen de E. FORSTHOFF cuando critica a quienes quieren ver en la Constitución una especie de huevo jurídico del que todo surge, desde el Código Penal a la Ley sobre fabricación de termómetros, *El Estado en la sociedad industrial,* 1971, trad. de L. LÓPEZ GUERRA y J. NICOLÁS MUÑIZ, 1975: Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 242.

[6] Y ello expresamente ante el temor de que los jueces se convirtiesen en los auténticos señores de la Constitución. De KELSEN vid., por ejemplo, 1928: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)», en J. RUIZ MANERO (ed.), 1988: *Escritos sobre la democracia y el socialismo,* Madrid: Debate, pp. 142 y ss.

[7] *Principia Iuris,* § 9.17, vol. I, p. 567.

[8] L. FERRAJOLI, 2003: «Sobre la definición de "democracia". Un discusión con M. Bovero», trad. de N. GUZMÁN, *Isonomía,* 19, p. 230.

[9] Como «constitucionalismo fortísimo» ha sido calificado por P. DE LORA, «Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortisimo», en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* cit., pp. 251 y ss.

les es el sometimiento del Derecho al Derecho «no sólo en cuanto a la forma de producción, sino también en cuanto a los contenidos producidos»; son las normas sustantivas, en particular los derechos fundamentales, las que están en la base «del constitucionalismo jurídico, es decir, de la positivación no sólo del "ser" sino también del "deber ser" del Derecho manifestada en el que he llamado principio de estricta legalidad»[10]. Por eso, en el marco del Estado constitucional de Derecho «no existen poderes soberanos o *legibus soluti*»[11], pues el ejercicio de todos ellos viene sometido a requisitos formales acerca del *quién* y del *cómo* se manda y, sobre todo, a requisitos materiales o sustantivos acerca de *qué* puede o debe mandarse.

Se forman así tres esferas a propósito de las decisiones políticas: la esfera de lo *indecidible,* constituida «por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo *indecidible que no,* determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos»; y la esfera de lo *decidible,* «en cuyo interior es legítimo el ejercicio de los derechos de autonomía»[12], tanto de la autonomía política mediante la representación, como de la autonomía privada según las reglas del mercado[13]. En la democracia constitucional *forma* y *sustancia* se asocian a las distintas tipologías de derechos fundamentales: la democracia formal aparece generada por los derechos de autonomía que determinan quién y cómo se manda; la democracia sustancial viene delimitada por los derechos de libertad que dan lugar a obligaciones de abstención o respeto de ámbitos de inmunidad (lo *indecidible*) y por los derechos sociales que reclaman acciones positivas de dar o de hacer (lo *indecidible que no*).

Es interesante destacar que en este constitucionalismo sustancial queda cancelada la tradicional tensión entre democracia y Constitución, entre decisión mayoritaria y derechos, que tanto preocupa a la concepción que el propio FERRAJOLI llama politicista o mayoritarista. No hay espacio para la conocida objeción contramayoritaria porque no se conciben dos fuentes de legitimidad en permanente conflicto: los límites y vínculos que pesan sobre el legislador son «a su vez democráticos, ya que consisten en derechos fundamentales, que son derechos de todos, y hacen referencia por tanto al pueblo —como conjunto de personas de carne y hueso que lo componen— en un sentido más directo y consistente de cuanto lo hace la propia representación política. Son contra-poderes, fragmentos de soberanía popular en manos de todos y cada uno»[14]. La democracia es al mismo tiempo formal y sustancial, desmintiendo la divulgada concepción «de la liberal-democracia como sistema fundado sobre una serie de reglas que aseguran la omnipotencia política de la mayoría y la absoluta libertad de la economía de mercado», pues precisamente la garantía tanto de la autonomía política como de la negocial reside, «con apa-

---

[10] *Principia Iuris,* cit. § 12.1, vol. I, p. 848.

[11] *Ibídem,* § 12.2, vol. I, p. 854.

[12] L. FERRAJOLI, «Sobre la definición de "democracia"», cit., p. 231.

[13] Vid. una caracterización más precisa en L. FERRAJOLI, 1989: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* trad. de P. ANDRÉS, A. RUIZ MIGUEL, J. C. BAYÓN, J. TERRADILLOS y R. CANTARERO, Madrid: Trotta, 1995, pp. 855 y ss.; *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* A. DE CABO y G. PISARELLO (eds.), Madrid: Trotta, 2001, pp. 35, 167 y 339 y ss.; *Principia Iuris,* cit., § 11.18, vol. I, pp. 814 y ss.

[14] L. FERRAJOLI, 2006: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* trad. de A. GREPPI, Madrid: Trotta, pp. 99 y ss.

rente paradoja», en su inderogabilidad política y en su indisponibilidad privada; es decir, en representar, junto con los demás derechos fundamentales, un límite infranqueable frente a los poderes mayoritarios y del mercado[15]. En resumen, el paradigma del Estado constitucional, heredero de la filosofía contractualista, supone que el consenso de los contratantes «no es un acuerdo vacío, sino que tiene como cláusula y como "razón social" la garantía de los derechos fundamentales, cuya violación por parte del soberano legitima la ruptura del pacto, hasta la insurrección y la guerra civil»[16].

Ahora bien, que el constitucionalismo vertebre toda la teoría jurídica de *Principia Iuris* no significa que pueda calificarse de neoconstitucionalista. Desde luego, tampoco resulta del todo claro en qué consiste el neoconstitucionalismo, ni cuáles sean sus tesis indubitadas[17], pero, sin detenerme en la cuestión, sugiero las tres siguientes notas distintivas. Primera, una tesis que pudiéramos llamar metodológica o conceptual dirigida al corazón mismo del positivismo y que viene a sostener la relación necesaria entre Derecho y moral y la primacía del llamado punto de vista interno, si no en todo sistema jurídico (que a veces esto también), sí al menos en los sistemas constitucionales. Segunda, una concepción muy vigorosa de la fuerza normativa de la Constitución que hace de ésta una norma directa e inmediatamente aplicable por los jueces, sin necesidad de *interpositio legislatoris.* Y tercera, una visión conflictualista de las normas sustantivas de la Constitución y en especial de los derechos fundamentales, que son concebidos al modo de los «principios» (y no de la «reglas») y que reclaman el desarrollo de una depurada argumentación jurídica. Si la primera característica conduce a lo que el propio FERRAJOLI califica de «constitucionalismo ético», la segunda y la tercera están en la base del activismo judicial, un reproche habitualmente formulado al neoconstitucionalismo, pero al que en mi opinión no se hace acreedor FERRAJOLI[18].

## 2. LA PRIMACÍA DEL PUNTO DE VISTA EXTERNO Y LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Como se ha dicho, tal vez el rasgo más destacado del constitucionalismo contemporáneo, y también el principal argumento de las concepciones neoconstitucionalistas,

---

[15] De ahí que las funciones judiciales de garantía, aunque antimayoritarias, resulten sin embargo democráticas: «en el sentido de que, siendo garantía para todos, tales funciones se refieren al pueblo entero, no ya como representación de su mayoría, sino como conjunto de todas las personas que lo componen», *Principia Iuris,* cit., § 12.7, vol. I, p. 877.

[16] *Principia Iuris,* cit, § 11.18, vol. I, p. 823.

[17] Este es un término de reciente incorporación al léxico académico que tanto puede referirse al tipo de Constituciones que han prosperado en la Europa de posguerra, como a ciertas doctrinas o concepciones sobre el Derecho; aunque en este último caso las tesis que se califican como neoconstitucionalistas no son en modo alguno uniformes e incluso a veces resultan opuestas. Véanse S. POZZOLO, 2001: *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico,* Torino: Giappichelli; P. COMANDUCCI, 2002: «Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica», en T. MAZZARESE (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali,* Torino: Giappichelli, pp. 71 y ss.; y en este mismo volumen, T. MAZZARESE, «Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi», pp. 7 y ss.

[18] M. ATIENZA incluye a FERRAJOLI dentro del paradigma constitucionalista, junto a MACCORMICK, RAZ, ALEXY y NINO, 2001: *El sentido del Derecho,* Barcelona: Ariel, p. 309. En un sentido amplio de constitucionalismo tiene razón, pero creo que FERRAJOLI se distancia bastante en varias de las tesis centrales que el propio ATIENZA atribuye al constitucionalismo, como veremos seguidamente.

sea la rematerialización, esto es, la (re)incorporación de contenidos sustantivos de carácter moral y político que pretenden condicionar de forma más o menos severa qué es lo que pueden o deben mandar las instituciones y especialmente el poder legislativo. Este fenómeno de la rematerialización constitucional ha sido expresado de muchas formas: la moral «ya no flota sobre el derecho [...] (sino que) emigra al interior del Derecho positivo»[19], de manera que «el conflicto entre derecho y moral se desplaza al ámbito del Derecho positivo»[20]; cabe decir entonces algo metafóricamente que «el Derecho por principios encuentra al derechos natural»[21] o que se ha producido una «fusión entre el Derecho constitucional y la teoría ética»[22] desde el momento en que «la moralidad pública (valores morales) se realiza eficazmente a través del Derecho»[23]. El propio FERRAJOLI ha reconocido un acercamiento entre «legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico»[24]. Dicho de un modo más o menos literario, la conclusión parece unánime: merced a las Constituciones, la moral —es decir, los venerables derechos naturales— han hecho acto de presencia en el Derecho, más concretamente en la cúspide del Derecho.

Esta última matización es interesante porque, en realidad, la moral (la moral social, buena o mala) siempre ha estado presente en el Derecho; las normas jurídicas que no fueran de las llamadas meramente penales siempre han incorporado pautas o estándares de comportamiento de naturaleza moral o sustantiva que le decían al destinatario lo que podía, debía o no debía de hacer. La diferencia, que sin duda tiene suma importancia, es que por lo general dichas normas se dirigían a los ciudadanos y servían para valorar su conducta, mientras que ahora pretenden vincular también a los poderes públicos, cuya conducta se expresa a su vez en forma de normas jurídicas. La consecuencia es entonces que el juicio sobre la validez de las normas se ha convertido en un juicio sustantivo que toma como parámetros normas constitucionales que encarnan al propio tiempo normas de moralidad; singularmente, que expresan derechos fundamentales que son, según opinión común, el compendio de la moral pública de la modernidad. El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales.

De aquí se deduce una conclusión que pocos podrán negar, y es que uno de los criterios clásicos de distinción entre Derecho y moral se desvanece. Me refiero a la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos: en los primeros una norma es válida o pertenece al sistema cuando su contenido constituye una deducción de otra norma del sistema, del mismo modo que lo particular puede ser subsumido en lo general o universal; en

---

[19] J. HABERMAS, 1981: «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», trad. e introducción de M. JIMÉNEZ REDONDO, *Escritos sobre moralidad y eticidad,* Barcelona: Paidós, p. 168.

[20] R. DREIER, 1985: «Derecho y moral», en E. GARZÓN VALDÉS (comp.), *Derecho y filosofía,* Barcelona: Alfa, p. 74.

[21] G. ZAGREBELSKY, 1992: *El derecho dúctil,* trad. de M. GASCÓN, epílogo de G. PECES-BARBA, Madrid: Trotta, 1985, p. 116.

[22] R. DWORKIN, 1977: *Los derechos en serio,* trad. de M. GUASTAVINO, presentación de A. CALSAMIGLIA, Barcelona: Ariel, 1984, p. 233.

[23] G. PECES-BARBA, 1993: *Ética Pública y Derecho,* Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, p. 32.

[24] L. FERRAJOLI, *Derecho y Razón,* cit., p. 366.

cambio, en los segundos una norma es válida cuando el acto de su producción está autorizado y regulado por otra norma superior del sistema[25]; de ahí que «la validez de una norma jurídica no pueda ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político»[26]. Justo lo contrario ocurre en el Estado constitucional sustancial o rematerializado: la validez de sus normas puede ser discutida no sólo porque se hayan vulnerado las reglas de habilitación relativas al órgano y procedimiento de producción, sino también porque su contenido no se muestre conforme con lo prescrito por ciertos valores morales o políticos, porque mande o permita lo que no debería mandar o permitir y penetre en la esfera de lo *indecidible,* o porque no mande lo que sí debería mandar y penetre en la esfera de lo *indecidible que no.* Si puede decirse así, el Estado constitucional del garantismo descansa en un sistema jurídico también estático y no sólo dinámico[27].

Este acercamiento entre el modo de ser del sistema jurídico y el modo de ser del sistema moral representa una muy fuerte tentación a la que pocos se resisten. La tentación, obvio es decirlo, consiste en impugnar una tesis central del positivismo, aquella que sostiene la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Desde esta perspectiva, al menos allí donde existen Constituciones rematerializadas (es decir, de manera contingente y no conceptual) la tesis positivista conduce a la esterilidad de todo esfuerzo hermeneútico que no tenga presente esa feliz reconciliación entre el Derecho y la moral pública de la modernidad: el sistema jurídico genera legitimidad, fundamenta un autónomo deber de obediencia (a un Derecho que se supone que ya es justo, claro está) y reclama de los operadores jurídicos y en general de los juristas una actitud comprometida o militante con un Derecho positivo al fin preñado de moralidad[28].

Más o menos esta es la tentación del constitucionalismo ético, una tentación a la que FERRAJOLI ha resistido como pocos, no cansándose de reiterar que «la doctrina ilustrada de la separación entre Derecho y moral constituye el presupuesto necesario de cualquier teoría garantista»[29]; doctrina que equivale a postular tanto la «laicidad del Derecho» como la «laicidad de la moral»[30]. Es más, el garantismo no sólo reposa en la autonomía de la moral, sino que reclama la «primacía del punto de vista externo» o crítico respecto del Derecho positivo, un punto de vista que impide «aquella variante del legalismo ético y del juspositivismo ideológico que sería el constitucionalismo ético»[31].

---

[25] Véase H. KELSEN, 1960: *Teoría pura del Derecho,* trad. de J. VERNEGO, México: UNAM, 1986, pp. 203 y ss.

[26] H. KELSEN, 1944: *Teoría General del Derecho y del Estado,* trad. de E. GARCÍA MAYNEZ, México: UNAM, 1979, p. 133.

[27] Más concretamente, «el fundamento de la vigencia es siempre y solamente formal y nomodinámico, mientras que el de la validez es al mismo tiempo nomodinámico en su aspecto formal y nomoestático en cuanto a su aspecto sustancial», *Principia Iuris,* § 9.17, vol. I, p. 568.

[28] Intenté una aproximación crítica a esta derivación del constitucionalismo contemporáneo en 1997: *Constitucionalismo y positivismo,* México: Fontamara, pp. 49 y ss.

[29] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón,* cit., p. 231.

[30] Y que supone su recíproca autonomía: «por un lado, el principio en virtud del cual el Derecho no debe ser nunca utilizado como instrumento de mero reforzamiento de la (esto es, de *una* determinada) moral, sino únicamente como técnica de tutela de intereses y necesidades vitales; por otro, el principio, inverso y simétrico, por el cual la moral, si cuenta con una adhesión sincera, no requiere, sino que más bien excluye y rechaza, el soporte heterónomo y coercitivo del Derecho», L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* cit., p. 17.

[31] L. FERRAJOLI, «Juspositivismo crítico y democracia constitucional», cit., p. 19.

En este punto la discrepancia con el neoconstitucionalismo resulta patente en *Principia Iuris* desde la misma Introducción: «la autonomía del punto de vista externo» cierra el paso «a las dos opuestas confusiones entre Derecho y moral presentes en gran parte del moderno "neo-constitucionalismo": a la confusión del Derecho con la moral operada por las distintas versiones del iusnaturalismo; a la confusión de la moral con el Derecho operada por las distintas versiones del legalismo ético y en particular por la del constitucionalismo ético»[32]. Nada, pues, de una complaciente asunción de las opciones morales y políticas del Derecho como horizonte último de una ética pública, nada de presunciones de justicia en favor de la legalidad, incluida la legalidad democrática, nada, en fin, de fundamentos morales en favor de la obligación jurídica.

A mi juicio, este saludable distanciamiento moral respecto del Derecho representa una de las peculiaridades más valiosas del constitucionalismo de FERRAJOLI. Y es que, aunque sea muy consciente de que el criterio estático o sustantivo del que antes hemos hablado ofrece un cierto parecido de familia con el iusnaturalismo[33], FERRAJOLI considera que aun la más óptima forma de organización política no deja de ser una utopía de Derecho positivo que jamás será realizable a la perfección[34]. El argumento no expresa ninguna opinión intuitiva o caprichosa, sino que responde a una concepción profunda a propósito de la naturaleza del Estado y de las instituciones. Como manifestación de la Ilustración consecuente, para el constitucionalismo garantista el Derecho y su fuerza son un mal, acaso un mal necesario, pero un mal al fin y al cabo, que conserva siempre un irremediable residuo de ilegitimidad y, por tanto, una necesidad de justificación ante una instancia superior, que es justamente la moral, siempre crítica y externa al Derecho positivo. Todos los totalitarismos comportan una visión optimista del poder; «por el contrario, el presupuesto del garantismo es siempre una concepción pesimista del poder como malo, sea quien fuere quien lo posee, puesto que se halla expuesto en todo caso, a falta de límites y garantías, a degenerar en despotismo»[35].

Creo que esta concepción de las instituciones se halla en el núcleo mismo de la filosofía contractualista de la que el constitucionalismo es legítimo heredero: el Estado no se concibe aquí como un hecho natural que hayamos de aceptar como un designio divino, sino que es «un fenómeno artificial y convencional, construido por los hombres para tutelar sus necesidades y derechos naturales [...] lo que es natural no es el Derecho o el Estado, sino la ausencia del derecho y el estado de naturaleza»[36]. De ahí que pueda hablarse de una «irreductible ilegitimidad política del poder en el Estado de derecho [...] Garantismo y democracia son siempre, en efecto, modelos normativos imperfectamente realizados y valen por tanto, además de como parámetros de legitimación, también como parámetros de deslegitimación política»[37]. El Derecho, todo

[32] *Principia Iuris,* cit., Introducción, 4, vol. I, p. 17. En la nota 25 de la Introducción cita los nombres de R. ALEXY, R. DWORKIN y C. NINO como representantes de un constitucionalismo «tendencialmente iusnaturalista», vol. I, p. 74.

[33] L. FERRAJOLI, «Juspositivismo crítico y democracia constitucional», cit., p. 7.

[34] *Ibídem,* p. 14.

[35] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón,* cit., p. 885. «Mi pesimismo —ha matizado recientemente— no se refiere en absoluto al Derecho y las instituciones, sino únicamente al poder», siempre desbordante respecto al Derecho, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* p. 37.

[36] L. FERRAJOLI, «Juspositivismo crítico y democracia constitucional», cit., p. 15.

[37] L. FERRAJOLI, *Derecho y razón,* cit., pp. 886 y ss.

Derecho, en cuanto que antinatural y orientado a la consecución de fines se halla siempre necesitado de justificación, precisamente a la luz de una moral que es externa al Derecho mismo y que toma cuerpo en los derechos fundamentales. Por muchos que sean los valores morales incorporados por el constitucionalismo rematerializado, éste nunca pierde su fondo de ilegitimidad y, por ello, nunca puede desvanecerse la tensión crítica a la que nos invita la ilustrada primacía del punto de vista externo; tensión crítica que no sólo ha de mantener el observador externo, sino la propia ciencia del Derecho. Lejos del jurista complaciente con el Derecho positivo, lejos del jurista beato de la democracia representativa, el garantismo propugna una ciencia jurídica crítica y comprometida, pero comprometida con la efectividad de los derechos fundamentales.

## 3. LA DISOCIACIÓN ENTRE VIGENCIA Y VALIDEZ. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS Y DE LAS ANTINOMIAS

Si la separación entre el ser y el deber ser externo del Derecho es la aportación y el rasgo característico del positivismo, la separación entre el ser y el deber ser interno del Derecho lo es del constitucionalismo[38]. La disociación entre vigencia y validez, que es reflejo de esta última separación, constituye uno de los argumentos centrales de *Principia Iuris* en cuanto que teoría del Derecho del Estado constitucional. De ahí el papel central que desempeñan las lagunas y las antinomias o, si se prefiere, el problema de la plenitud y de la coherencia del ordenamiento[39]: las lagunas son vicios por omisión y suponen la *indebida* omisión de una norma cuya producción resulta obligada por otra norma superior, por ejemplo por un precepto constitucional relativo a derechos fundamentales[40]; las antinomias son vicios por comisión y suponen la *indebida* producción de una norma que viene prohibida justamente por hallarse en contradicción con otra superior, en particular con una norma constitucional que regula su producción[41]. En suma, la fuerza normativa de la Constitución se juega en este capítulo, una fuerza que puede verse frustrada tanto por acción como por omisión, ya que la existencia de lagunas y de antinomias convierte en inaplicables y por tanto en ineficaces a las propias normas constitucionales: estas últimas encarnan un «deber ser» jurídico que, sin embargo, se ve desmentido por su «ser» legal.

Ciertamente, las lagunas y las antinomias generan una obligación de repararlas dirigida a la autoridad competente mediante la anulación o la derogación de la norma indebidamente existente o la introducción de aquella indebidamente inexistente. Ahora bien, mientras esto no suceda, la Constitución deviene inaplicada: inaplicada bien porque falta la norma necesaria para su realización, bien porque existe una norma legal (ésta sí aplicable) que desvirtúa su contenido normativo. Este parece ser «un rasgo co-

---

[38] *Principia Iuris,* Introducción, 6, vol. I, pp. 26 y ss.

[39] «Un problema central de la democracia constitucional», *Principia Iuris,* § 10.19, vol. I, p. 684.

[40] Parece obvio que este concepto de laguna no se ajusta al tradicional, donde por laguna se entiende simplemente la ausencia de una norma adecuada para regular un cierto caso, no de una norma requerida por otra norma del sistema.

[41] Tampoco el concepto de antinomia se ajusta por completo al tradicional. Las antinomias que preocupan a FERRAJOLI, las antinomias en «sentido estricto», son aquellas contradicciones que aparecen entre normas de distinto grado jerárquico; no las que surgen entre normas de la misma jerarquía y que pueden resolverse mediante el criterio cronológico o el de especialidad.

mún a todos los vicios, sean formales o sustanciales, comisivos u omisivos» y es que «no pueden ser eliminados ni reparados si no es mediante una específica decisión, en observancia, justamente, de la norma por ella inobservada»[42]. Podrá tratarse de una sentencia de anulación, de una disposición derogatoria o, en el caso de las lagunas, de la introducción del acto cuya omisión supone una inobservancia. Pero de lo que no podrá tratarse en ningún caso es de un acto interpretativo o de mera aplicación del Derecho. Aquí lo que se requiere no es una interpretación de las normas existentes, sino la producción de una nueva norma que colme la laguna o que ponga fin a la antinomia: «antinomias y lagunas en el sentido aquí definido no son inmediatamente solventables por el intérprete, a quien no compete la alteración del derecho vigente aplicable aun cuando ilegítimo. Requieren, en efecto, para ser removidas, la intervención de específicos actos decisionales: precisamente, la anulación de las decisiones inválidas o la introducción de las decisiones que faltan»[43].

Este carácter de «vicios» se refleja en los llamados «criterios» de resolución. Las antinomias y lagunas «tradicionales» —que FERRAJOLI llama débiles— no encierran ningún vicio y encuentran su solución en metanormas constitutivas, en cuanto tales inviolables, como son la analogía o el criterio cronológico y el de especialidad, de las que bien puede hacer uso el intérprete. Por el contrario, los vicios de los que aquí hablamos sólo pueden superarse mediante el criterio jerárquico, que es una metanorma deóntica o regulativa. En suma, los principios de plenitud y coherencia son principios lógicos *del* Derecho, pero no *en* el Derecho, «no estando expresados por normas jurídicas»; no son *principia iuris et in iure,* sino *principia iuris tantum*[44]. Es el triunfo de la positividad: las normas constitucionales establecen sólo un *deber ser,* por ejemplo el deber ser de dictar una ley o el deber ser de no dictarla, o de eliminar alguna vigente. Pero, mientras no se cumple esa obligación por parte del legislador, la que viene inaplicada en realidad es la propia Constitución.

Comenzando por las lagunas, conviene advertir también que FERRAJOLI mantiene una concepción bastante estricta de la tarea jurisdiccional, que «consiste siempre en la garantía secundaria de la obligación de anular los actos inválidos o de la condena de los actos ilícitos»[45], es decir, por lo que se refiere a los actos inválidos, presenta siempre un contenido negativo o de anulación. Muy lógico parece por tanto que la jurisdicción no pueda remediar una laguna, algo que, por definición, requiere la producción de una nueva norma, justamente de aquélla reclamada por la Constitución y que ha sido indebidamente omitida.

En realidad, la posición de FERRAJOLI a propósito de las lagunas creo que puede dar pie a dos interpretaciones, una más radical o severa y otra más moderada, pero ambas no del todo acordes ni con la práctica del constitucionalismo contemporáneo ni con las construcciones teóricas neoconstitucionalistas, generalmente abiertas a un cierto activismo judicial que deposita en los aplicadores del Derecho la responsabilidad de actuar la Constitución incluso asumiendo tareas cuasi legislativas. La primera interpretación se traduciría en una revitalización del principio de la *interpositio legisla-*

[42] *Principia Iuris,* § 9.12, vol. I, p. 545.
[43] *Ibídem,* § 10.19, vol. I, p. 687.
[44] *Ibídem,* Introducción, 6, vol. I, p. 28.
[45] *Ibídem,* § 11.17, vol. I, pp. 817-818.

*toris:* las cláusulas materiales de la Constitución y, en particular, los derechos fundamentales tienen fuerza normativa, generan obligaciones, pero en principio sólo frente al legislador; para que un juez ordinario pueda resolver un caso a la luz de la Constitución, es decir, para que ésta resulte aplicable, es precisa una legislación de actuación. No cabe deducir de modo directo deberes u obligaciones a partir de derechos fundamentales porque todas las garantías, tanto primarias como secundarias, han de ser previamente diseñadas por el legislador, es decir, han de estar «puestas». Algún pasaje de *Principia Iuris* parece avalar esta interpretación: los derechos fundamentales «requieren siempre, como primer y prejudicial cumplimiento, una *legislación de actuación,* primaria y secundaria, que introduzca las correspondientes garantías, respectivamente primarias y secundarias»; algo que ocurre no sólo con los derechos sociales, siempre necesitados de desarrollo, sino también «con los derechos individuales, tanto civiles como de libertad, los cuales exigen la introducción de las respectivas prohibiciones»[46]. De este modo, si he entendido bien, en ausencia por ejemplo de una ley de huelga que imponga al empresario la prohibición de despido de los trabajadores por incumplimiento de contrato, estaríamos ante una laguna de garantías primarias y resultaría que el precepto constitucional sería inaplicable y por tanto ineficaz para tutelar la conducta huelguista.

Pues bien, si es esto lo que se quiere decir, la posición de FERRAJOLI resultaría de una insoportable rigidez para el neoconstitucionalismo, que defiende con todo vigor la tesis de la aplicación directa e inmediata de la Constitución y muy especialmente de sus derechos de libertad. Es verdad que la Constitución puede necesitar inexcusablemente una legislación de desarrollo, por ejemplo cuando «anuncia» instituciones o servicios públicos (segunda hipótesis que veremos de inmediato), pero sus principios y derechos resultan inmediatamente operativos aun sin normativa de desarrollo. En palabras de un muy influyente autor español: «la Constitución (tiene) un valor normativo y vinculante directo»; «es una norma jurídica efectiva, por tanto aplicable por sí misma»; un derecho fundamental «tiene el carácter de Derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una Ley»[47]. Esta es una tesis arraigada en el seno del constitucionalismo y, como dice GUASTINI, representa uno de los elementos esenciales del proceso de constitucionalización: «la idea de que toda norma constitucional —independientemente de su estructura o de su contenido normativo— es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos»[48].

Un ejemplo de la jurisprudencia española. El art. 30.2 de la Constitución dice así: «La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria». En ausencia de una normativa de actuación, nos hallamos muy probablemente ante una laguna en el sentido de FERRAJOLI: primero, porque el propio precepto constitucional se remite a una futura ley que establezca las «debidas garantías»; segundo, porque anun-

---

[46] *Ibídem,* § 13.15, vol. II, pp. 78-79. Esta necesidad de una «legislación de actuación» obedece al carácter nomodinámico del Derecho, donde la existencia de una norma no puede ser deducida a partir de otra norma, «sino inducida, como hecho empírico, del acto de su producción», *ibídem,* § 12.14, vol. I, p. 916.

[47] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1980: «La Constitución como norma jurídica», en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA (eds.) *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático,* Madrid: Civitas, pp. 111 y 121.

[48] R. GUASTINI, «La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano», cit., p. 158.

cia una «prestación social sustitutoria» que requiere la organización de un servicio público; y tercero, porque es la primera vez que en el ordenamiento español aparece la expresión «objeción de conciencia», por lo que en 1978 carecía de un significado preciso decantado por la tradición al que el juez pudiera acudir. ¿Significó esta laguna la imposibilidad de aplicar directamente la norma constitucional y por consiguiente de ejercer el derecho? La STC 15/1982, a propósito de un supuesto de objeción anterior a la promulgación de la ley de desarrollo, ofrece una respuesta negativa: «El que la objeción de conciencia sea un derecho que para su desarrollo y plena eficacia requiera la *interpositio legislatoris* no significa que sea exigible tan sólo cuando el legislador lo haya desarrollado, de modo que su reconocimiento constitucional no tendría otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales». En otras palabras, el derecho fundamental, además de generar una obligación dirigida al legislador para que resuelva la laguna de garantías primarias y secundarias, genera también algunas obligaciones directas, es decir, al menos aquellas garantías primarias que son indispensables para la existencia del Derecho.

Sin embargo, aunque FERRAJOLI insiste en que las lagunas son «imposibles de resolver por el intérprete en el marco del Derecho vigente»[49], lo cierto es que en algunos pasajes de *Principia Iuris* esta es una cuestión que parece depender del Derecho positivo, que bien puede establecer a través de una cláusula general o por vía interpretativa al menos las garantías primarias de los respectivos derechos, es decir, las obligaciones dimanantes o que son reflejo de los derechos constitucionales. Así sucedió en la Constitución francesa del Año III[50] o sucede hoy al amparo de la doctrina de la Corte constitucional italiana, que ha reconocido (al igual que hizo más tarde la española) el carácter inmediatamente preceptivo de todas las normas constitucionales. «Pero esto no es en verdad suficiente para colmar las lagunas»[51]. Ahora bien, al margen de que ahora parece aceptarse lo que antes se ha negado, es decir, que por vía interpretativa se puedan colmar las lagunas, tal vez la pregunta que procede formular es qué tipo de lagunas pueden resolverse directamente por los jueces y cuáles en cambio requieren necesariamente la interposición del legislador, naturalmente en el marco del constitucionalismo actual. Tal vez la segunda interpretación que antes anunciábamos nos ayude a responder.

La posición de FERRAJOLI admite en efecto una interpretación más moderada, según la cual los contenidos sustantivos de la Constitución gozarían de inmediata fuerza normativa, dando lugar a obligaciones directamente exigibles por el juez ordinario, por ejemplo en un asunto civil o en el enjuiciamiento de un acto o disposición administrativa; esto es, algunas garantías primarias serían aplicables aun en el supuesto de laguna legal. Y es que «no todo vicio, en efecto, da lugar a antinomias o a lagunas [...] no es una laguna cualquier incumplimiento de actos prescriptitos. La razón es simple: los vicios formales y los vicios sustanciales que no implican normas sino situaciones

[49] *Principia Iuris,* cit., § 10.19, vol. I, p. 685.

[50] Que establecía en el art. 1 del capítulo «Deberes» que «la Declaración de derechos contiene las obligaciones de los legisladores»; previsión que en verdad parece algo modesta como para predicar que con ella quedaban colmadas las lagunas de garantías, siquiera primarias.

[51] *Principia Iuris,* cit., § 10.16, vol. I, p. 675.

singulares dan lugar a prescripciones que, a causa de su singularidad, no entran a formar parte del ordenamiento»[52]. En otras palabras, lo que al parecer sucedería es que esa aplicación directa de los derechos sólo podría tener efectos negativos o de anulación (del despido del trabajador huelguista, de la sanción al joven objetor de conciencia), es decir, daría lugar a situaciones singulares, nunca efectos positivos o de creación normativa. Esto parece evidente en algunas lagunas: cuando la garantía de un derecho reclama una protección penal, es obvio que el juez no puede producir un nuevo tipo delictivo, que sería contrario al principio de estricta legalidad penal; y lo mismo cabe decir cuando dicha garantía requiere la organización de un servicio público, sanitario, educativo o similar; o, en fin, cuando exige el establecimiento de una institución, como durante bastantes años ocurrió con el jurado en España o con el Tribunal Constitucional en Italia. Pero parece cierto también que en situaciones singulares de aplicación del Derecho el intérprete puede salvar las lagunas de garantías primarias, imputando directamente las obligaciones o prohibiciones que son «reflejo» del derecho fundamental; puede considerar por ejemplo que, aunque ninguna ley lo establezca, la Constitución basta para que el trabajador huelguista no sea despedido ni el objetor sancionado.

En cualquier caso, la práctica del constitucionalismo tampoco acepta pacíficamente una concepción tan rigurosa de la función jurisdiccional como instancia *sólo* anuladora, y así se encarga de recordarlo el propio FERRAJOLI[53]. En particular, las sentencias llamadas aditivas o manipulativas suponen una legislación positiva en la medida en que extienden una cierta disciplina normativa a favor de personas o supuestos inicialmente no contemplados en la norma. Herramienta fundamental al servicio del principio de igualdad, estas sentencias, con todas las limitaciones que se quiera, suponen una judicialización de la tarea garantista consistente en colmar las lagunas. Y, por cierto, no veo ninguna dificultad para que esta técnica «antilagunas» (tal vez bajo los ropajes del argumento analógico) sea usada por el juez ordinario en aplicación directa del principio de igualdad.

Aparentemente la función judicial resulta de mayor protagonismo en presencia de antinomias dado que la resolución de éstas requiere, no una legislación positiva como en el caso de las lagunas, sino una actividad negativa o anuladora; si la jurisdicción tan sólo podía constatar las lagunas, parece en cambio que puede constatar y resolver las antinomias. La existencia de una ley inconstitucional genera en efecto una obligación alternativa: su derogación por el Parlamento o su anulación por el juez de constitucionalidad. Sin embargo, antinomias y lagunas presentan un rasgo común y es que ninguna de ellas admite una respuesta interpretativa, es decir, ninguna puede ser resuelta por el juez ordinario, en el caso de las antinomias justamente mediante la pura y simple desaplicación de la norma ilegítima; con lo cual, como ya sabemos, viene desaplicada la propia Constitución. De nuevo es necesario un «legislador negativo» (el Parlamento o el Tribunal Constitucional) que derogue o anule la norma inconstitucional.

No queda claro, a mi juicio, si ésta pretende ser una tesis teórica o sólo una tesis dogmática dependiente, por tanto, de las determinaciones del Derecho positivo. En

---

[52] *Ibídem,* § 10.19, vol. I, p. 687.
[53] *Ibídem,* § 13.19, vol. II, pp. 97-98.

algunos pasajes parece sugerirse lo primero, sobre todo cundo se afirma la existencia de una diferencia estructural entre los criterios cronológico y de especialidad y el criterio jerárquico de resolución de antinomias[54], pero creo que debemos acoger la segunda interpretación: que las antinomias impliquen la desaplicación de la Constitución a favor de la norma contradictoria (mientras ésta no sea derogada o anulada, claro está) es una característica propia de los llamados sistemas de jurisdicción concentrada[55], pero no de los sistemas de jurisdicción difusa. Por ello FERRAJOLI se ve en la necesidad de acuñar un género especial de antinomias a las que denomina como «débil-fuerte». Son débiles aquellas antinomias que encuentran respuesta en los criterios cronológico y de especialidad y que pueden ser resueltas directamente por el intérprete aplicando la norma posterior o la norma especial; son fuertes, en cambio, las antinomias que ahora interesan, aquellas que reclaman la consideración del criterio jerárquico, al parecer inaccesible al intérprete. Pues bien, la antinomia débil-fuerte representa un *tertium genus* «intermedio respecto a las antinomias en sentido fuerte y en sentido débil porque en ellas, al igual que en las primeras, existe un vicio que sin embargo, como en las segundas, es directamente superable mediante la aplicación de la norma superior y la desaplicación de la inferior, dejada en vigor aun cuando reconocida inválida». Así sucede —añade— en muchos ordenamientos americanos y también en el italiano (y en el español) en relación con los reglamentos inválidos que, al margen de que también puedan ser anulados, deben en todo caso ser desaplicados[56].

Pero entonces, si no me equivoco, parece que la única diferencia entre las antinomias fuertes y las débiles-fuertes reside en su forma de resolución (anulación/desaplicación) y ésta a su vez en la libre opción de los distintos ordenamientos. Con lo cual procede preguntase cuál de los dos sistemas resulta preferible desde el punto de vista de la eficacia del Estado constitucional y de la vigencia de los derechos fundamentales. Para FERRAJOLI, «sin duda», resulta más eficaz el sistema kelseniano o europeo de la anulación que el norteamericano de la desaplicación: primero, por la menor separación orgánica del Tribunal Supremo norteamericano respecto de las instituciones de gobierno; y segundo, por los mayores espacios de discrecionalidad de los que goza este último, lo que se traduce en indeterminación y en una rebaja de garantías[57].

Esta opción a favor del modelo europeo es discutible[58], pero, al margen de preferencias, revela las fuertes reservas del constitucionalismo garantista hacia la deriva judicialista propia del neoconstitucionalismo. De entrada, no está de más recordar que el diseño kelseniano de una jurisdicción concentrada respondió de modo explícito al propósito de conjurar los riesgos de un excesivo protagonismo judicial, al que pre-

---

[54] Así en el punto 3 de la Introducción o en algunos fragmentos de los capítulos 10.19 y 12.13 de *Principia Iuris,* vol. I, pp. 12 y ss.; pp. 684 y ss.; pp. 908 y ss.

[55] Así se reconoce expresamente en el punto 3 de la Introducción: en los ordenamientos «dotados de constitución rígida y de control concentrado de constitucionalidad, la solución del conflicto entre normas de distinto nivel no puede ser obtenida directamente por el intérprete», vol. I, p. 13.

[56] *Principia Iuris,* § 10.19, vol. I, pp. 689-690.

[57] *Ibídem,* § 13.18, vol. II, pp. 93-94.

[58] Por mi parte, he defendido la superioridad del sistema difuso en 2003: *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Madrid: Trotta, pp. 168 y ss.

suntamente hubiera conducido en Europa la implantación del modelo norteamericano de jurisdicción difusa, en detrimento de una democracia parlamentaria que en verdad no pasaba por sus mejores momentos[59]. En realidad, cabe decir que el rechazo kelseniano a la incorporación de principios sustantivos al texto constitucional y su diseño de una jurisdicción concentrada responden a la misma preocupación: evitar el activismo judicial y defender las prerrogativas del Parlamento. Pero es que, además, la imagen de un control judicial de constitucionalidad por vía desaplicativa tampoco queda muy bien parada en *Principia Iuris:* el problema de las antinomias, que lesionan la propia estructura de la democracia constitucional y del Estado de derecho, se manifiesta en la «regresión a un Derecho jurisprudencial de tipo premoderno, que amenaza con arrasar el completo orden de la democracia constitucional»[60]; y, en fin, a la hora de tomar partido por el modelo kelseniano, no deja de recordar los episodios de «gobierno de los jueces» y de jurisprudencia conservadora o antisocial que registra la historia del Tribunal Supremo norteamericano[61]. En suma, la posición de FERRAJOLI resulta también en este punto poco proclive a la vocación judicialista del neoconsitucionalismo.

Sin embargo, tal vez lo más llamativo de la práctica del constitucionalismo europeo de posguerra y uno de los hallazgos más celebrados del judicialismo neoconstitucionalista haya consistido precisamente en abrir la posibilidad de una jurisdicción difusa en el entramado institucional de un modelo de jurisdicción concentrada, algo que FERRAJOLI por supuesto no contempla. Dicho más claramente: en la posibilidad de ensayar técnicas desaplicadoras de la ley en sistemas que reservan el control de constitucionalidad a un Tribunal Constitucional separado de la jurisdicción ordinaria. En línea de principio, como sabemos, el juez nunca puede negarse a aplicar la ley y, si duda de su constitucionalidad, ha de plantear la correspondiente cuestión o pregunta para que sea el Tribunal Constitucional quien decida mediante una sentencia que, en su caso, tendrá los efectos generales de la anulación, no los particulares de la desaplicación. Pero esto sólo en vía de principio.

Básicamente, esta operación de ingeniería judicial comprende los siguientes pasos: primero, obviamente, no poner en duda la constitucionalidad de la ley, algo que obligaría a plantear la cuestión. Segundo, considerar sin embargo que resulta injusta o inadecuada para regular el caso al implicar (insisto: en el caso) un sacrificio desproporcionado de algún principio o derecho fundamental relevante. Tercero, construir un conflicto de principios o derechos; concretamente un conflicto entre los principios o derechos que están detrás de la ley, que se ven satisfechos o realizados por ésta, y aquellos otros en pugna que aparecen sacrificados. Cuarto, argumentar a partir de las reglas de la ponderación. Y quinto, finalmente, aplicar directamente el precepto constitucional triunfante (en el caso) con la consiguiente desaplicación del precepto derrotado y de la ley dictada a su amparo. Pero con ello entramos ya en la última de las discrepancias entre FERRAJOLI y el neoconstitucionalismo.

---

[59] Me permito remitir nuevamente al trabajo citado en nota anterior, pp. 80 y ss.
[60] *Principia Iuris,* cit., § 13.15, vol. II, p. 80.
[61] Así en las notas 106 y 107 del § 13.18 de *Principia Iuris,* vol. II, pp. 141-142.

## 4. LA DISOCIACIÓN DEL *DEBER SER* JURÍDICO. EL PROBLEMA DE LOS CONFLICTOS DE DERECHOS

Si el positivismo se basaba en la disociación entre *deber ser* moral y *ser* jurídico, y si el constitucionalismo lo hace en la disociación entre validez y vigencia, o sea entre el *deber ser* jurídico (validez) y el *ser* también jurídico (vigencia), el neoconstitucionalismo parece responder a una nueva disociación, esta vez, por paradójico que parezca, en la esfera del propio *deber ser* jurídico. El positivismo anunciaba un conflicto externo, el que se produce entre Derecho y moral; el constitucionalismo anuncia un conflicto interno entre los distintos escalones del sistema, básicamente el que se produce entre Constitución y ley, y que da lugar a los fenómenos ya comentados de las lagunas y de las antinomias. El neoconstitucinalismo se vincula a otro episodio de conflicto aún más interno que se verifica en el seno mismo de las normas sustantivas de la Constitución. FERRAJOLI, que es perfectamente consciente de los dos primeros conflictos, hasta el punto de hacer de ellos el argumento central de su concepto (separación entre Derecho y moral) y de su teoría (separación entre validez y vigencia) del Derecho, se muestra sumamente cauto frente a este último conflicto, incluso a veces abiertamente contrario a su consideración. Aquí se aprecia una nueva discrepancia entre el constitucionalismo de FERRAJOLI y las más usuales presentaciones del neoconstitucionalismo, que acaso hacen de las colisiones entre preceptos sustantivos de la Constitución la más destacada seña de identidad del sistema jurídico constitucionalista; tal vez en ocasiones con alguna exageración.

Ante todo, conviene advertir que en algunas doctrinas neoconstitucionalistas se sostiene de modo explícito que los textos constitucionales no son como las leyes, y ello no sólo en el obvio sentido formal de ostentar una jerarquía superior, sino en un sentido más morfológico o estructural que afecta a su propia forma de ser. Las leyes son la expresión de un momento político unitario o monolítico, la expresión de una mayoría parlamentaria que, mejor o peor, responde a una determinada concepción moral y política. Por supuesto, también existen contradicciones entre las leyes, pero éstas se resuelven básicamente según un criterio cronológico. No ocurre así con las Constituciones, al menos con las que rigen hoy en Europa; ellas pretenden expresar una coexistencia de proyectos políticos posibles que se traduce en una coexistencia de principios plurales y tendencialmente contradictorios, algo que afecta también y de modo sobresaliente al corazón mismo de su normativa material, que son los derechos fundamentales. Creo que este es el argumento principal que recorre todo el planteamiento de ZAGREBELSKY y me parece en lo esencial acertado para dar cuenta de lo que sucede en algunas Constituciones, como por ejemplo la española, que precisamente se quiso presentar como una Constitución de «consenso» que integraba (pero que no siempre logró conjugar armónicamente) valores y principios políticos de distinta procedencia. Su lema bien pudiera ser «del carácter monolítico de la ley al pluralismo constitucional». La Constitución pluralista no es ni un mandato ni un contrato y, por eso, ni la teoría de la interpretación de la ley ni la del contrato resultan satisfactorias: no hay voluntad constituyente que pueda ser tratada como intención del legislador, ni siquiera de unas partes que llegan a un acuerdo. Lo que hay son «principios universales, uno junto a otro según las pretensiones de cada parte, pero faltando la regulación de su compatibilidad, la solución de las "colisiones" y la fijación de los puntos de equi-

librio»[62]; se produce, pues, lo que se ha llamado una pluralidad de «mundos constitucionalmente posibles»[63].

La cuestión no tendría mayor trascendencia si las Constituciones se conformasen con ser documentos políticos sin fuerza normativa, una vistosa colección de principios morales y buenas intenciones destinada a la «libre interpretación» por parte de las sucesivas mayorías de gobierno. Pero las cosas no son así: las Constituciones hoy no sólo tienen una fuerza normativa indiscutible, sino que, merced a su rematerialización, ofrecen soluciones o, cuando menos, orientaciones de sentido en las más variadas esferas de relación jurídica. Esto es lo que se ha dado en llamar efecto impregnación o irradiación[64], que justamente significa el desbordamiento de un Derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate[65], encuentra alguna respuesta constitucional. Pero, si esto es así, la imagen de las tres esferas que propone FERRAJOLI en parte se desvanece: ya no cabe hablar del ámbito de *lo decidible* como si éste fuera un mundo de absoluta libertad para el legislador democrático, pues, como se ha dicho, la Constitución satura todo el sistema de una normatividad supralegal; y acaso tampoco las esferas de *lo indecidible* y de *lo indecidible que no* presenten unas fronteras tan impenetrables como se sugiere, dado que muchas veces la Constitución no nos habla con una sola voz. Porque, ¿qué es lo que cabe encontrar en la Constitución y en su catálogo de derechos fundamentales? Pues sólo algunas veces respuestas categóricas y concluyentes; con frecuencia, únicamente es posible recabar de ella razones tendencialmente conflictivas. Así, para seguir con nuestro ejemplo, una ley que limite el horario de trabajo nocturno en las panaderías podrá alegar en su favor razones justificatorias (la salud de los trabajadores, el derecho al descanso), pero también habrá de superar otras razones en contra (la libertad negocial de las partes, el derecho del empresario a organizar el trabajo). Si volvemos la mirada a la labor encomendada por el garantismo a los jueces y a la propia ciencia del Derecho resulta que la esfera donde ha de desarrollarse su tarea depuradora ya no resulta tan clara ni perfilada.

Todo ello tiene que ver con un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo, que es la naturaleza «principial» de sus normas sustantivas. Mucho se ha discutido sobre la diferencia entre reglas y principios y no es cuestión de volver sobre el tema, pero,

---

[62] G. ZAGREBELSKY, 1998: «Storia e costituzione», en G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO y J. LUTHER (eds.), *Il futuro della costituzione,* Torino: Einaudi. Tal vez esto explique por qué el originalismo y la extraordinaria importancia que se concede en Estados Unidos a las intenciones del constituyente resultan en cambio de muy escasa relevancia en Europa.

[63] La expresión es de J. J. MORESO, 1997: *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución,* Madrid: CEPC, p. 167.

[64] El «efecto irradiación» *(Ausstrahlungswirkung)* suele aludir en la doctrina alemana a la eficacia o proyección de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado. Aquí se usa en un sentido más general. De impregnación habla R. GUASTINI en «La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico: el caso italiano», cit., pp. 153 y ss.

[65] Ambos ejemplos pertenecen a la jurisprudencia alemana y puede verse su comentario, respectivamente, en M. BOROWSKI, 2003: *La estructura de los derechos fundmentales,* trad. de C. BERNAL, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 5 y ss., y R. ALEXY, 2002: «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», trad. de C. BERNAL, *Revista Española de Derecho Constitucional,* 66, p. 28.

con independencia de si existe o no una diferencia fuerte o cualitativa, en lo que parece alcanzarse cierta unanimidad es en que la idea de principios adquiere toda su virtualidad jurídica en el marco de los conflictos normativos[66] y, más concretamente, de los conflictos normativos intraconstitucionales: decimos que las normas son principios cuando sus colisiones no se saldan con la pérdida de validez de uno de ellos, ni tampoco mediante la configuración de uno como excepción permanente al otro (según la regla de la especialidad), sino con un triunfo que pudiéramos llamar circunstancial y que se decide a través de ponderación; así, entre la libertad ideológica y la cláusula de orden público (que en la Constitución española figura como un límite expreso, art. 16.1) no se advertiría una frontera nítida, de modo que, vulnerado el orden público, dejase de actuar sin más la tutela iusfundamental, sino que cabe perfectamente que una misma conducta sea *prima facie* y simultáneamente ambas cosas (ejercicio de la libertad religiosa y alteración del orden público), debiendo triunfar *en definitiva* el Derecho o su límite según el peso de cada uno de ellos en el caso concreto. Por eso habla GUASTINI de una «jerarquía móvil»[67]. Este es el núcleo del juicio de ponderación[68] y es el núcleo también de toda una concepción de los derechos fundamentales y de sus posibles restricciones[69].

Pues bien, FERRAJOLI muestra muy poca simpatía hacia esta visión conflictualista de la Constitución y de los derechos fundamentales. Aun cuando no deja de reconocer algunos supuestos de conflicto entre derechos, así como la idoneidad del juicio de ponderación como forma de resolverlos[70], considera que la cuestión se ha dramatizado en exceso por parte del neoconstitucionalismo, inventando conflictos allí donde sólo hay límites y lesionando con ello la propia normatividad y supremacía constitucional. Porque esta es una cuestión teórica, pero no carente de un importante trasfondo político o de política jurídica. El excesivo conflictualismo principialista conduce, en efecto, «a un debilitamiento del paradigma constitucional, cuya normatividad jurídica, si bien respaldada por cartas constitucionales e internacionales, resulta devaluada a genérica normatividad ético-política, como si esas cartas, en lugar de normas supraordenadas a las ordinarias, fuesen, como escribe MAZZARESE, "meras declaraciones de intenciones políticas"»[71]. De modo particular, concebir como conflictos lo que no son sino lesiones de los derechos primarios (inmunidades, libertades y derechos sociales) a manos de los derechos secundarios de autonomía política y negocial supone un indebido debilitamiento de los primeros por obra de unos derechos que en realidad son poderes; y «no podemos ignorar que las amenazas más graves a la demo-

[66] Aplicar un principio, dice L. GIANFORMAGGIO, comporta siempre aplicar otro principio relevante en la situación específica, *Studi sulla giustificazione giuridica,* Torino: Giappichelli, 1986, p. 117.

[67] R. GUASTINI, 1999: «Los principios en el Derecho positivo», trad. de J. FERRER, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho,* Barcelona: Gedisa, p. 170.

[68] Me permito remitir aquí también a *Justicia Constitucional y derechos fundamentales,* cit., pp. 175 y ss.

[69] Me refiero a la concepción de los derechos fundamentales como principios que defiende ALEXY, y que en lengua castellana ha sido objeto de un análisis exhaustivo y enriquecedor por parte de C. BERNAL PULIDO, 2003: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* Madrid: CEPC; y, con especial referencia a las leyes penales, por G. P. LOPERA MESA, 2006: *Principio de proporcionalidad y ley penal,* Madrid: CEPC.

[70] Así, en *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* cit., p. 85. La negación de los conflictos «sería una extraña tesis ético-cognitivista», *Principia Iuris,* cit, § 13.14, vol. II, p. 72.

[71] *Principia Iuris,* cit., Introducción, nota 25, vol. I, p. 74. La referencia a T. MAZZARESE corresponde a «Diritti fondamentali e neocostituzioalismo: un inventario di problemi», cit., p. 15.

cracia constitucional provienen hoy de dos potentes ideologías de legitimación del poder: la idea de la omnipotencia de la mayoría política y la idea de la libertad de mercado como nueva *Grundnorm* del actual orden globalizado»[72]. En resumen, presentar como conflictos dispuestos para la ponderación lo que son en realidad violaciones de derechos fundamentales equivale muchas veces a escamotear la fuerza normativa de tales derechos.

No dejan de llamar la atención estos temores de FERRAJOLI hacia las consecuencias de una concepción conflictualista de los derechos, pues representan un nuevo y sintomático distanciamiento respecto del neoconstitucionalismo. Para los conflictualistas, en efecto, una de las razones a favor de sus tesis es que propician mejor que cualesquiera otras el ejercicio de las libertades, asumiendo como criterio interpretativo el *in dubio pro libertate* y haciendo recaer sobre el poder una carga de justificación de toda posible interferencia. El conflictualismo, que es lo mismo que decir la teoría externa de los derechos fundamentales, daría primacía a la libertad negativa sobre la libertad positiva[73] al tolerar o permitir innumerables cursos de acción con las mínimas restricciones, es decir, brindaría la más extensa protección de las esferas de libertad[74]. El juicio de ponderación, que es donde desemboca una visión conflictualista, ayuda a entender cualquier conducta *prima facie* como un ejercicio de libertad, cuya limitación *definitiva* ha de estar argumentada y contar con razones a favor al menos tan poderosas como para fundamentar una interferencia justificada en dicha conducta. En suma, la concepción de los derechos fundamentales que FERRAJOLI censura, lejos de suponer un debilitamiento de los derechos, alentaría su máxima extensión y sería por tanto la más acorde con la filosofía política liberal.

En mi opinión, es posible que ambas posiciones tengan su parte de razón. Si así puede decirse, FERRAJOLI apuesta a favor de la *intensión* y el conflictualismo a favor de la *extensión;* aquél teme que los juicios ponderativos conviertan en bagatela el núcleo mismo de los derechos, mientras que éste confía en que esa misma ponderación propicie una ampliación de las esferas protegidas. Si tenemos fe en la argumentación y en la aplicación judicial del Derecho, el conflictualismo puede alentar un incremento de los derechos y de sus ámbitos de protección, con la consiguiente minimización del poder; si somos menos optimistas ante la argumentación y la acción de los jueces, la concepción de FERRAJOLI nos garantiza tal vez *menos* derechos pero más *fuertes.* Recurriendo a ejemplos, para el conflictualismo no es difícil considerar como ejercicio de derechos fundamentales conductas tales como alimentar palomas (expresión del amor a los animales y por tanto del libre desarrollo de la personalidad), cubrirse con turbante u objetar frente a un deber jurídico que entendemos contrario a nuestra ideología o religión; pero es verdad que, a la inversa, corre el riesgo de mostrarse comprensivo ante la lesión de una inmunidad o de otra libertad si dicha lesión resulta proporcional para la satisfacción o realización de otro *bien* digno de tutela. Por el contrario, como veremos, FERRAJOLI no admitiría una ampliación del catálogo de derechos por vía interpretativa,

---

[72] *Principia Iuris,* cit., § 13.14, vol. II, p. 72.

[73] En el sentido de I. BERLIN, 1969: *Cuatro ensayos sobre la libertad,* trad. de J. BAYÓN, Madrid: Alianza, 1988, pp. 187 y ss.

[74] Vid. M. BOROWSKI, «La restricción de los derechos fundamentales», cit., pp. 33 y ss.; G. P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal,* cit., pp. 159 y ss.

pero se mostraría mucho más estricto en la defensa de los derechos constitucionales, en particular de las inmunidades y derechos de libertad.

A los efectos que aquí interesan, en el esquema que nos propone FERRAJOLI cabe distinguir cinco esferas: *a)* las inmunidades (o libertades «frente a»), como la libertad de conciencia, la prohibición de la tortura o el derecho a la intimidad, cuyo rasgo característico es que su «ejercicio resulta imposible [...] no pudiendo interferir con ningún otro derecho»; *b)* los derechos-facultad o derechos de libertad activa (o «libertades de»), como la libertad de prensa o información, la libertad de reunión o la de asociación, que ciertamente suponen un ejercicio, pero carente «de efectos jurídicos en otras esferas de libertad»; *c)* los derechos autonomía, que son en realidad *poderes* cuyo ejercicio produce «efectos también en la esfera jurídica de otros», ya sea mediante las leyes, expresión indirecta de los derechos políticos, ya mediante los negocios jurídicos, expresión directa de los derechos civiles de autonomía privada; *d)* los derechos sociales que, a diferencia de todos los anteriores, representan expectativas positivas a prestaciones, como la educación o la asistencia sanitaria; y *e)* la esfera de la libertad natural o de la mera libertad, «aquella que sobrevive en el *silentium legis* (y que) no puede dejar de ser limitada por el derecho positivo», esto es, limitada por el ejercicio de los derechos autonomía[75].

Comencemos por las inmunidades que, como sabemos, al no ejercerse difícilmente pueden entrar en conflicto con nadie, representando por el contrario límites insuperables frente a cualquier otro derecho o poder. Seguramente, un conflictualista consecuente rehusaría ver en las inmunidades límites tan absolutos que no admitiesen ponderación alguna, pero cuando menos establecería una distinción entre aquellas inmunidades que operan como reglas cerradas y concluyentes[76] de aquellas otras que parecen hacerlo como principios. Por ejemplo, el honor y la intimidad o privacidad son inmunidades que para FERRAJOLI operan como *límites* a la libertad de expresión[77], pero que según la doctrina y la práctica neoconstitucionalista están destinadas al conflicto; es más, tal vez este sea el supuesto paradigmático de conflicto y de ponderación entre derechos[78]. En todo caso, conviene advertir que FERRAJOLI habla de inmunidades en una acepción muy estricta: inmunidades son sólo las libertades «frente a», aquellas «que

[75] *Principia Iuris,* cit, § 11.6, vol. I, p. 758.

[76] Así, el derecho del detenido a ser puesto a disposición judicial o en libertad en el plazo de setenta y dos horas (art. 17.2 CE) responde al modelo de las reglas: producida la condición de aplicación (que alguien esté detenido y hayan trascurrido setenta y dos horas) la autoridad gubernativa no tiene nada que ponderar; tan sólo ha de elegir entre la puesta en libertad o a disposición judicial. En otras palabras, existe un derecho fundamental absoluto a no estar detenido gubernativamente más de setenta y dos horas (dejando al margen, claro está, la legislación antiterrorista). Lo mismo ocurre, por ejemplo, con la abolición de la pena de muerte o con la proscripción de la tortura que, como dice el art. 15 CE, no podrá practicarse «en ningún caso».

[77] *Principia Iuris,* cit, § 15,7, vol. II, p. 338. En otro lugar (vid. *infra* nota 79), más que sostener la preferencia general o incondicionada de la inmunidad frente a la libertad activa, FERRAJOLI parece apostar por una integración normativa de ambos derechos, en la línea de la teoría interna de los derechos fundamentales a la que me referiré de inmediato.

[78] Valga el siguiente ejemplo de la STC 104/1986: «nos encontramos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto del ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades (las del art. 20), ni tampoco hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras». Conviene subrayarlo: *prima facie,* la conducta enjuiciada representa un ejercicio de la libertad de expresión o información y, *al mismo tiempo,* supone una lesión del derecho al honor o a la intimidad. Quién triunfe *en definitiva* depende precisamente de cómo se resuelva el conflicto.

no se ejercen», y hay derechos de contenido complejo que, junto a la dimensión de inmunidad, incluyen «facultades de» o libertades activas[79]. Pero, sea como fuere, su tesis es que las inmunidades no entran en conflicto con nadie, sino que pueden ser sólo violadas mediante el ejercicio de otros derechos, que es otra forma de decir que las inmunidades triunfan siempre. Algo que no parece compartido por la visión conflictualista propia del neoconstitucionalismo, al menos en relación con todos los derechos inmunidad; y los casos del honor y de la intimidad parecen ejemplos sobresalientes.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, el de los derechos actividad (libertad de expresión, reunión, asociación) parece admitirse sin dificultades la existencia de conflictos. Aquí parece existir acuerdo con el neoconstitucionalismo, pero sospecho que FERRAJOLI mantiene una cierta imagen de tales conflictos cercana a la que suele llamarse «teoría interna» de los derechos fundamentales, según la cual entre los derechos y sus límites sería posible trazar una nítida frontera, de manera que podríamos catalogar *ex ante* las conductas tuteladas por el Derecho y aquellas otras incursas en el campo de actuación del límite[80]. En efecto, como ya se ha visto, resulta fácil imaginar conflictos entre la libertad de información y el derecho a la privacidad, o entre el derecho de huelga y el derecho a la salud «si aquél fuera ejercitable sin límites por parte del personal sanitario»[81]. Pero se trata de «conflictos» *resueltos* por lo común por la propia Constitución

[79] Este es el origen de un malentendido que explica en parte un pequeño debate. En un trabajo anterior propuse como ejemplo de conflicto entre la libertad religiosa y el derecho a la salud el caso de una confesión que ordenase el sacrificio de animales con vulneración de la normativa sanitaria. Para FERRAJOLI la libertad religiosa no opera aquí en su faceta de inmunidad, sino de libertad activa («libertad de») y, de acuerdo con la clasificación de los derechos que acabamos de formular, tiene razón. Lo curioso es que, así entendida, tampoco reconoce conflicto alguno susceptible de ponderación; para él, sencillamente, la salud actúa como límite infranqueable a la libertad activa en la línea de la teoría interna, de la que nos ocuparemos seguidamente. Por lo que se refiere al segundo ejemplo, el caso real (STC 154/2002) es mucho más complejo y en mi trabajo apareció tal vez algo simplificado (lo que explica la respuesta) Se trata de unos padres, Testigos de Jehová, que fueron inicialmente condenados por la muerte de su hijo, al que no se le practicó una necesaria transfusión de sangre; transfusión a la que en realidad se oponía el hijo, titular del derecho de libertad religiosa, y no los padres, que a lo sumo observaron una conducta pasiva y a quienes sin embargo se les reprochó no autorizar lo que el menor rechazaba. El propio Tribunal Constitucional resolvió el caso en términos de conflicto entre la libertad religiosa y las obligaciones dimanantes del derecho a la vida del menor: «la aparición de conflictos en razón de las creencias religiosas no puede extrañar [...] La respuesta constitucional [...] sólo puede resultar de un juicio ponderado». Véanse L. PRIETO, «Constitucionalismo y garantismo», cit., p. 50; L. FERRAJOLI, *Principia Iuris,* cit, § 13, nota 74, vol. II, p. 132.

[80] La teoría interna sostiene que las conductas o situaciones comprendidas bajo el amparo de un derecho fundamental resultan perfectamente claras *desde* los enunciados constitucionales, de manera que, mediando una correcta interpretación de los mismos, podemos delimitar con absoluta precisión la suerte de nuestro caso: o estamos en presencia de un ejercicio «típico» del derecho o libertad y entonces, por cierto, nada hay que ponderar ni discutir, porque nuestra posición es inexpugnable incluso para el legislador; o nos movemos por fuera del ámbito protegido por el Derecho, en cuyo caso tampoco hay nada que discutir porque el asunto queda librado a la decisión del legislador o de otras autoridades públicas. Esta teoría goza de bastante predicamento en la doctrina de lengua española. Por ejemplo, I. DE OTTO, 1988: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución,* Madrid: Civitas, pp. 107 y ss.; J. CIANCIARDO, 2000: *El conflictivismo en los derechos fundamentales,* Pamplona: Universidad de Navarra, pp. 223 y ss.; P. SERNA y F. TOLLER, 2000: *La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos,* Buenos Aires: La Ley, pp. 37 y ss.; T. DE DOMINGO, 2001: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?,* Madrid: CEPC, pp. 337 y ss. Cercano también a esta posición se encuentra J. A. GARCÍA AMADO, 2007: «Derechos y Pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», en M. CARBONELL (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo,* Madrid: Trotta, pp. 237 y ss.

[81] *Principia Iuris,* cit., § 13.14, vol. II, p. 73. Esto es, al existir límites, en este caso de origen legal merced a la remisión contenida en el art. 40 de la Constitución italiana, ya no cabe hablar de conflicto. El límite no es así un elemento a ponderar, sino un obstáculo insalvable al ejercicio del Derecho.

que prevé límites expresos al ejercicio de las libertades o se remite a una configuración legal[82]; es decir, no se trata de verdaderos conflictos en sede interpretativa. «En todos estos casos, en definitiva, los derechos de libertad activa tienen *exactamente* los contenidos y, por tanto, los límites [...] establecidos por las normas que los enuncian»[83].

Con todo, la adscripción de FERRAJOLI a la teoría interna, es decir, a la idea según a cual los derechos tendrían unos límites precisos *ex ante,* al menos cuando viniesen expresamente contemplados en la Constitución, resulta dudosa. Creo que lo demuestra este otro pasaje donde dice compartir mi opinión de que «los derechos están limitados, pero los límites también lo están y precisamente por los propios derechos, sin que *desde la Constitución* pueda deducirse en qué casos triunfan unos u otros»[84]. Esta opinión quiere expresar justamente la tesis de la teoría externa, haciéndose cargo de la inevitable imprecisión de los enunciados relativos a derechos, así como de la no menos inevitable vaguedad de las fronteras entre los derechos y sus límites. Por eso, como hemos dicho, para la teoría externa resulta perfectamente concebible que una misma conducta sea en principio ejercicio de un derecho y, al mismo tiempo y también en principio, que represente la vulneración de otro derecho. De ahí que proponga que toda conducta que presente una propiedad adscribible a un derecho fundamental (o, lo que me parece equivalente, que pueda considerarse dentro del marco semántico de un enunciado relativo a derechos, incluida, pues, la zona de penumbra) deba ser tratada como un caso de ejercicio del derecho fundamental en cuestión; y ese «debe ser tratada» significa simplemente que el asunto debe ser visto como un asunto con relevancia constitucional o, si se quiere, como un asunto en el que concurren razones a favor de su reconocimiento (aunque también concurran razones en contra). Esto explica la necesidad de distinguir un juicio *prima facie* y un juicio *definitivo: prima facie* podemos considerar que una determinada conducta es ejercicio de la libertad de información o del derecho de huelga, pero asimismo *prima facie* hemos de considerar que esa misma conducta lesiona el honor o el derecho a la salud, y por tanto valorar que existen razones a favor y en contra de la permisión. El juicio *definitivo* depende de la ponderación entre todas esas razones, que son razones constitucionales.

El capítulo en el que FERRAJOLI se muestra más rotundamente «anticonflictualista» es sin duda el de los derechos autonomía. Lo derechos de autonomía no colisionan con las libertades fundamentales, sino que vienen sometidos a su imperio; nuestra capacidad negocial privada y nuestra autonomía política indirectamente expresada en el ley tienen su frontera en el conjunto de los derechos fundamentales, y éste sería el meollo del constitucionalismo rígido: los derechos triunfan siempre sobre el mercado y sobre la política. Aquí existe una subordinación estructural de los derechos secundarios (de

---

[82] *Principia Iuris,* cit., § 13.14, vol. II, p. 73.

[83] L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia,* cit., p. 87 (cursiva añadido). La adhesión a la teoría interna se muestra también clara en este fragmento: el derecho a la intimidad ha de ser considerado sobre la base de la interpretación de nuestro entero universo normativo, de manera que el mismo no ha de imponerse «donde prevalga el derecho de otros a la información. Pero esta precisión o integración [...] es normativa *ex ante,* y no ya operada arbitrariamente *ex post:* tiene su fundamento en normas del mismo grado o nivel de la del derecho a la intimidad, aunque no sepamos, a causa de las divergencias interpretativas que inevitablemente marcan la aplicación de la ley, en cuáles casos el derecho a la información (y a qué informaciones) será de hecho considerado prevalente sobre el derecho a la privacidad», «Entrevista a Luigi Ferrajoli», por A. GARCÍA FIGUEROA, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* cit, p. 528.

[84] *Principia Iuris,* cit., § 13.14, vol. II, p. 74. Mi opinión en «Constitucionalismo y garantismo», cit., pp. 50 y ss.

autonomía) a los derechos primarios (inmunidades, libertades y derechos sociales), y esto no ya en virtud de una cierta jerarquía de derechos[85], «sino por la relación gradual que existe entre todos los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, sean primarios a secundarios, y las normas o las situaciones singulares producidas por el ejercicio de los derechos secundarios [...] En el paso de los derechos de autonomía a las situaciones producidas por su ejercicio se desciende en efecto un grado o nivel normativo»[86]. Los derechos secundarios son *poderes* cuyo ejercicio mediante actos prescriptivos (contratos, leyes) produce efectos en la esfera jurídica de otros y por ello resulta siempre «vinculado, en cuanto a los efectos de grado subordinado que produce dicho ejercicio, a los derechos fundamentales pertenecientes al mismo grado o nivel normativo [...] De aquí la sujeción a la ley de todos los poderes, políticos y privados, que en la democracia constitucional son los unos expresión indirecta, a través de la representación política, y los otros expresión directa de los derechos de autonomía política y civil». Es decir, no es que los derechos autonomía se encuentren en un nivel jerárquico inferior; son «los efectos indirectos o directos de su ejercicio —las normas legales producidas por el ejercicio del poder legislativo, las situaciones producidas mediante el ejercicio de los poderes negociales— los que se encuentran en un grado subordinado al conjunto de los derechos fundamentales»[87].

Creo que pocos rechazarían una idea tan atractiva que entronca la teoría de los derechos fundamentales con la venerable teoría de los derechos naturales y del contrato social: las instituciones nacen del consentimiento de los asociados y obtienen su legitimidad del servicio a los derechos; las leyes y demás disposiciones públicas sólo son legítimas si dan cumplimiento a la «razón social» que justifica la existencia misma de la asociación política, y esa «razón social» son precisamente los derechos fundamentales; la autonomía negocial, a su vez, sólo es legítima si se mueve en la esfera de libertad delimitada asimismo por los derechos. Y, sin embargo, me parece que es aquí donde se encuentra una de las discrepancias más relevantes entre FERRAJOLI y el neoconstitucionalismo. No es que éste rechace el sometimiento de las leyes y negocios al imperio de los derechos; es que antes de responder a la pregunta de si la ley o el contrato violan un derecho construye (y resuelve mediante ponderación) un conflicto intraconstitucional, es decir, un conflicto entre dos derechos fundamentales, de acuerdo con el modelo de ingeniería jurídica comentado al final del epígrafe anterior.

Examinemos por ejemplo el problema de la inalienabilidad de los derechos en las relaciones jurídico privadas. Ciertamente, la titularidad de los derechos no puede ser objeto de negociación en la medida en que la misma viene directamente atribuida por normas *téticas*[88], pero creo que no cabe decir lo mismo de su ejercicio, que puede que-

---

[85] Aunque cabe esta interpretación. Véase P. COMANDUCCI, «Problemas de compatibilidad entre derechos fundamentales», en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* cit., pp. 112 y ss.

[86] *Principia Iuris,* cit., § 12.14, vol. I, p. 913.

[87] *Ibídem,* § 11.6, vol. I, pp. 754-755.

[88] Que la titularidad sea inalienable tiene su fundamento en un rasgo en el que insiste mucho FERRAJOLI, y es que los derechos fundamentales (pero no sólo ellos) vienen reconocidos por normas *téticas,* mientras que otros muchos derechos (por excelencia, los patrimoniales) lo son por normas *hipotéticas.* Norma *tética* es aquella que atribuye inmediatamente situaciones o estatus a determinadas clases o sujetos, mientras que normas *hipotéticas* son las que predisponen situaciones o estatus como efectos de los actos previstos como hipótesis. Vid. *Principia Iuris,* cit., §§ 8.3 y 11.7, vol. I, pp. 424 y ss.; pp. 759 y ss.

dar condicionado, y mucho, por lo que se pacta en un contrato, en el que incluso pueden concurrir eventualmente derechos fundamentales de dos partes; por ejemplo, si aceptamos, como hay que aceptar en España, que la llamada libertad de enseñanza incluye el derecho de los sujetos privados a fundar colegios con «ideario», entonces irremediablemente resulta afectada la libertad ideológica de los profesores, que han de «vender» parte de ella para impartir clase. Hasta dónde pueda llegar esa «venta» es algo que también queda librado al juicio de ponderación, pero, en todo caso, si esto es así, me parece artificioso decir que los derechos representan un límite insuperable para la autonomía privada. De hecho, la amplia discusión que existe acerca de la virtualidad de los derechos en las relaciones jurídico privadas se explica porque esos derechos entran en conflicto con las cláusulas pactadas o, en general, con los derechos de la otra parte.

La respuesta de FERRAJOLI a una objeción semejante formulada por Moreso[89] es la siguiente: en el «conflicto» entre la libertad del trabajador para vestirse como quiera y la directiva del empresario para que use uniforme, o en el de la cláusula testamentaria que impone al heredero la condición de no contraer matrimonio, no hay en realidad conflicto alguno, pues tanto el trabajador como el heredero son absolutamente libres para contratar o aceptar la herencia. En cambio, le parece obvio que se produciría una lesión del derecho a la imagen y a la dignidad de la persona si el empresario exigiese a las cajeras de un supermercado atender en *top-less,* o una lesión de la libertad de contraer matrimonio si el mismo empleador condicionase la estabilidad contractual al mantenimiento de la soltería[90]. Es posible que la solución que alcanzásemos desde la teoría externa y por vía ponderativa fuera similar. Lo que cambia es el modo de argumentar, aunque creo que también en algún caso la propia conclusión. Como los partidarios de la teoría interna, FERRAJOLI sugiere que los derechos presentan un contenido definitivo *ex ante,* fijado en la Constitución y tal vez en la ley, de modo que cualquier interferencia pública o privada será o no legítima según penetre o no en la esfera tutelada, es decir, en el contenido «verdadero» del Derecho. La teoría externa y el juicio de ponderación se desarrollan en dos fases: en una primera se constata la relevancia de una conducta desde la óptica de dos principios o derechos enfrentados: condicionar la forma de vestir o el estado civil forma parte *prima facie* de la autonomía negocial y, por tanto de un derecho, pero al propio tiempo interfiere en el ámbito de otros derechos (la libertad de indumentaria, la dignidad, la libertad matrimonial). A su vez, en una segunda fase guiada ya por la ponderación, habrá de valorarse la proporcionalidad entre el grado de lesión de un derecho y de satisfacción de otro.

Argumentando desde la teoría externa, por ejemplo, podría considerarse aceptable la exigencia de uniforme y no, en cambio, la de *top-less,* pero ello no porque en el primer caso el trabajador sea libre de aceptar, pues ese argumento vale también para el segundo, sino porque estimamos que este último comporta un sacrificio de la dignidad y de la libertad que resulta desproporcionado y carente de justificación. Ahora bien, ¿qué clase de condicionamientos en la indumentaria pueden considerase legítimos y cuáles no? Esta es una pregunta que no admite una respuesta concluyente en abstracto: dependerá del tipo de trabajo, de la clase de exigencia empresarial, etc. Algo parecido

[89] Véase J. J. MORESO, «Sobre los conflictos entre derechos», en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* cit, pp. 164 y ss.

[90] L. FERRAJOLI, *Principia Iuris,* cit., § 13, nota 82, pp. 133-134.

cabe decir del segundo ejemplo: puede ser que existan mejores razones a favor de la cláusula testamentaria que condiciona el disfrute de la herencia al hecho de no contraer matrimonio que a favor de esa misma cláusula incorporada a una relación laboral; pero de nuevo el motivo tampoco puede ser que el heredero sea libre de aceptar la herencia, pues también lo es el trabajador para rescindir su contrato. En suma, no hay un indubitado contenido «verdadero» del derecho *ex ante,* sino un contenido *ex post,* que se obtiene después y no antes de ponderar, es decir, de tomar en consideración las razones que hablan a favor de uno u otro derecho[91].

Nuestra cuarta categoría de derechos son los derechos sociales. En opinión de FERRAJOLI, lo que suele presentarse como un conflicto entre los derechos sociales y otros derechos fundamentales generalmente no es tal cosa, sino un problema de costes económicos, de elecciones políticas sobre la distribución de los recursos. Aquí FERRAJOLI tiene toda la razón: no se deben confundir las dificultades fácticas con las jurídicas, lo que tampoco significa que éstas nunca puedan producirse, y el propio autor reconoce algún caso de efectiva colisión[92]. Ahora bien, detrás de las decisiones políticas no hay sólo dificultades fácticas o de falta de medios, sino que hay también opciones en favor de un derecho u otro, pues los derechos sociales pueden entrar en colisión entre sí o con otros derechos[93]. Mantener este debate sólo en la esfera política[94] supone renunciar a una posible, aunque mínima, tutela judicial de las posiciones subjetivas de prestación. Presentar la cuestión como un conflicto entre derechos o bienes constitucionales supone abrir la puerta a una ponderación capaz de colmar, siquiera parcialmente, las lagunas dejadas por la ley y los reglamentos; pues cabe decir que los derechos sociales constitucionales son tan importantes que no pueden quedar por completo a disposición de lo que decidan las mayorías o de lo que acuerden los particulares en ejercicio de su libertad negocial[95]. Justamente en eso consisten, para el propio FERRAJOLI, los derechos fundamentales, en quedar a salvo de la política y del mercado.

Finalmente, queda la cuestión de la mera libertad o de la libertad natural, aquella que surge del *silentium legis.* La teoría externa que suele acompañar al neoconstitucionalismo no tiene inconveniente en construir un *derecho general de libertad*[96], derecho sin duda *prima facie* pero que tiene la virtud de brindar la más amplia protección de la libertad, haciendo recaer sobre el poder la carga de la argumentación o justificación de las eventuales restricciones; la cláusula genérica del «libre desarrollo de la personalidad» (art. 2.1 de la Ley Fundamental alemana, art. 10.1 de la Constitución española), la liber-

---

[91] Una exposición clara de las diferencias entre teoría interna y teoría externa de los derechos fundamentales puede verse en el trabajo de C. BERNAL PULIDO, «Refutación y defensa del neoconstitucionalismo», en *Teoría del neoconstitucionalismo,* cit., pp. 308 y ss.

[92] Así, en la prohibición o restricción de un género de producción nociva se produce una colisión entre el derecho a la salud y el derecho al trabajo, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* cit., p. 352.

[93] Véase R. ALEXY, 1986: *Teoría de los derechos fundamentales,* trad. de E. GARZÓN VALDÉS, Madrid: CEPC, 1993, pp. 492 y ss.

[94] Como en algún momento parece sugerir L. FERRAJOLI: «es claro que, siendo indiscutible la obligación de dictar una legislación de desarrollo que permita satisfacer sus "contenidos esenciales", esas opciones corresponden al legislador ordinario y a la administración pública», *Principia Iuris,* cit., § 13.14, vol. II, p. 73.

[95] Sobre la tutela judicial de los derechos sociales he tratado en 1998: «Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial», en *Ley, principios, derechos,* Madrid: Dykinson,, pp. 96 y ss.

[96] Véanse R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* cit., pp. 331 y ss.; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* cit., pp. 646 y ss.; G. P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal,* cit., pp. 281 y ss.

tad ideológica y religiosa o simplemente la libertad personal suelen invocarse como cobertura constitucional de un tal derecho que nos permitiría afirmar que en el marco de un constitucionalismo de los derechos toda acción u omisión está permitida, a menos que esté prohibida u ordenada por una norma formal y materialmente constitucional[97].

Pues bien, una vez más FERRAJOLI parece distanciarse del neoconstitucionalismo: «la mera libertad, aquella que sobrevive en el *silentium legis,* no puede dejar de ser limitada por el Derecho positivo»[98], es decir, representa el ámbito de actuación natural donde pueden desarrollarse con toda libertad los derechos-poder de autonomía, tanto en la dimensión pública o de las leyes como en la privada o negocial. En virtud del principio de constitucionalidad, las únicas facultades intangibles son aquellas que aparecen consagradas como libertades o derechos fundamentales y «es evidente» que la mera libertad «no tiene nada que ver con los derechos fundamentales de libertad»[99].

Sin embargo, tampoco esto resulta muy claro. En un trabajo anterior FERRAJOLI decía que los derechos de autonomía que interfieren en la libertad natural son «poderes limitados en cuanto tales por el Derecho»[100]. Pero, salvo que se refiriese a los límites formales (competencia y procedimiento) para el ejercicio de los derechos de autonomía, ¿en qué límites sustantivos cabe pensar si resulta que nos hallamos ante una esfera de «no derecho»? En *Principia Iuris* podemos encontrar un principio de respuesta: «ciertamente esta libertad (la mera libertad) es una libertad protegida —y no es poco— frente a las violaciones ilegítimas: frente a los actos ilícitos, como por ejemplo las violencias configuradas como delitos por las leyes penales, y frente a los actos inválidos, como por ejemplo las disposiciones arbitrarias y contrarias a las leyes»[101]; es decir, la libertad natural está subordinada al *legítimo* ejercicio de cualquier poder y por ello puede ser reducida o suprimida por cualquier acto preceptivo *legítimo.*

Pero, si esto es así, parece que también la libertad natural —sin dejar de ser el campo para el ejercicio de los derechos autonomía— goza de una protección iusfundamental. De un lado, si está protegida frente a los actos ilícitos (por ejemplo, el delito de coacciones) entonces es que representa un bien jurídico merecedor de tutela penal y para FERRAJOLI sólo los bienes fundamentales, y en particular los derechos fundamentales, se hacen acreedores a dicha tutela[102]. Luego no parece aventurado afirmar que, frente a los actos ilícitos, la posición de la libertad natural no difiere mucho de la posición de los derechos fundamentales: quien mediante la violencia me impide u obliga a asistir a misa está lesionando mi libertad religiosa y comete un delito de coacciones; y quien del mismo modo me impide llevar sombrero o tener animales domésticos está lesionando mi libertad natural o no regulada, pero comete un similar delito de coacciones. De otro lado, fuera ya de los actos ilícitos, resulta que la mera libertad puede ser limitada por los actos prescriptitos (leyes, contratos) siempre que sean «legítimos» o que no consti-

---

[97] He defendido la posibilidad de construir este derecho general de libertad o «norma de clausura» del sistema de libertades en varias ocasiones. En particular en *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* cit., pp. 249.

[98] *Principia Iuris,* cit., § 11.6, vol. I, p. 758.

[99] *Ibídem,* § 1.6, vol. I, p. 133.

[100] L. FERRAJOLI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* cit., p. 311.

[101] *Principia Iuris,* cit., § 1.6, vol. I, p. 133.

[102] No procede aquí extenderse en la teoría de FERRAJOLI sobre el bien jurídico. Véase *Derecho y Razón,* cit., § 33, pp. 464 y ss.

tuyan «disposiciones arbitrarias». Parece, por tanto, que la interferencia sólo está permitida cuando se acredita la legitimidad o no arbitrariedad de la medida. Pero ¿esto no equivale a imponer sobre el ejercicio de los derechos de autonomía una carga de justificación, que es precisamente lo que pide la tesis del derecho *general de libertad*? En otras palabras, me parece que esa prevención frente a la arbitrariedad puede ser equivalente a la exigencia de justificación que, desde la teoría externa, se requiere para toda interferencia en la esfera de la libertad natural.

En definitiva, las esferas de lo *indecidible* y de lo *indecidible que no* que vienen delimitadas por los derechos fundamentales presentan unos perfiles mucho menos nítidos desde el momento en que se reconoce que los propios derechos entran en conflicto y que tales conflictos no admiten una respuesta concluyente en el plano abstracto de la validez, sino que remiten su configuración completa y definitiva a un juicio de ponderación efectuado, en cada caso, a la vista de los derechos en pugna. Y, si esto es así, como piensa el neoconstitucionalismo, entonces resulta que la garantía jurisdiccional y la argumentación no pueden ser sólo una mera actividad de constatación o verificación, sino también en parte constructiva. En otras palabras, es verdad que las esferas de lo *indecidible* y de lo *indecidible que no* aparecen delimitadas por los derechos fundamentales, pero no enteramente *ex ante* o *desde* la Constitución, sino *ex post* o tras la resolución de los eventuales conflictos. De ahí que el protagonismo judicial sea un rasgo típico del neoconstitucionalismo.

## 5. ALGUNAS CONCLUSIONES

*Principia Iuris* constituye la gigantesca construcción teórica del garantismo y representa una de las más estimulantes versiones del constitucionalismo. La filosofía política que late tras la pulcritud formal de su método axiomático recupera y lleva hasta sus últimas consecuencias lo mejor y más ambicioso del programa ilustrado y contractualista que quiso ver en el Estado y en las instituciones unos artificios instrumentales al servicio de lo único reconocido como natural, los derechos de las personas de carne y hueso. Con *Principia Iuris* se perfila, en efecto, uno de los modelos más exigente, minucioso y amplio de unos derechos fundamentales que son la verdadera «razón social» del constitucionalismo democrático y que encarnan otros tantos requerimientos para que el poder y su fuerza, irremediablemente malos y carentes de cualquier legitimación inmanente, presenten un rostro más tolerable o menos tenebroso. Sin embargo, y tal vez como consecuencia de su fidelidad a la Ilustración, hay dos aspectos en los que FERRAJOLI se aleja claramente de las formulaciones neoconstitucionalistas más divulgadas. El primero tiene que ver con a tesis básica del llamado positivismo conceptual: no hay en FERRAJOLI la más mínima concesión ni al neoiusnaturalismo constitucionalista, ni al positivismo incluyente o incorporacionismo (no, al menos, a varias de sus consecuencias), ni, en fin, a ninguna solución de compromiso que pueda sonar a constitucionalismo ético. Por numerosos que sean los contenidos sustantivos (morales) que incorporen las Constituciones como criterios de validez de las normas, por decisivas que sean las consecuencias que ello tiene para nuestra comprensión del Derecho —y creo que nadie como FERRAJOLI ha puesto más empeño en examinar y extraer conclusiones de este fenómeno— la separación entre el Derecho y la moral, siempre externa y crítica frente al poder, queda firmemente asegurada.

El segundo aspecto tiene que ve con la teoría de la argumentación. El garantismo y en general el constitucionalismo suelen ser acusados en Europa de judicialistas, en el sentido de propiciar un control judicial de todos los actos de poder, incluida la Ley, tomando como parámetro los escuetos preceptos constitucionales, no siempre precisos y concluyentes. El déficit de racionalidad y con ello de legitimidad que esto pueda suponer es compensado por buena parte de los enfoques constitucionalistas mediante una compleja y poderosa teoría de la argumentación jurídica[103], en la que acaso depositen más confianza de la debida. Pero no es este el caso de FERRAJOLI: el extraordinario poder de censura que el garantismo deposita sobre los jueces quiere hacerse soportable a través de una visión cognitivista de la interpretación donde el juez está llamado a constatar y, en muy escasa medida, a escoger, valorar o decidir. Las cláusulas materiales de la Constitución y en especial los derechos no le invitan al juez garantista a ponderar pesos y proporcionalidades relativas, ni a realizar juicios consecuencialistas; lo invitan simplemente a subsumir. La ley y los pactos privados limitan nuestra libertad natural, y aquí nada hay que discutir; a su vez, la ley y los pactos vienen sometidos a la barrera infranqueble y «evidente» de los derechos constitucionalizados, y al parecer tampoco hay aquí nada que discutir; y en fin, los derechos se formulan como mónadas aisladas cuyos contornos aparecen perfectamente delimitados desde su enunciado constitucional, y basta con aplicarlos a los distintos supuestos de hecho.

GUASTINI ha llamado la atención sobre el cognitivismo de la concepción garantista de la interpretación y sobre su propósito por reducir al mínimo la discrecionalidad judicial: «tácitamente, hace suya la tesis ilustrada (de Montesquieu y Beccaria) según la cual el poder jurisdiccional sólo puede funcionar como garantía o barrera frente al poder ejecutivo a condición de ser un poder en cierto modo nulo [...] (el juez) no debe tener espacios de valoración u opción [...] debe ser sólo un poder cognitivo *(cognitivismo)* y no un poder decisional *(decisionismo)*»[104]. No cabe duda que un juez empeñado en colmar lagunas y en resolver (o esquivar) antinomias o imbuido de una visión conflictualista de la Constitución y de sus derechos, un juez abierto al género de argumentación y a los cálculos de proporcionalidad que están implicados por el juicio de ponderación, resulta difícilmente compatible con esa visión cognitivista.

Por supuesto, FERRAJOLI no comparte la imagen más ingenua del juez como «boca muda» de la ley o de la Constitución, una imagen nacida en la Ilustración pero divulgada y asumida como dogma por el paleopositivismo. Él es consciente no sólo de la discrecionalidad o subjetividad que acompaña a todo juicio interpretativo[105], sino también del poder de disposición que entraña la denuncia de lagunas y antinomias, es decir, que entrañan los juicios de validez[106]. Sin embargo, esa imagen de «boca muda» creo que

---

[103] Con razón M. ATIENZA ve en el constitucionalismo uno de los factores que explican el desarrollo de la argumentación en las últimas décadas, 2006: *El Derecho como argumentación,* Barcelona: Ariel, p. 18.

[104] R. GUASTINI, 1993: «I fondamenti teorici e filosofici del garantismo», en L. GIANFORMAGGIO (ed.), *Le ragioni del garantismo,* Torino: Giappichelli, p. 53.

[105] La interpretación «comporta siempre, a causa de los márgenes de indeterminación e imprecisión del lenguaje legal, espacios de discrecionalidad interpretativa destinados a ser llenados por opciones y juicios de valor que le confieren una inevitable dimensión prescriptiva», *Principia Iuris,* cit., Introducción, 5, vol. I, p. 21.

[106] Ya en *Derecho y razón,* cit., p. 877, se puede leer que el Estado constitucional «debe admitir paradójicamente un poder de disposición del juez, si no en la calificación de los hechos como delitos, sí en la calificación como inválidas de las leyes que permiten la calificación dispositiva de los hechos como delitos». Con razón M. GASCÓN califica ésta como una «consecuencia aporética» del planteamiento ferrajoliano: el juez que

viene a representar una especie de ideal regulativo. Las funciones públicas, dice FERRAJOLI, pueden dividirse en dos grandes categorías, reconducibles a las dos grandes dimensiones de la producción jurídica: «voluntad y conocimiento, innovación y conservación, disposición y verificación»[107]; si el primer elemento de cada una de esas parejas caracteriza a las funciones de gobierno, el segundo es el rasgo característico de las funciones de garantía jurisdiccional. De ahí que sus fuentes de legitimación resulten opuestas: *auctoritas non veritas facit legem* para las funciones políticas o de gobierno; *veritas non auctoritas facit legem* para las jurisdiccionales.

Queda por plantear una última cuestión que aquí ya no podrá ser desarrollada. Hemos mostrado que el neoconstitucionalismo, o al menos una de sus versiones más influyentes, conjuga el rechazo a dos tesis o enfoques del positivismo situados aparentemente en niveles distintos: el primero relativo a la separación conceptual entre Derecho y moral, y el segundo a propósito de la interpretación y de las posibilidades del razonamiento jurídico. Y hemos mostrado también cómo FERRAJOLI se distancia con más o menos énfasis de esa versión del neoconstitucionalismo. Ahora bien, ¿es posible mantener un riguroso positivismo conceptual, en la línea de FERRAJOLI y, al propio tiempo, aceptar como saludable una teoría de la interpretación y de la función judicial que estimula la aplicación directa de la Constitución (por encima de lagunas y antinomias), los juicios ponderativos y la visión conflictualista que hemos comentado, en la línea del neoconstitucionalismo? ¿Resulta viable defender el punto de vista externo y simultáneamente apelar a una argumentación racional a partir de contenidos sustantivos como forma de mitigar la indeterminación del Derecho, pero también como forma directa de realización del programa constitucional? Creo que buena parte del neoconstitucionalismo respondería negativamente[108], sosteniendo algo así como que la incorporación de valores morales en la cúspide del sistema jurídico y el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución conducen sin remedio a la conexión necesaria entre Derecho y moral, a la primacía del punto de vista interno y al desplazamiento del centro de gravedad en el Derecho de la norma al razonamiento, de la nomodinámica a la nomoestática; como si existiera una inevitable implicación recíproca entre unas cosas y otras. Opino que no es así, que resulta factible (y deseable) mantener la venerable tesis positivista de la separación y, al mismo tiempo, defender el acierto y la fecundidad de la teoría y de la práctica argumentativa emprendidas desde el neocontitucionalismo.

---

pone de relieve las lagunas y las antinomias «goza de facultades potestativas o valorativas que van contra la lógica de la estricta legalidad en cuanto principio que excluye que el juez tenga, aparte de un poder de denotación y connotación, también un poder de decisión», «La teoría general del garantismo», en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli,* cit., p. 29.

[107] *Principia Iuris,* cit., § 12.7, vol. I, p. 876.

[108] En este sentido la inteligente observación de A. GARCÍA FIGUEROA, «Ser o no ser normativo: un dilema para el positivismo jurídico», en E. DIMULIS y E. O. RAMOS DUARTE (eds.), *Positivismo jurídico,* Sao Paolo: Método (en prensa).

# VALORES Y PROBLEMAS DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL COSMOPOLITA *

Alfonso Ruiz Miguel
*Universidad Autónoma de Madrid*

**RESUMEN.** El escrito aborda la propuesta de *Principia iuris* en favor de una democracia cosmopolita, un ideal más fácil de formular que de realizar, al menos en tiempos breves. Antes de ello, se afronta el debate entre FERRAJOLI y ZOLO respecto de la concepción del constitucionalismo cosmopolita defendida por el primero y la afirmación de ZOLO de que tal defensa contiene un inevitable compromiso moral universalista. Se critica la respuesta relativista de FERRAJOLI a la crítica de ZOLO. Luego se argumenta además que, frente a la tesis de FERRAJOLI, su modelo cosmopolita es una versión más del gobierno mundial. Pero el principal problema de la propuesta de FERRAJOLI es su filosofía de la historia, a la vez optimista y apocalíptica, que descuida los enormes obstáculos para, por un lado, la consecución de un efectivo control de armamentos a escala mundial y, por otro lado, el logro de un acuerdo sobre instituciones globales en un mundo caracterizado por la diversidad de perspectivas culturales y morales.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, *Principia iuris*, democracia cosmopolita.

**ABSTRAC.** The paper deals with *Principia Iuris'* proposal for a cosmopolitan democracy, an ideal easy to formulate but difficult to implement (at least in the short run). Preliminarily, I assess the debate between FERRAJOLI and ZOLO as regards to the constitutional and cosmopolitan conception of law defended by the former and ZOLO'S contention that such a defence is unavoidably moral and universalist. I criticize Ferrajoli's relativist answer to ZOLO'S claim. Secondly, I argue that, in spite of FERRAJOLI'S thesis, his cosmopolitan model is nothing but a version of world government. But the main problem of FERRAJOLI'S proposal is its philosophy of history, both optimistic and apocalyptical, lenient about the huge obstacles for, on the one hand, the accomplishment of an effective world weapons control, and, on the other, the agreement upon global institutions in an international scenario characterized by the coexistence of a diversity of cultural and moral outlooks.

**Keywords:** FERRAJOLI, *Principia Iuris*, cosmopolitan democracy.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

## 1. INTRODUCCIÓN

*Principia iuris*, la nueva y magna obra de L. FERRAJOLI, permite proseguir una conversación iniciada entre nosotros ya hace algún tiempo y abrir también nuevos temas [1]. Así corresponde al trabajo en progreso de prácticamente toda una vida que, además de continuar en lo fundamental el propósito y el método de su mayor libro anterior, *Diritto e ragione*, ha venido a recoger y recomponer sistemáticamente los distintos hilos conductores de sus numerosos escritos posteriores, algunos de ellos en polémica inmediata con las respuestas teóricas a aquel libro y algunos otros en discusiones teóricas encadenadas después.

A través de una sistematización con vocación de plenitud y rigor formal, la nueva obra es la revisión de los principales temas de preocupación de FERRAJOLI, que vuelven recursivamente, a veces incluso a lo largo del propio libro y que, en lo esencial, por encima de los múltiples matices y enriquecimientos, tiene el doble propósito de justificar, como contenidos sustantivos, la paz y los derechos fundamentales (liberales, civiles, políticos y sociales) y, como forma de organización jurídica, la superación de la soberanía estatal tanto mediante las limitaciones constitucionales de la democracia como de la extensión de ese modelo a escala cosmopolita.

Si, en fin, tuviera que resumir en otros dos rasgos el espíritu que atraviesa *Principia iuris* y en realidad toda su obra, añadiría que subyace en ella una doble creencia en la razón de clara impronta ilustrada, que admiro aunque no estoy seguro de compartir hasta sus últimas consecuencias: de un lado, una ferviente fe en la razón formal, lógica y sistemática, diría que hoy reconocidamente fuera de época en el pensamiento filosófico, también en el filosófico-jurídico, y de otro lado, una sólida y muy optimista voluntad de que es sobre todo la razón jurídica —contra la propia oposición de FERRAJOLI, creo que inevitablemente inspirada en una razón moral, pero volveré sobre esto enseguida— la que puede garantizar un futuro pacífico y digno a la humanidad.

En esta intervención quiero centrarme en lo que me parece el principal problema de la propuesta conclusiva de *Principia iuris* de un constitucionalismo cosmopolita, y no tanto porque me encuentre en radical discrepancia con ella como porque su claridad y su linealidad, a veces ingenua, me pone frente a un cierto espejo en el que aparecen mis propias ansiedades y dudas, que he tendido a resolver con una actitud diferente, menos confiada y por ello, quizá, más crítica hacia soluciones aparentemente fáciles pero prácticamente imposibles.

Pero antes de llegar a esa especie de purga de mi propio corazón, que toca a la escatológica cuestión de nuestra filosofía de la historia, me parece necesario intentar acla-

---

[1] Me refiero a mis escritos «Democracia, jueces y derechos», en *Revista de Libros*, núm. 42, junio 2000, pp. 1113 (recensión a L. FERRAJOLI, 1999, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, trad. de P. Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid: Trotta); y «Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista», en M. CARBONELL y P. SALAZAR, 2005, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid: Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 211-232.

En adelante, mientras no se diga otra cosa, tanto en las notas como en el texto, las citas se refieren directamente al volumen 1 o 2 y a la correspondiente página de la versión original italiana de *Principia iuris.*

rar y despejar dos perplejidades previas sobre el carácter y el alcance de la misma propuesta conclusiva de FERRAJOLI, dos perplejidades que proceden de las negaciones explícitamente avanzadas por él mismo. La primera afecta a la cuestión de si, contra su clara e insistente afirmación, no estamos ante una abierta y genuina propuesta moral. La segunda, también frente a una repetida denegación por su parte, plantea si la propuesta final no es y no tiene más remedio que ser en realidad, más allá de matices no decisivos, la tradicional solución del Estado o gobierno mundial.

## 2. UNA PRIMERA PERPLEJIDAD: ¿NO SE TRATA DE UNA PROPUESTA MORAL?

En el § 16.18 de *Principia iuris,* frente a una crítica de D. ZOLO, FERRAJOLI emprende una sorprendente defensa de su modelo que me parece francamente distorsionadora, sobre todo porque insiste en una vieja línea de argumentación que parecía ya superada en la revisión afrontada en otros momentos de esta nueva obra. ZOLO había puesto de manifiesto que el constitucionalismo cosmopolita tiene como presupuesto la «doble creencia en la naturaleza moral del hombre y en la unidad moral del género humano» propia de la tradición del iusnaturalismo clásico y después racionalista, y en particular del punto de vista kantiano. A mi modo de ver, ZOLO tiene plena razón en el diagnóstico y yerra en su pretensión crítica relativista, y no sólo en relación con el constitucionalismo cosmopolita, sino en general con el modelo de democracia constitucional propuesto en la segunda parte de *Principia iuris*. Yo no veo nada malo en el universalismo bien entendido, sino todo lo contrario, y me parece que FERRAJOLI también yerra cuando acompaña a ZOLO en su relativismo ético y le concede mucho más de lo que debería.

ZOLO tiene toda la razón, a mi modo de ver, en que la creencia en los derechos humanos y la defensa de una convivencia pacífica a través de un sistema democrático liberal-social, sobre todo en modelos tan densos y exigentes como los propuestos por FERRAJOLI, son incomprensibles si tales propuestas no se mantienen desde un conjunto de criterios *morales* considerados *universalmente aceptables*. Porque, en efecto, una defensa del constitucionalismo y de los derechos fundamentales como la de FERRAJOLI no se puede formular más que mediante unos criterios de justicia basados en una posición moral que es doblemente universalista: en la pretensión y en el contenido.

En la pretensión, como conjunto de creencias que necesariamente han de ser postuladas como suficientemente fundadas y, por tanto, como éticamente *aceptables para cualquier persona*, hasta el punto de serle al menos jurídicamente exigibles aun cuando de hecho no los acepte (de lo contrario, ¿por qué se proponen como modelos normativos para una apropiada o suficientemente justa regulación de la convivencia humana?, ¿y por qué se adoptan como modelos exigible para el paradigma jurídico considerado más evolucionado y garantista?). Y en el contenido, en cuanto que los derechos humanos y la previsión de sus garantías mediante el paradigma constitucionalista se presentan como un conjunto de criterios normativos que deberían ser aplicables a todos los seres humanos en cuanto titulares de los derechos y sujetos de los correspondientes deberes necesarios para disfrutar para una convivencia en paz y libertad.

Sin entrar aquí en todos los detalles de la respuesta de FERRAJOLI[2], que a veces parece preocupado sobre todo por no ser confundido con los defensores de las intervenciones bélicas para extender los derechos humanos y la democracia, destacaré únicamente cómo en esa respuesta resulta fundamental un argumento a mi modo de ver francamente distorsionador. Y no sólo distorsionador, sino que también parecía claramente superado y desmentido en argumentaciones de otros pasajes del mismo *Principia iuris*. Me refiero a la idea de que «[e]l universalismo de los derechos humanos es en suma solamente un universalismo jurídico, ligado a su forma universal como derechos expresados por normas téticas», configurando así «una universalidad de tipo lógico» (2: 568 y 569; *cfr.* también 2: 58, 61 y 66, así como § 15.2).

Esta recuperación de la idea de que la definición de los derechos humanos es meramente teórico-formal, y por tanto convencional y ajena a compromisos ideológicos o morales, que sigue apareciendo, en efecto, como elemento importante de la teoría jurídica formalizada en la primera parte de *Principia iuris*, parecía sin embargo que había quedado claramente superada en páginas anteriores y posteriores, y con buenas razones. En páginas anteriores, cuando él mismo propone abiertamente una definición de constitución (democrática) no sólo estructural, sino también axiológica o normativa, es decir, basada en derechos que remiten a valores de justicia, los cuales no pueden ser sino morales en cuanto pretendidos como universalmente aplicables y aceptables —*aceptables*, insisto, y no necesariamente *aceptados* por consenso universal, que esa es una cuestión de hecho, claramente irrelevante por sí sola como fundamento moral— (*cfr.* 1: 890). Y luego, en los últimos epígrafes de la obra después, por las advocaciones al «sentido común» y la «razón política y jurídica» o, sin más, a la razón, que, puesto que se estima un criterio último justificado, resulta obligado concluir que ha de tratarse de una razón moral.

Antes de entrar en el fondo, voy a dejar a un lado la disputa sobre si los criterios morales son objetivamente cognoscibles o no, una disputa en la que las etiquetas y las tomas de partido epistemológicas nos impiden ver la verdadera naturaleza de lo que se discute y que en realidad es irrelevante en una discusión de ética normativa. Para verlo brevemente basta comentar un texto del propio FERRAJOLI: «la teoría garantista del Estado constitucional de Derecho, precisamente porque se basa en la separación laica entre Derecho y moral, no sólo no supone sino que ni siquiera exige, ni debe exigir, la adhesión a los valores ético-políticos jurídicamente establecidos en él. No sólo no la impone, sino que impone no imponerla. Hasta el punto de que es lícito sostener que una razón moral no secundaria para adherirse a la ética de los derechos fundamentales subyacente al Estado constitucional de Derecho reside en el hecho de que no exige ninguna adhesión moral» (2: 61).

[2] Así, dejo a un lado la réplica de que los derechos humanos no son de hecho universalmente compartidos («no existe ni una ontología ni un acuerdo universal sobre los derechos»: 1: 567), que, aunque indiscutible como hecho, es también claramente irrelevante desde un punto normativo, como bien sabe FERRAJOLI, que es un excelente crítico y detector de falacias naturalistas. Como tampoco me resulta convincente la distinción entre «la supuesta universalidad de la *doctrina* de los derechos humanos, en vez de los *derechos* mismos» (1: 568), en la medida en que tales derechos no se pueden justificar más que en alguna doctrina, entendiendo por tal una serie de criterios y razones trabados entre sí y que se pretenden fundamentados; naturalmente, hay diferentes doctrinas, que dan lugar a la defensa de distintas listas de derechos y de su respectivo alcance, pero quien, como hace FERRAJOLI, defiende ciertos derechos básicos no puede dejar de hacerlo desde una determinada doctrina moralmente comprometida.

Ahora bien, la tesis que impone no imponer la moral, si apelamos a la metaética de FERRAJOLI, ¿no es ella misma «una tesis moral, y como tal, para quien rehúya del cognoscitivismo ético, remitida a las opciones morales de cada uno»?, ¿no tiene, por tanto, el mismo carácter que el «universalismo en sentido axiológico» que él critica como propio del cognoscitivismo ético? (*cfr.* 2: 58). Si la moral, toda moral, es sólo una opción personal, tan poco apoyo tiene tal universalismo como las razones morales subyacentes a la teoría garantista o, en fin, la ley del más débil. En consecuencia, o el argumento anticognoscitivista sirve para todos los casos, y entonces FERRAJOLI está en apuros lógicos porque ha de aplicarse a sus propias tomas de posición moral, o bien no es un buen argumento por sí solo contra ninguna posición de ética normativa.

La cuestión de fondo es que para FERRAJOLI los derechos humanos operan como un criterio que él considera lo suficientemente fundado y último en sus líneas generales como para ser defendido y propuesto como un modelo aplicable en cualquier sistema jurídico y, más todavía, para toda la humanidad a través de un sistema jurídico cosmopolita. Se compartan o no (y yo personalmente tiendo a compartir su sustancia, pero eso es indiferente ahora), desde el propio punto de vista de FERRAJOLI, que es el que estoy considerando aquí, se trata de criterios de justicia lo bastante sólidos y fundados en razones como para servir de modelo universal, tanto para la propuesta normativa como para el contraste crítico, y eso sobra y basta para considerarlos sus criterios morales racionales para la organización jurídico-política. Que el objeto de tales criterios sea tal forma de organización no los libra del universalismo moral para remitirles exclusivamente a un «universalismo jurídico» moralmente descomprometido.

Tengo la impresión de que, además del prejuicio anticognoscitivista, la expresa y tajante negativa de FERRAJOLI a aceptar el «universalismo moral» se funda en una idea cuya ambigüedad puede jugar malas pasadas. Se trata de la creencia de que la pretensión de que cualquier idea o doctrina, incluida la de los derechos humanos, deba ser universalmente aceptable es «una pretensión iliberal» y, por tanto, para él inadmisible (se entiende que moralmente), hasta el punto de afirmar que «es precisamente porque no son (ni tampoco es legítimo pretender que sean) compartidos moralmente por todos por lo que estos derechos han sido estipulados jurídicamente para garantía de todos» (2: 568; *cfr.* también 2: 61)[3].

Ahora bien, si es indudable que pretender inculcar por la fuerza cualesquiera criterios morales *en el foro interno* sería en efecto ilegítimo desde un punto de vista liberal, porque la única manera aceptable de intentar cambiar las convicciones ajenas es a través de la persuasión con buenas razones, ese argumento no vale para la imposición jurídica, en último término por la fuerza, de las *conductas conformes* con los criterios de justicia que uno considera válidos, sea mediante impedimentos físicos para impedir que se violen, sea mediante sanciones frente a una violación ya ocurrida. Y ello porque tal imposición necesariamente se ha de presentar por quien la propugne como criterio decisivo universalmente aceptable para todos, incluidos los sancionados (que es lo que

[3] No deja de llamar la atención el uso del lenguaje descriptivo como conclusión de la frase («...han sido estipulados jurídicamente»), cuando lo que ahí exige la argumentación es un lenguaje prescriptivo, del tipo «puesto que *no es legítimo* pretender que sean compartidos moralmente, tales derechos *deben ser* estipulados jurídicamente». El que hayan sido jurídicamente estipulados es un mero hecho que no fundamenta nada, sino que resultará justificado o no según se acepte o no el criterio de la ilegitimidad de la pretensión de imponer la moral.

formalmente se denomina criterio moral por lo menos desde KANT), so pena de tener que aceptar que impone por la fuerza un criterio sin justificación suficiente.

La justificación de la imposición jurídica de «un cierto número de derechos vitales» para todos los seres humanos —justificación que no excluye presupuestos fácticos auxiliares como que los hombres son tendencialmente inmorales, que están divididos en sus valores, creencias e intereses y, en fin, que son diferentes entre sí, presupuestos que para nada impugnan el universalismo moral como pretensión normativa aceptable para todos y predicable de todos (*cfr.* 2: 569)— no puede ser meramente teórico-conceptual ni derivar de una convención lingüística que propone una simple universalidad de tipo lógico, sino que exige toda la fuerza de convicción de nuestros criterios morales universalmente aplicables. En definitiva, la imposición de ciertos criterios y normas por la fuerza, que es la *ultima ratio* de cualquier sistema jurídico, no puede defenderse, proponerse o justificarse como exigencia de la lógica de una teoría o de un concepto previamente estipulado, al menos si esa teoría o ese concepto no se consideran además moralmente correctos y exigibles. Y que tal imposición esté y deba estar moralmente justificada en ciertos casos, y por tanto ser presupuesta como universalmente aceptable, es algo perfectamente distinguible de la injustificada pretensión de inculcar por la fuerza o la manipulación la adhesión moral a dichos criterios[4].

Conforme a la argumentación anterior, el modelo de democracia constitucional propuesto por FERRAJOLI no sólo *debe* (moralmente, desde su propio punto de vista) recoger derechos fundamentales en el sentido formal o meramente lógico de que universalicen a los sujetos —lo que también hacían las Leyes Fundamentales de Franco, sin duda no democráticas, al igual que la Constitución americana regula como formalmente fundamental en términos de FERRAJOLI el derecho a portar armas, para él mismo sustantivamente (es decir, moralmente) injustificado—, sino los derechos fundamentales axiológicamente justificados, que son los que componen el denso y jerarquizado modelo propuesto en *Principia iuris*. Un modelo, además, si se me permite la simplificación, que se deja resumir en la fórmula ético-política de una socialdemocracia prácticamente perfecta, de contenidos muy densos, llena de exigentes y bien descritos derechos, también sociales, que limitan severamente el libre mercado; una socialdemocracia con dos rasgos fundamentales: uno, *republicana* —en el sentido del republicanismo de ROUSSEAU y MONTESQUIEU, económicamente frugal y con pocas diferencias entre ricos y pobres— y, dos, *liberal*, en el sentido político y no económico de limitar y vincular los derechos fundamentales mediante la rigidez constitucional y el control judicial de las leyes.

A partir de la aceptación del anterior modelo de democracia constitucional, básicamente moral, se puede explicar también como últimamente basada en criterios morales la acabada construcción de FERRAJOLI sobre la diferencia entre derechos y garantías, y entre vigencia y validez, que sirven para la construcción como principios

[4] El tema queda así desbrozado en sus aristas más netas, pero deja espacio para la ulterior discusión sobre si entre la imposición por la fuerza y la mera indiferencia el Estado democrático no puede legítimamente, y hasta debe, fomentar la cultura moral de los derechos y de la propia convivencia democrático liberal. Aunque FERRAJOLI no se pronuncia sobre el tema de la educación de los jóvenes, parecería que su posición general es más republicana que liberal en la cuestión general, dada su defensa del «amor propio» como condición y a la vez resultado de la solidaridad social propiciada por la garantía de los derechos fundamentales (*cfr.* 2: 64 y 100, así como la significativa cita de MONTESQUIEU de la nota 118).

normativos *iuris tantum* (es decir, no del Derecho, sino impuestos por el teórico al Derecho mismo) de la unidad, la coherencia y la plenitud (*cfr.* 1: 444). Así como carecería de todo interés la denuncia de las eventuales lagunas en las garantías primarias y secundarias del derecho individual a portar armas, el modelo democrático normativamente defendido por FERRAJOLI tiene derechos que para él es moralmente obligatorio desarrollar jurídicamente, como, entre otros, el derecho a la supervivencia mediante una renta básica, el derecho al trabajo o a la salud, etc.

El mismo impulso moral está detrás de la paralela denuncia de los últimos capítulos por la falta de garantías primarias y secundarias en el orden internacional creado por la Carta de Naciones Unidas en aras de la paz y la seguridad internacional. Aunque personalmente tengo fuertes reservas sobre la oportunidad y hasta la viabilidad teórica de todo ese planteamiento, que entre otros varios problemas soslaya la siempre compleja cuestión del papel y el alcance del principio de efectividad, tanto en los derechos estatales como en el internacional, lo que me interesaba subrayar aquí es que detrás de él subyacen claros criterios morales, por lo demás de clara raigambre ilustrada y universalista.

## 3. UNA SEGUNDA PERPLEJIDAD: ¿NO SE TRATA DE UN GOBIERNO MUNDIAL?

Mi segunda perplejidad procede de la insistencia varias veces repetida en los últimos capítulos de que el modelo de democracia constitucional internacional que allí se propone no es el de un Estado o gobierno mundial. Entre las razones que para ello se van aduciendo en *Principia iuris* figuran las siguientes como fundamentales: que el de Estado es un concepto asociado a una noción fuerte de soberanía, como ilimitación del poder, incompatible con un sistema constitucional democrático liberal; que el peso dominante de tal orden cosmopolita estaría en las instituciones de garantía y no en las de gobierno; que las fuentes de la constitución cosmopolita propugnada no estarían jerarquizadas ni sometidas a un centro, de modo que más bien operarían en red; y, en fin, que se trataría de una «federación en sentido estricto» que sobrepasaría el mero acuerdo de la «confederación», como mero producto de un acuerdo reversible para fines limitados, pero sin llegar a ser un «Estado federal», que mantiene instituciones de gobierno unitarias (*cfr.* esp. §§ 12.19 y 16.1516.16).

Para dejar a un lado discrepancias que puedan ser meramente terminológicas, destacaré algunos aspectos sustantivos en la propuesta de democracia cosmopolita de FERRAJOLI que creo que desmienten la superación del modelo del gobierno mundial, el cual, por lo demás, procede de una larga tradición ilustrada que tiene entre sus propulsores a KANT, dentro de una cierta oscilación, y en nuestros días ha llegado hasta HABERMAS o BOBBIO. Es interesante detenerse un momento en la ambigüedad de KANT, de la que *Principia iuris* sólo recoge la versión más exigente: el ideal de una «*asociación* universal *de Estados* (análoga a aquella por la que el pueblo se convierte en Estado)»[5],

[5] *Metaphysik der Sitten*, I, § 61, p. 190. La idea de tal asociación, que KANT proyecta idealmente hacia el futuro, está más cercana a las actuales Naciones Unidas (aunque no llegan a ser un Estado) que a la *civitas maxima* de WOLFF, que éste construyó como hipótesis para dar cuenta del Derecho internacional de su época.

que en realidad KANT termina desechando por indeseable e irrealizable para defender el modelo de una confederación de Estados republicanos que por su libre voluntad, que también podrían retirar, decidan someterse a una ley común[6]. Es significativo que esta segunda forma, aproximadamente reflejada en la actual Organización de Naciones Unidas, haya sido la defendida por RAWLS, bien lejano de la idea de un gobierno mundial, mientras que HABERMAS, BOBBIO y, a fin de cuentas, FERRAJOLI, se inclinen por la segunda forma, aunque éste quiera insistir en que no se trata de un Estado mundial.

Ciertamente, y bajo el principio de subsidiariedad, FERRAJOLI no pretende que desaparezcan los actuales Estados y sus eventuales sistemas de descentralización en Estados federados y de centralización en posibles macro-Estados federales al modo de una eventual Unión Europea más unitaria. Y es cierto también que en un momento dado —entre muchas páginas que, no sin provocar en mí algo de vértigo, se detienen en detalladas discusiones sobre las muchas e importantes competencias del ordenamiento internacional cosmopolita— se niega a plantearse el problema de los derechos políticos y del posible papel del criterio «una persona, un voto» en un hipotético parlamento internacional, al que ya no existen más alusiones en el libro. Y sin embargo, en el orden constitucional cosmopolita de *Principia iuris* aparecen los elementos más decisivos del Estado, y en especial el monopolio de los armamentos por unas fuerzas internacionales que deberían sustituir a los ejércitos estatales (aunque no a las fuerzas de seguridad) y un sistema fiscal que permita garantizar los derechos sociales básicos[7], que son el punto reconocidamente difícil pero prioritario a través del cual se propone romper el círculo vicioso de la garantía internacional de los derechos a nivel global (dicho sólo entre paréntesis, no queda resuelto qué órgano internacional aprobaría los tributos para tal fin, pero junto a la elusión del parlamento cosmopolita parece quedar también olvidado el viejo principio de «no taxation without representation»).

Si se tiene en cuenta que un ejército permanente reclama un poder ejecutivo y que la gestión de los impuestos y de los derechos sociales universales demanda un nutrido aparato burocrático, sólo falta la moneda —hoy de importancia menor— para contar con los rasgos de contenido tradicionalmente asociados al nacimiento del Estado moderno. El argumento de que un sistema internacional dotado de instituciones de garantía no equivaldría a un Estado mundial porque éste se caracteriza sobre todo por las instituciones de gobierno (*cfr.* 2: 549 ss.) plantea el problema de cómo hacer efectivas y duraderas unas instituciones de garantía tan densas y poderosas sin instituciones de gobierno suficientemente fuertes. Sin instituciones de gobierno globales, me temo que se quedaría muy corto el exabrupto del presidente Jackson ante una decisión del Tribunal Supremo presidido por Marshall que no le gustó: «he has made his decisión, now let him enforce it».

---

[6] Para una matizada y convincente interpretación de estas oscilaciones de KANT remito a T. MCCARTHY, «On Reconciling Cosmopolitan Unity and National Diversity», en P. DE GREIFF y C. CRONIN (eds.), *Global Justice and Transnational Politics. Essays on the Moral and Political Challenges of Globalization*, Cambridge (Mass.)-London: The MIT Press, 2002, pp. 242-252.

[7] Sobre la necesidad de un fisco mundial, *cfr.* 2: 595. No obstante, en 2: 552 se defiende la «imposición de un resarcimiento» o «indemnización» por el uso de los bienes comunes de la humanidad que sin duda podría ser acordado mediante un pacto de los distintos Estados de modo similar a como se han asumido obligaciones e indemnizaciones por los costes ecológicos inducidos por las industrias contaminantes.

Resulta difícilmente pensable que una constitución cosmopolita tan exigente como la propuesta en *Principia iuris*, y cuya validez no dependería de la mera y constante voluntad confederada de los distintos Estados, no necesite que sus instituciones de garantía, como la Corte Penal Internacional o la «jurisdicción de constitucionalidad sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad» (2: 552), sean respaldadas por eficaces instituciones de gobierno. Por lo demás, en realidad no faltan en *Principia iuris* distintas referencias a la necesidad de alguna institución de gobierno, siendo especialmente destacable la propuesta de reforma del propio Consejo de Seguridad para suprimir el desigualitario poder de veto de los cinco grandes (*cfr.* 2: 577578).

¿Qué papel pueden cumplir en el anterior diseño las formas de organización en red, llamadas a superar el «tradicional sistema centralizado y jerarquizado de fuentes y de instituciones que es propio del Estado nacional, aunque sea federal»? (2: 581). Aunque este asunto requeriría mucho más elaboración, diré un tanto expeditivamente que si los acuerdos en red pueden en efecto resolver problemas de coordinación y avanzar en pautas de cooperación y convergencia entre distintos Estados, resulta mucho más difícil, si no imposible, que sirvan por sí solas, esto es, sin un legitimado y eficaz aparato centralizado por encima de las partes, para establecer y mantener en vigencia acuerdos en áreas de intereses en conflicto, como lo son tanto las relativas a los armamentos y su disponibilidad como último recurso cuanto las relativas a distribución y redistribución de los recursos, es decir, las dos áreas en las que según FERRAJOLI más necesario es desarrollar el orden global cosmopolita[8].

Se llame como se llame, en fin, el «paradigma de una democracia liberal cosmopolita» (2: 588), que garantizaría una ciudadanía mundial no sólo liberal sino sobre todo social, me parece nada más que otro nombre para nombrar un gobierno mundial, que no deja de serlo porque se le añadan los dos rasgos ideales de ser democrático-liberal y federalizante-descentralizado: tal Estado es conceptualmente indistinguible de los clásicos Estados federales salvo en el detalle menor de que tiene un carácter meta-federal, pero con poder originario y similares competencias a las de los actuales Estados federales. De no ser así, me temo que el extraño híbrido de un «federalismo en red» que no es ni Estado federal ni confederación si no está destinado a ocupar un tercer género sólo existente en el cielo de los conceptos jurídicos, sería sin más, contra lo pretendido por FERRAJOLI, una confederación sin una organización jurídica originaria y suficientemente sólida y estable.

## 4. EL PROBLEMA: ANTES DEL OPTIMISMO METODOLÓGICO

Hasta aquí me he mantenido en una crítica predominantemente interna a algunas de las propuestas de *Principia iuris*. Ahora, para ir concluyendo, quisiera salirme un poco del corsé de las propuestas más o menos concretas para considerar el sentido ge-

[8] Sobre el tema de las redes, con un planteamiento muy favorable y optimista a ellas a la vez que opuesto a un gobierno mundial centralizado, véase A. M. SLAUGHTER, *A New World Order* (Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2004), que, con todo, no deja de aceptar los límites que he indicado en el texto (*cfr.* pp. 32, 207210 y 270).

neral, la filosofía de la historia, del conjunto del modelo teórico ofrecido por L. FERRAJOLI. Advierto que, aunque no se trata de una crítica interna en el sentido de hecha desde dentro de su propia doctrina, sí es en buena parte una crítica interna en el sentido de hecha desde una filosofía de la historia que, a grandes rasgos, comparte un diseño y unos principios fundamentales muy similares. Salvo que yo, quizá mucho más cercano al ánimo contradictorio de un Michel de MONTAIGNE que al espíritu de sistema, me siento a veces tentado de oscilar, sobre todo en la práctica, hacia una filosofía de la historia alternativa.

Dentro de los distintos modelos de filosofía de la historia que merecen discusión quisiera destacar aquí dos que tienen en común el no poder dejar de compartir lo que denominaría un esencial falibilismo, que pone el futuro del hombre bajo el signo de la posibilidad excluyendo cualquier necesidad prefijable. Me refiero a la profunda conciencia, hoy relativamente común, de que el futuro de la humanidad no está garantizado y, por tanto, a la colocación de la propia filosofía de la historia en términos puramente condicionales: si... ocurre (o, mejor, no ocurre) tal y tal cosa, entonces *puede* que la humanidad (o la civilización) continúe sobre la tierra. Quiero insistir en que se trata de una conciencia sólo *relativamente* común, pero en absoluto generalizada, ante todo por la pervivencia de creencias religiosas que aseguran un camino a la trascendencia, sea sólo individual o también general a través de un juicio final con redención de los justos. Pero también porque aún quedan restos, a veces dentro de quienes no tenemos esas creencias, de esa versión especular, aunque laica e inmanente, primero ilustrada y luego positivista pero también hegelo-marxista, que dio en creer en un progreso garantizado con un final feliz y perdurable de la historia. Es claro que hoy los riesgos nucleares y ecológicos no permiten mantener esa confianza, y ello aún sin contar con la eventual posibilidad de accidentes fatales hoy imprevisibles ni con la certidumbre de la ciencia actual sobre la mortalidad de la especie, con el apagamiento del sol, al larguísimo plazo de 4.000 millones de años. Voy tan lejos porque me parece bueno tener presente que somos mortales también como especie, pero no quiero salirme del horizonte más cercano y previsible, el que va de nosotros mismos a unas pocas generaciones más, en el que si la extinción no parece inevitable tampoco la supervivencia resulta garantizada.

Pues bien, dentro de las filosofías de la historia falibilistas, el modelo de L. FERRAJOLI, que yo he tendido siempre a compartir en abstracto, es el que denominaría apocalíptico-optimista. Su esencia está en la formulación de la siguiente hipótesis probabilística y alternativa: o bien logramos establecer un apropiado control internacional de armamentos (y quizá también de la población mundial y de la relación con la naturaleza) o bien es poco probable que la especie humana, o al menos la civilización, pueda sobrevivir por mucho tiempo. En contraste, siempre dentro de esas filosofías de la historia laicas, un modelo distinto del que tal vez no es fácil prescindir en concreto es el que llamaría integrado-resignado, que vendría a formularse en esta otra hipótesis, igualmente probabilística pero con un cambio de acento en la alternativa: si los hombres continúan siendo como hasta ahora siempre han sido, con sus muchos vicios y limitaciones, no es tan improbable que por caminos insospechados vayan encontrando la forma de irse apañando, pero si no fuera así, habría que dar la razón a M. MENDELSON frente a KANT y reconocer que la aventura de la humanidad no dejaría de tener el justo final que una especie como la nuestra merece.

Como es fácil de ver, la suposición común a los dos modelos anteriores de que el futuro no está escrito y de que la humanidad tiene abiertas distintas posibilidades, dadas las incertidumbres sobre esas posibilidades, permite fácilmente, o al menos así me ocurre a mí, dudar entre ambos modelos e incluso la transición de uno a otro. Ante ello, lo que más me ha llamado la atención en el último capítulo de *Principia iuris* es la tajante y estricta opción por el modelo apocalíptico-optimista, dentro del que cabe a la perfección la alternancia entre la persistencia de un despiadado realismo, incluso pesimista, en la crítica a las crisis y tendencias del presente[9] y, a la vez, la optimista confianza en la razón jurídica y política como tabla de salvación de la temida catástrofe final.

En esa alternancia, las propuestas sobre los fines son claras, contundentes y, tomadas como ideales regulativos, difícilmente discutibles para quien comparta los presupuestos morales kantianos y, más en general, del racionalismo iusnaturalista e ilustrado. Pero lo que puede producir insatisfacción es la simultánea y total desconsideración de los medios que deberían servir para acercarse a tales fines. Cuidado, porque no pretendo reprochar el que un filósofo no se ocupe de ofrecer en detalle soluciones técnicas a las ingentes dificultades económicas, políticas y sociales de los gravísimos y masivos problemas de la humanidad que están en juego. No es ese su oficio ni su tarea. Pero sí forma parte de su oficio y su tarea hacerse algún cargo de esas dificultades instrumentales y ponerlas de manifiesto, tener en cuenta que no basta proponerse hacer el bien para que éste sea hecho; que, con A. FERGUSON y la Ilustración escocesa, muchas e importantes instituciones son el resultado de los actos pero no de los designios humanos; que, con M. WEBER, quien cree que de lo bueno sólo puede resultar el bien y de lo malo sólo el mal es políticamente hablando un niño; que la probabilidad a corto y medio plazo de que los distintos Estados, y no sólo por causa de los más fuertes y más ricos, puedan ponerse de acuerdo en dar pasos mínimamente serios hacia un control internacional efectivo es tan remota que roza la imposibilidad; en fin, que atribuir todas las culpas a la gran superpotencia o al racismo de los países ricos y contar sólo con la buena voluntad de todos olvida la lección sobre los límites de la benevolencia del carnicero, el cervecero y el panadero[10].

Dos breves y obvias observaciones pueden servir para ilustrar el sentido de mi insatisfacción en este punto. Primera, ante el problema del control internacional de los armamentos, llama la atención que un buen conocedor de HOBBES no afronte el problema de cómo se puede superar la evidente situación de dilema del prisionero en la

[9] *Cfr.,* a modo de ejemplo, sus consideraciones sobre la «dificilísima» recomposición del Derecho (1: 449), sobre el liderazgo mundial de los países más ricos y la sumisión de sus fuerzas progresistas a las políticas neoliberales (2: 546) o sobre el círculo vicioso por el que «hoy no es posible una fundación de la democracia internacional sin una refundación de interna de nuestras democracias occidentales» y a la inversa (2: 557). Y, por cierto, que, como tantas veces en la crítica de izquierda, este descarnado realismo en el diagnóstico no deja de acompañarse de un desarmante simplismo en las soluciones, como cuando se afirma que las fuerzas progresistas «están en crisis porque la única política que deberían perseguir en coherencia con sus principios tradicionales debería hacerse cargo, incluso contra los intereses de sus electores, de los problemas del hambre y de la miseria en el mundo...» (2: 546). Pero para quien es realista, ¿no es de temer que las políticas «contra los intereses de sus electores» reduzcan el número de votantes de tales políticas? ¿no es explicable, y casi inevitable, que los partidos se ajusten lo más posible a los intereses de sus votantes?

[10] Para algunas opiniones en mi opinión excesivamente sumarias sobre Estados Unidos como principal obstáculo para el constitucionalismo cosmopolita o sobre la tolerancia de Occidente hacia la pobreza como racista, *cfr.* 2: 525-6 y 544.

que se encuentran los distintos Estados, y no sólo los más desarrollados, para salir del estado de naturaleza internacional y, en el caso de que pudieran hacer el consiguiente pacto, para mantenerlo después duraderamente. Yo no veo forma de sortear este obstáculo y no sólo por ahora, sino por mucho tiempo en el horizonte previsible, al menos si una astucia de la razón no lo remedia por una vía más o menos inesperada. Salvo esa remota cautela, podemos saber que dicho control es prácticamente imposible de establecer y que no lo veremos ni nosotros, ni nuestros hijos ni los hijos de nuestros hijos[11]. O por citar otro ejemplo entre muchos, piénsese también en las enormes dificultades para la superación de la pobreza en muchos países del mundo, frente a la que las «ayudas» son sin duda un mero paliativo insuficiente.

Segunda observación, lo que el propio FERRAJOLI denomina las «subjetividades excluyentes», basadas en las diferencias religiosas, nacionales, culturales, etc., no son simplemente, que también lo son, creencias alternativas y moralmente objetables al ideal de la humanidad como único sujeto colectivo que admite plurales subjetividades incluyentes. Son, además, formidables obstáculos de hecho, diría que de momento y por mucho tiempo insuperables, para una propuesta mínimamente realista de aquel sujeto universal. Y frente a ello no me resulta convincente remitir a un realismo a largo plazo —cuando a la vez se afirma que tenemos tan poco tiempo—, que sería el único realismo admisible pero cuyo logro se deja en parte en la agregación de movimientos reivindicativos de los oprimidos y sus aliados y en parte en la buena voluntad de todos.

Porque, me temo, a falta de Bastillas y Palacios de Invierno en nuestro mundo globalizado, tras las algaradas de Davos o de Génova, cada cual se vuelve a su país dejando que los insustanciales papeles de los dirigentes se olviden entre los cristales rotos de los más radicales de los insurgentes. La pregunta no respondida es: ¿cómo agregar oportunamente un movimiento social mundial? En realidad, nosotros mismos, que aquí y ahora y de tanto en tanto nos preocupamos de los graves problemas que acucian a la humanidad y a la historia, cuando luego tomamos el café, comemos con los amigos o volvemos a casa y nos sentamos en nuestro sillón, hablamos de los temas cotidianos tantas veces triviales y hacemos las cosas poco trascendentes de todos los días. Seguramente, en parte porque, como decía Francisco Murillo, un sabio sociólogo de la política, el hombre es «animal de cercanías» (que en España evoca la diferencia entre los trenes de cercanías y los de largo recorrido) y en parte también porque, como dijo el historiador inglés y líder antinuclear Edward P. Thompson, la gente no es capaz, no somos capaces, de aguantar mucha realidad.

Para terminar, sólo tengo, junto a una excusa, una moraleja para esta purga de mis propias obsesiones e inseguridades a partir de la relativa lejanía que he podido sentir de los capítulos conclusivos de nuestro libro. La excusa es que me ha parecido necesario decir honestamente lo que debo, esto es, lo que creo y no lo que me gustaría creer, ante el excesivo detalle sobre los fines diseñado en los capítulos finales de *Principia iuris*, que me han suscitado la creciente insatisfacción que produce el tomar los deseos por la realidad. La moraleja podría ser que para mantener la «esperanza de tiempos me-

[11] Sobre ello, más pormenorizada y matizadamente, remito a mi escrito «Paz y democracia internacional», en L. CÓRDOVA y P. SALAZAR (coord.), *Política y derecho. (Re)pensar a Bobbio*, México: Siglo XXI, 2005, pp. 219-220.

jores» —que KANT defendió como principio moral altruista bajo el signo de la posibilidad pero en la seguridad de que «nosotros *hace ya tiempo* que estaremos en la tumba»—, hay que seguir también un consejo de BOBBIO, que no sólo fue el apocalíptico defensor del voluntarismo en favor de un buen final de la historia de la cita con la que concluye *Principia iuris*, sino también el dubitativo y hasta contradictorio hombre que afirmó que siempre que había sido apocalíptico se había equivocado.

No quiero obtener de nada de esto una fácil confianza y seguridad sobre nuestro futuro, porque el consejo de BOBBIO que pretendía rescatar aquí es que es un deber del hombre de razón «non illudere e non illuderci», no hacernos ilusiones y no hacer que los demás se las hagan. Lo que, en el caso, puede significar que las cosas son todavía más difíciles de como las termina por proponer L. FERRAJOLI. Ante lo cual, y ésta es finalmente la moraleja, tal vez convendría mantener una actitud menos apocalíptico optimista y más laica y distanciada, una actitud que, aun sin necesidad de abandonar los ideales regulativos como referencia última, insista más en la crítica de lo existente que en el diseño detallado del lejano modelo ideal y, si acaso, también en los problemas y posibilidades más cercanos. Porque no creo que pueda ser de ayuda el voluntarismo que salta sobre las enormes dificultades del presente pretendiendo sortear la enorme complejidad de los retos a los que nos enfrentamos. Comprendo bien que no es ésta la forma, poco complaciente y menos edificante, en que conviene que termine una intervención de este tipo, pero el riesgo de purgar el propio corazón era no poder concluir ofreciendo un final feliz. De lo que estoy seguro, en todo caso, es de que un espíritu liberal como el de L. FERRAJOLI entenderá esta manera de cumplir con el oficio de filósofo.

# CONSIDERACIONES EXTRAVAGANTES DE UN «JURISTA EMPÍRICO» *

Salvatore Senese **

*Presidente de la Sección de Derecho del Trabajo del Tribunal de Casación Civil*

**RESUMEN.** El autor destaca los aspectos de la obra de FERRAJOLI que son de particular interés para un «jurista empírico». En particular se trata el método axiomatizado, el cual aparece como satisfaciendo la exigencia de transparencia que requiere el ejercicio del margen ineliminable de libertad del intérprete. Como ejemplo de la fecundidad de dicho método, el autor se refiere a la forma en que FERRAJOLI pone a la guerra *sub specie iuris.* Igualmente, dicho método aparece como una respuesta satisfactoria a los problemas de inflación, desorden legislativo y pluralismo de los ordenamientos. Por último, el autor hace una observación a favor del rechazo de FERRAJOLI de la fórmula de ALEXY, de acuerdo con la cual una norma pierde validez si es sumamente injusta; y formula tres preguntas para FERRAJOLI sobre la separación de poderes y las leyes de interpretación auténtica, sobre el contrato de trabajo subordinado y sobre las lagunas y sus remedios.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, derechos fundamentales, Derecho internacional, interpretación auténtica, contrato de trabajo, lagunas.

**ABSTRACT.** The author underlines those aspects of FERRAJOLI's work which are of particular interest to an «empirical jurist». What is particularly dealt with is the axiomatized method, which appears to satisfy the demand for transparency required by the exercise of the interpreter's uneliminable margin of freedom. The author refers to the way in which FERRAJOLI subjects war *sub specie juris* as an example of the fecundity of the above method. Similarly, the same method appears to be a satisfactory answer to the problems of inflation, legislative disorder and the pluralism of legal systems. Lastly, the author makes a comment in favour of FERRAJOLI's rejection of ALEXY's formula, according to which a norm loses validity if it is profoundly unjust. He also poses three questions to FERRAJOLI about the separation of powers and authentic interpretation norms, about the subordinated employment contract, and about gaps and how to solve them.

**Keywords:** FERRAJOLI, fundamental rights, international law, authentic interpretation, employment contract, gaps.

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

** Este trabajo va a ser publicado también en el Homenaje al profesor Modestino ACONE.

## UNA PREMISA

Soy un jurista empírico, profesionalmente comprometido con el tipo de interpretación de las normas que L. FERRAJOLI llama «interpretación operativa» y que consiste en la aplicación del Derecho al caso concreto.

Un jurista, pues, distante, por formación, cultura y práctica profesonal, del universo cultural de una teoría axiomatizada del Derecho.

Siendo así, quizá tenga algún sentido, para los teóricos y filósofos del Derecho y de la política aquí reunidos para discutir sobre *Principia iuris,* hacer hincapié en los concretos motivos de interés que una obra como ésta suscita en un jurista de ese perfil, en una primera lectura, necesariamente apresurada.

## EL MÉTODO Y LA LIBERTAD DEL JUEZ

Comenzaré por el método.

El método axiomatizado, rigurosamente formal y por tanto avalorativo, en su aplicación, en la derivación de los teoremas y en el uso de los conceptos, en la construcción, en suma, de una sintaxis del discurso jurídico. Pero en absoluto avalorativo —¡todo lo contrario!— en la formulación de las llamadas tesis primitivas, cuyo desarrollo está regido por aquel método y sus rigurosas reglas formales.

Un método semejante, por sorprendente que pueda resultar, responde a una exigencia cada vez más sentida por el jurista empírico. Éste, como advierte el autor, se encuentra vinculado por el léxico del lenguaje legal, pero la creciente cantidad y heterogeneidad del material legislativo y de sus fuentes de producción, en conjunción con la también creciente imprecisión y polisemia del lenguaje en que el mismo se expresa, constriñe cada vez más al jurista a recurrir a términos y categorías conceptuales de la teoría del Derecho para interpretarlo y atribuirle sentido. Éstas son producto de una tradición plurisecular, en la que los significados han ido estratificándose y contaminándose, lo que les hace fuertemente imprecisos y polisémicos, hasta el punto de que los conceptos correspondientes resultan ambiguos e incluso indeterminados. Y, en las conclusiones operativas que de ellos se extraen, dejan espacio a opciones e inclinaciones subjetivas del intérprete, con frecuencia no del todo conscientes.

El margen ineliminable de libertad ínsito en toda actividad interpretativa, y singularmente en la interpretación jurídica, en especial cuando se trata de ordenamientos complejos y estructurados en distintos niveles, acaba siendo cubierto de un modo arbitrario por inconsciente, y por tanto no presidido por la razón y los cánones constitucionales. En efecto, el imperativo de sujeción del juez a la ley y la teoría de la separación de poderes exigen que el espacio propio del intérprete sea llenado por el juez. Que debe hacerlo con exclusión de cualquier connotación arbitrariamente subjetiva, en conformidad con una línea de coherencia con los materiales normativos recabados de las diversas fuentes, seleccionados con respeto de su propia jerarquía, según una regla que impone elegir, de todos los significados posibles, el más congruente con los preceptos constitucionales o supraordenados. Así pues, atribución de varios significados posibles, control de

cada uno de ellos a la luz del conjunto de los datos normativos relevantes, y, en fin, opción conforme a los valores constitucionales. Son los pasos a través de los que se ejercen, se autolimitan y se hacen transparentes y, por tanto, controlables, las inevitables opciones ético-políticas del juez. Y bien, una exigencia semejante de transparencia de las opciones y de rigor en las consecuencias que de ellas se deriven, encuentra su máximo realización en el método axiomático construido por FERRAJOLI. El espacio para las opciones ético-políticas está aquí rigurosamente limitado a la formulación de las tesis primitivas o indemostradas (que obviamente están justificadas por otros factores, principalmente por su capacidad explicativa). El carácter opcional de la estipulación de tales tesis aparece tan explícitamente declarado, como, avalorativa y lógicamente obligada es, en cambio, la derivación analítica de los sucesivos desarrollos del discurso teórico.

## EL MÉTODO Y LA GUERRA *SUB SPECIE IURIS*

Hay un ejemplo particularmente esclarecedor de la fecundidad de ese método en las páginas que FERRAJOLI dedica a la guerra. Tras de haberla definido, en el plano teórico general, como antítesis o negación del Derecho, la examina desde el punto de vista del actual Derecho internacional y constitucional italiano, poniendo de relieve que uno y otro —cabe decir que éste como consecuencia de aquél— han positivizado la prohibición de la guerra de agresión, haciendo de este modo que el principio de la paz, haya pasado, de fundamento lógico y axiológico de aquélla, a ser fundamento de derecho positivo de los respectivos ordenamientos. Con la consecuencia de convertir cualquier guerra no defensiva en un ilícito de derecho positivo.

Ahora bien, esta calificación de la guerra como ilícito —según aclara el autor— es posible porque el concepto de «ilícito», que constituye un término primitivo y, por ello, fruto de una opción, ha sido definitido como «acto (informal) *prohibido*», prefiriendo tal definición estipulativa a la de KELSEN, que define el ilícito como «cualquier acto al que el ordenamiento asocia una sanción». Las implicaciones teóricas y las consecuencias prácticas de esta opciones son relevantes. En efecto, pues para KELSEN, en ausencia de sanciones previstas por el orden jurídico, la guerra no es un ilícito e incluso en algunos casos se la concibe como sanción, con paradójica recuperación para el ordenamiento jurídico de un fenómeno que es su negación. En cambio, para FERRAJOLI la guerra sigue siendo un ilícito aun en ausencia de sanciones (en seguida veremos que quizá esa ausencia no es tan absoluta); mientras una tal ausencia sirve solamente para señalar la existencia de una laguna en el ordenamiento, que deberá colmarse.

No es frecuente que se llame a un jurista empírico a confrontarse con la guerra y con pretensiones fundadas en el comportamiento bélico. Lo que hace que, si llamado a una tarea semejante, sea todavía más imperiosa la exigencia de extremar la consciencia al decantarse por alguna de las opciones hermenéuticas implícitas en tales operaciones; precisando y delimitando el espacio abierto a las mismas, explicitándolas como tales y extrayendo con rigor sus consecuencias. Tanto para el jurista empírico como para el teórico, tal espacio está representado por los presupuestos de la calificación jurídica de la guerra, y debe colmarse de forma que las opciones realizadas y las consecuencias que se deriven sean congruentes con los datos normativos relativos al fenómeno, que son, sobre todo, los que ofrecen el Derecho internacional y la Constitución.

Es por lo que suscita preplejidad una sentencia, relativamente reciente, de las Secciones Unidas de la Corte de Casación civil italiana, la n.º 8157/2002, de 5 de junio, que parece haber discurrido completamente al margen de ese modo de operar.

El caso judicial en el que intervino la Corte tenía que ver con una demanda de resarcimiento por daños promovida contra el Estado italiano por los parientes de dos ciudadanos serbios, fallecidos como consecuencia del bombardeo aéreo del edificio de la radiotelevisión de Belgrado, realizado el día 23 de abril de 1999 por las fuerzas de la OTAN durante la guerra de Kosovo.

Llamada a pronunciarse acerca de la procedencia de la demanda, la Corte la declaró totalmente improcedente por defecto absoluto de jurisdicción (construcción procesal civil, por lo demás, abandonada desde hace más de un decenio, pero éste es un aspecto secundario de la cuestión).

Vale la pena detenerse un instante en las razones de la Corte para estimar del todo improcedente la demanda de resarcimiento, centradas en que los actos del Estado en la conducción de hostilidades bélicas son jurisdiccionalmente infiscalizables en tanto que manifestación de una función política atribuida por la Constitución al Gobierno, en relación con la cual no puede concebirse un interés jurídicamente protegido a que tales actos asuman o no un determinado contenido. En otras palabras, frente a la dirección de la guerra, los derechos fundamentales vitales, aun cuando calificados de inviolables por la Constitución y el Derecho internacional, se degradan a interés de puro hecho, sin que sea preciso indagar siquiera si la guerra, de cuya gestión se discute, fue o no una guerra de defensa. Derechos fundamentales y prohibición de la guerra no defensiva, igualmente sancionados por la Constitución, se degradan en esta perspectiva a meros *flatus vocis.*

El primer aspecto problemático de tal decisión radica en que extrapola del comportamiento global, la guerra, el fragmento de comportamiento representado por la conducción de las actividades bélicas, que constituye sólo una parte de aquél. En efecto, si es cierto que, según el ordenamiento constitucional, la conducción de las operaciones bélicas está atribuida al Gobierno, no lo es menos que el mismo ordenamiento prescribe que la decisión relativa a ese comportamiento general, cuya concreta modalidad operativa se discute, corresponde al Parlamento, que debe asimismo deliberar sobre los poderes del Gobierno para el caso (art. 78 de la Constitución italiana); y, sobre todo, que, al decidir sobre este punto, las Cámaras están vinculadas por el principio fundamental que estigmatiza como totalmente ilícita *(repudia)* la guerra no defensiva. La afirmación de que las acciones realizadas en la conducción de las hostilidades bélicas constituyen el ejercicio de una función política, frente a la que no existen intereses dignos de protección, no aclara en modo alguno los nexos de la regla enunciada con las otras dos reglas antes recordadas, y en particular si la misma vale también en el caso de una guerra sobre la que no deliberaron las Cámaras o de una guerra (que hubiera sido o no objeto de deliberación) contraria al art. 11 de la Constitución.

El segundo punto problemático tiene que ver con el carácter absoluto de la afirmación según la cual no existirían intereses protegidos frente a la opción entre modalidades de conducción de las operaciones bélicas, ni siquiera en el caso de que convenciones internacionales ratificadas por el Estado italiano establezcan límites e interdicciones en relación con las mismas.

En lugar de la transparencia en orden a la definición de la guerra *sub specie iuris,* se hace hincapié en una pretensión de infiscabilidad de la «función política» ínsita en la elección del modo de conducir cualquier operación bélica, acogiendo implícitamente una noción de la soberanía, propia de siglos pasados, insensible a los cambios producidos en el paradigma del Estado constitucional y democrático de Derecho, en el que la soberanía pertenece al pueblo, es decir, a cada uno de los ciudadanos de carne y hueso, disolviéndose, de este modo, para funcionar como límite a los poderes constituidos.

Es cierto que el pronunciamiento toma en cuenta los posibles límites de tal soberanía derivados de las convenciones internacionales ratificadas por el Estado italiano. En particular, del Procolo de Ginebra de 1977 y de la Convención Europea de Derechos Humanos, que disciplinan explícitamente la conducción de las hostilidades asegurando la protección de los civiles en caso de ataques. Pero el propio pronunciamiento considera que ni siquiera tales disposiciones (cuyo nexo con el art. 2 de la Constitución italiana, que reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, no se indaga) sirven para fundar un interés jurídicamente protegido de las personas que, por la violación de aquéllas, resulten lesionadas en sus derechos fundamentales. Porque tales disposiciones, aun introducidas en el ordenamiento interno por las respectivas leyes de ratificación, regularían únicamente las relaciones entre Estados, y también porque —se añade— «los propios tratados [...] preven saciones para los casos de responsabilidad [...] y señalan los Tribunales internacionales competentes para afirmarla». Prescindiendo de cualquier otra consideración, la presencia de tales disposiciones debe relacionarse con el nuevo texto del art. 117.1 de la Constitución italiana (en vigor en la época del pronunciamiento), según el cual las leyes del Estado deber respetar, so pena de invalidez, los vínculos derivados de las obligaciones internacionales; que, así, son también performativos del ordenamiento interno y de las calificaciones que del mismo se sigan (como el carácter de infiscalizable que se predica de la conducción de las hostilidades bélicas). Y lo cierto es que habría sido necesaria una exploración de este género para salir de dudas acerca de la contradicción con la Constitución de la supuesta normativa interna o, mejor, de la reconstrucción de la misma en sentido obstativo a la configuración de un interés protegido de titularidad de las personas perjudicadas por la conducción de las operaciones bélicas en contradicción con aquel vínculo.

De este modo se elude una temática cargada de implicaciones teórico-prácticas, que hoy preocupa a los juristas no menos que a los tribunales, y sobre la que la obra de FERRAJOLI ofrece una atenta mirada histórica y una perspectiva teórica de notable relieve, a través del paradigma de los «grados de federalismo» como brújula para orientarse en el universo de los ordenamientos. Aunque quizá sería mejor decir que, más que eludirla, se la despacha con una opción inconsciente a favor de la tesis dualista de la impermeabilidad de los ordenamientos estatal e internacional, que data de comienzos del siglo pasado y ha sido prácticamente desmentida por la propia Constitución.

Por lo demás, el señalado es un horizonte temático que, apenas dos años más tarde, llevaba a las mismas Secciones Unidas civiles de la Corte a afirmar que «el respeto de los derechos inviolables de la persona humana ha asumido el valor de principio fundamental del ordenamiento internacional», hasta el punto de prevalecer sobre la norma que impone a los Estados la obligación de abstenerse de ejercer la jurisdicción en relación con los Estados extranjeros y de legitimar el ejercicio de la jurisdicción italia-

na en respuesta a la demanda de resarcimiento promovida por un ciudadano italiano contra la República Federal Alemana por los daños sufridos como consecuencia de un mandato de captura, deportación y sumisión a trabajo forzado, por efecto de la conducción de las actividades bélicas por parte del Estado alemán durante el segundo conflicto mundial (sentencia n.º 5044/2004, de 11 de marzo).

La obligada distinción de este último supuesto del que fue objeto del pronunciamiento de 2002 no excluye en modo alguno que la trama justificativa de la decisión, tanto en uno como en otro caso, debiera confrontarse con el principio fundamental de respeto de los derechos inviolables de la persona humana, so pena de falta de transparencia de la decisión que hubiese omitido ese examen. No es casual que el pronunciamiento de 2004 —que llevó a cabo esa verificación— llegara a resultados opuestos a los del de 2002, en la cuestión relativa a la justiciabilidad de la conducción de operaciones bélicas (de forma coherente con el derecho internacional general, cuyos preceptos ha incorporado nuestra Constitución, en el art. 10).

## MÉTODO. INFLACIÓN, DESORDEN LEGISLATIVO, PLURALISMO DE LOS ORDENAMIENTOS

Las consideraciones que acabo de hacer permiten señalar otro específico motivo de interés de la obra de FERRAJOLI para el jurista empírico.

Acaba de verse cómo la exigencia de transparencia de las opciones que implican las interpretaciones de los jueces reclama la coherencia de aquéllas y de las consecuencias que conllevan con los datos normativos relativos a la materia propia del supuesto considerado; en particular con los datos recabables de las fuentes de superior rango, como la Constitución, las convenciones y los tratados internacionales. Ahora bien, tales datos contienen a menudo enunciados normativos cuyo lenguaje evoca más bien las declaraciones de principios que la fría consecuencialidad del *Côde Civil.* De aquí la tendencia —¿tentación?— del jurista positivo y del juez a atribuir a tales enunciados un valor político-programático más que jurídico, cuando no a ignorarlos del todo. Es el fenómeno bien conocido de la experiencia jurídica italiana de los primeros decenios de la vida de la República, de la calificación de muchas normas de la Constitución como «programáticas» y la consiguiente esterilización de las mismas. Fenómeno, por cierto, debido en parte no desdeñable a una suerte de resistencia político-cultural al nuevo orden, pero también a la particular formación del jurista positivo, al eco de argumentos teóricos kelsenianos, a la falta de aparatos conceptuales adecuados para captar en plenitud el nuevo paradigma del Derecho. La consecuencia, para el juez, era —y lo es aún— una ruptura del vínculo de sujeción a la «ley», del todo inconsciente e incluso subjetivamente vivida, y en ocasiones sufrida, como una obstinada reafirmación de ese vínculo.

Esta paradoja se produce en el terreno de un equívoco semántico en torno al término «ley», de cuyo ámbito resulta excluido todo lo que parece reconducible al concepto de ley tradicionalmente entendido.

FERRAJOLI ofrece un poderoso auxilio para la superación de este equívoco.

Ante todo, llamando con insistencia al intérprete al cumplimiento del deber de no asignar a los enunciados de las fuentes de superior rango el valor de un mero «*flatus vo-*

*cis»* y subrayando el deber metodológico de asignar un significado a todos los enunciados normativos.

Después, construyendo un aparato conceptual centrado en las categorías axiológicas de *antinomias* y *lagunas,* reinterpretadas con referencia a una estructura del ordenamiento articulada en grados, de modo que aquellos términos asumen un valor diverso y producen consecuencias diversas según que las antinomias y lagunas se constaten entre productos de fuentes del mismo grado o de grado diverso; y acuñando, para esta última hipótesis, la categoría del derecho ilegítimo, desvelando así la falacia KELSENiana de la identificación (o confusión) del Derecho con la garantía, tributaria de una larga tradición.

En fin, proporcionando —como ya he apuntado— con las definiciones de federación y confederación y con la introducción del concepto de «grado de federalismo», los instrumentos para navegar en las aguas no límpidas de los ordenamientos multinivel.

En efecto, hace ya tiempo que los juristas más avisados denuncian la dificultad de hallar una ruta medianamente segura en el paisaje jurídico de este inicio de milenio dominado por lo impreciso, lo incierto, lo inestable, por el superponerse de las fuentes nacionales, supranacionales, internacionales, incluso consuetudinarias (piénsese en la *lex mercatoria,* analizada por el mismo FERRAJOLI). Un desorden que es el resultado de las grandes transformaciones que se producen a un ritmo acelerado a escala planetaria, a través de la creciente crisis del Estado-nación, la progresiva superación de monopolio estatal del Derecho, la globalización económica y la inversión de la relación entre soberanía y economía.

Al mismo tiempo, es cada vez más fuerte la necesidad de reglas, de Derecho, en suma, de «pluralismo ordenado», según una fórmula feliz.

*Principia iuris* sale al paso de esta necesidad con la respuesta de una teoría a la altura de las inéditas novedades que la producen.

## UNA OBSERVACIÓN Y TRES PREGUNTAS

Antes de concluir, una consideración y tres preguntas al autor.

La primera es una reflexión con la que entro en un territorio que no es el mío, confiando en la indulgencia del lector.

Toda la obra está concebida bajo la enseña de una neta separación entre ética y Derecho. No es que se prive de relevancia a la primera, que, por el contrario, resulta asumida como fundamento de una de las tres divergencias deónticas conceptualizadas: la que se da entre el «deber ser» del derecho positivo, incluido su nivel constitucional o superior, y el derecho positivo tal como es, incluido su nivel constitucional o superior. Pero —cualesquiera que sean los contenidos éticos incorporados al derecho positivo—, FERRAJOLI, justamente, a mi juicio, rechaza la fórmula de ALEXY según la cual una norma pierde validez jurídica si es sumamente injusta. Entiendo que la categoría de la «suma injusticia» está en la base de la revolución copernicana realizada en el paradigma del Derecho a raíz de la segunda guerra mundial y en la fundación de la tabla de valores jurídicos puestos como nivel supraordenado al ordenamiento jurídi-

co internacional y a los ordenamietnos jurídicos internos dotados de una constitución coherente con aquellos valores. Pero, precisamente, ese paradigma ha constituido la «justificación» de aquella revolución, y no una consecuencia de la misma incorporada a la noción actual de Derecho. Que luego el Derecho actualmente vigente prevea, por ejemplo, la obligación de desobedecer un acto de autoridad, incluso una ley, atentatorios contra derechos fundamentales positivamente establecidos y cuya violación sea configurada como un crimen, sólo significa que la instancia moral, que estaba en la base de la revolución de la que ha nacido el nuevo orden, ha producido esta nueva regla jurídica cuyos contenidos están exactamente delimitados por aquellos bienes que el nuevo orden ha definido como inviolables; y no que una ley que mañana fuese sentida como «sumamente injusta» pueda, sólo por esto, perder su validez, aun cuando no viole alguno de aquellos bienes.

Puede ser que mañana la ciencia nos diga que los animales son seres dotados de conciencia, capacidad de imaginar el mal y de sufrir como seres humanos, etc., y que por tanto resulte insoportable el hecho de que existan los mataderos. Sólo por esto el derecho a gestionar un matadero no perdería automáticamente su validez. Tal «suma injusticia» podría, al máximo, motivar una nueva revolución que se llevaría por delante la ley que autoriza los mataderos (y el orden de que la misma es expresión), o, de forma menos dramática y más plausible, podrá inducir nuevas leyes o incluso nuevas normas constitucionales; pero, ciertamente, no podrá invalidar, desde dentro del ordenamiento considerado y sin ninguna intervención nomodinámica, la ley en cuestión.

Opinando de otro modo, se corre el riesgo de expulsar fuera del ámbito del derecho la protección de aquellos bienes cuya violación, *hic et nunc,* hace inválido el acto que atente contra ellos; o de bloquear la misma evolución del sentimiento moral hacia la protección de sólo aquellos bienes cuya violación se valore en un cierto momento como intolerable, precluyendo absurdamente que en algún mañana pueda llegar a ser sumamente injusta también la violación de otros bienes y que esta clase de sentimiento pueda motivar una crítica externa del Derecho existente.

Y voy a las cuestiones.

## 1. *Separación de poderes y leyes de interpretación auténtica*

La primera se refiere a la relación entre separación de poderes (con particular referencia a la frontera que separa el poder legislativo del poder judicial) y leyes de interpretación auténtica, que necesariamente inciden en los juicios en curso que tengan por objeto la aplicación de la ley auténticamente interpretada.

Uno de los aspectos del desorden ya aludido está representado —especialmente en Italia— por la inflación legislativa, por la proliferación de las leyes y sobre todo de las leyes-acto *(leggine)* que se superponen, se derogan, se persiguen, y que a menudo duran una mañana. Con frecuencia, estas últimas consisten en una sola disposición, insertada en un texto que trata de los asuntos más dispares, dirigida a regular algún aspecto particular de una materia más amplia relativa a clases de sujetos (trabajadores, pensionistas, usuarios de servicios públicos, etc.); aspecto sobre el que existe un contencioso al que los órganos jurisdiccionales dan respuestas, que, no es extraño, pueden

resultar divergentes. Así, la disposición de interpretación auténtica interviene sobre la norma que regula la cuestión *sub iudice,* determinando el resultado de la litis, o mejor, de las litis en curso. En Italia, las llamadas leyes financieras (presupuestarias) de los últimos años, ofrecen un rico muestrario de disposiciones de esta clase. A veces la intervención legislativa explicita la propia finalidad invasiva con fórmulas del tipo «para poner fin al ingente contencioso...»; más a menudo se limita a enunciar el significado que debe atribuirse al enunciado sobre cuya interpretación existe controversia.

La Corte Constitucional italiana, llamada a decidir en numerosas ocasiones sobre la legitimidad de tales intervenciones desde distintos puntos de vista, no ha afirmado que sean ilegítimas por principio, pero ha declarado más de una vez su contrariedad con la Constitución desde el punto de vista de la violación del canon de la razonabilidad, con referencia a perfiles peculiares de la vicisitud objeto de consideración y sin que pueda extraerse de tales pronunciamientos una línea de separación suficientemente clara.

Recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia Scordino, de 29 de julio de 2004, y, antes, sentencia Anagnostoupolos c. Gobierno griego, de 7 de noviembre de 2000) ha entendido que la injerencia del legislador en los procesos en curso viola el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos en la parte en que tal norma asegura el derecho a un justo proceso ante un juez tercero, independiente e imparcial.

Preguntas: *a)* ¿Es compatible con la separación de poderes la interpretación auténtica, o mejor, la retroactiva que es inherente a la misma (que el legislador-intérprete podría ciertamente excluir estableciendo que la interpretación dictada no se aplique a los juicios pendientes)?

*b)* En caso de respuesta positiva, ¿la afirmada compatibilidad se extiende también a la hipótesis de que la disposición retroactiva incida en controversias pendientes ya en sede de legitimidad o, incluso, después de que la Corte de Casación en el ejercicio de su propia competencia (asegurar la uniforme interpretación del derecho) se hubiera pronunciado?

## 2. *Contrato de trabajo subordinado: ¿«decisión» o «acto constitutivo»?*

Segunda pregunta, que formularé brevemente, aunque toca cuestiones centrales de la teoría.

Parto de la distinción de los actos preceptivos en decisiones y actos constitutivos, estando caracterizados los primeros por la capacidad de producir como efectos las situaciones y normas que ellos mismos prescriben, en el respeto de la normativa de superior rango; y los segundos por la circunstancia de que su significado prescriptivo sea un estatus jurídico. Pues bien, siendo así, ¿el contrato de trabajo subordinado está integrado en la primera categoría (que comprende, ciertamente, los contratos de cambio) o más bien, y sólo tendencialmente, en la segunda, a la que, por ejemplo, ciertamente, pertenece el matrimonio? La pregunta está justificada por la observación de que, al menos tendencialmente, FERRAJOLI adscribe las normas sobre el trabajo subordinado al Derecho público, de manera que la autonomía de las partes que estipulan el contrato

de trabajo subordinado quedaría limitada a la sola formalización del contrato, cuyos efectos brotarían luego de la ley o de las fuentes colectivas.

### 3. *Las lagunas y sus remedios. Derechos fundamentales y ponderación*

En fin, la tercera y última pregunta, que se articula en dos cuestiones.

*a)* En el proyecto de democracia constitucional expuesto en el segundo volumen de *Principia iuris,* FERRAJOLI indica, como posibles remedios a las lagunas relativas a los derechos fundamentales, un perfeccionamiento de la respuesta, no decisiva, ofrecida por las constituciones portuguesa y brasileña (señalamiento de la laguna al Parlamento por parte del Tribunal Constitucional), a través de la introducción —junto a este mecanismo— de la obligación a cargo del propio Parlamento de decidir en un breve plazo.

En esta perspectiva, ¿qué indicaciones y proyectos de desarrollo cabría extraer del mecanismo introducido por el Protocolo undécimo de la Convención Europea de Derechos Humanos, que habilita al Tribunal de Estrasgurgo para condenar al Estado que incumpla?

Más en general, el mecanismo de la condena del Estado que incumpla —asimismo previsto en el Tratado CEE (art. 228.3, *ex* art. 171), cuando el Estado miembro no haya adoptado, dentro del término fijado por la Comisión las medidas a que obliga la ejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia— podría, tal vez, completar la previsión de la obligación a cargo del Parlamento de decidir sobre el señalamiento de la laguna, evitando que tal obligación quede desprovista de una sanción que no sea, una vez más, la meramente política.

En la misma línea, quedaría todavía por decidir si la condena debe modelarse sobre la prevista en el Protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos (condena a favor del sujeto que lamenta las consecuencias prejudiciales de la laguna, con una suerte de valorización del *ius litigatoris*) o bien sobre la prevista por el Tratado CEE (condena a favor de un fondo sustraido a las determinaciones del Parlamento y del Gobierno, con una suerte de valorización del *ius constitutionis*).

*b)* La segunda cuestión, sólo en parte relacionada con la que acaba de apuntarse, hace referencia a otro orden de problemas.

Entre las lagunas que puede presentar el ordenamiento en relación con las normas constitucionales (o más en general, superiores), destinadas a la tutela de los derechos fundamentales, está comprendida también la ausencia de preceptos penales, indispensables en algunos casos para la garantía de aquellos derechos.

Ahora bien, una situación del género es la que, a juicio de autorizados juristas, se produce en el ordenamiento italiano en relación con la disposición constitucional del art. 13.4 de la Constitución. Éste —único caso en la misma de norma que, explícitamente, imponen una obligación de sanción—, prescribe castigar «todo acto de violencia física o moral sobre personas sometidas a restricciones de libertad». Se trata de una obligación confirmada, y tratada de forma aún más precisa, por la Convención Internacional contra la tortura, ratificada por el Estado italiano por Ley 648/1984, en su art. 4.

Aunque son muchos los que opinan que esta Convención obliga a Italia a introducir en su legislación penal un específico delito de tortura y a pesar de que se han presentado muchos proyectos de ley en los últimos doce años, algunos de los cuales estuvieron cerca de la aprobación definitiva, sin embargo, hasta la fecha, la legialación penal italiana no conoce el delito de tortura, a pesar de la disposición constitucional que impone a la potestad legislativa del Estado y las Regiones respetar las obligaciones internacionales (art. 117.1 de la Constitución italiana, según resulta de la Ley constitucional 3/2001).

Y tal laguna se manifiesta no sólo como violación de la obligación internacional derivada de la Convención, sino también, en algunos aspectos, enseguida se verá, como violación de la obligación impuesta al legislador por el recordado art. 13.4 de la Constitución italiana.

En efecto, es muy cierto que nuestro Código Penal castiga con la reclusión de hasta treinta meses al funcionario que someta a «medidas de rigor no permitidas por la ley» a una persona detenida o presa (art. 608), pero es lícito dudar de que esta disposición baste para hacer realidad la garantía del derecho fundamental a la integridad y la dignidad de la persona, enérgicamente proclamado por la Constitución y el ordenamiento internacional, en particular si la norma aludida se pone en relación con las otras del Código relativas a la prescripción del delito (arts. 157-161 del CP) que establecen términos de prescripción calibrados en función de la entidad de la pena del tipo (en el caso, cinco años a partir de la fecha de ejecución del hecho y, de concurrir actos de interrupción, nunca más de siete años y medio). De manera que, en la mayor parte de los casos, la disposición del art. 608 del Código Penal corre el riesgo de quedar en un mero *flatus vocis.*

No parece que la laguna pueda colmarse a través de la interpretación del juez ordinario, como, en otro contexto, sucedió en Francia a mediados de los años ochenta con la sentencia del Tribunal de Casación en el caso *Barbie,* que reconoció la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad atribuidos al imputado, por considerar que tal regla, aun no escrita en la ley, formaba parte del Derecho francés, como parte que era del Derecho internacional general, al que el Derecho de la República debía acomodarse. En efecto, aparte de cualquier otra consideración, la noción de crimen contra la humanidad está hoy positivizada por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, ratificado por Italia mediante la Ley 232/1999, y en su definición no entran los hechos de tortura cometidos por un agente estatal fuera de los casos de «generalizado y sistemático ataque a las poblaciones civiles» (art. 7.1).

Esta es la cuestión: excluida, obviamente, la posibilidad de colmar la laguna a través de la intervención directa de la Corte Constitucional en sustitución del legislador, podría afirmarse que la crisis de legalidad constitucional, puesta de relieve en el cuadro normativo que se ha descrito, configura, además de una laguna, una antinomia (si se quiere, ésta como consecuencia de aquélla) en tanto que el régimen de prescripción, leído en conexión con la única norma incriminadora aplicable y valorado a la luz de los tiempos medios del proceso penal, tal como los aprecia también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, banaliza de hecho la punibilidad de la tortura, aun prevista en abstracto, haciéndola inefectiva.

Así las cosas, la antinomia se produciría entre los arts. 157 y siguientes leídos en conexión con el art. 608 del Código Penal, de una parte, y, de otra, los arts. 13.4 y 117.1

de la Constitución (integrado el segundo con la obligación internacional de castigar). Y la intervención solicitada a la Corte sería «declarar la inconstitucionalidad del conjunto normativo denunciado en la parte en que no exceptúa de la prescripción los hechos castigados por el art. 608 del Código Penal constitutivos de tortura en el sentido del art. 1 de la Convención de 1984».

Sin embargo, este planteamiento encuentra el límite que el control de legitimidad de las leyes sufre por efecto de los principios constitucionales de legalidad e irretroactividad de las normas penales.

En efecto, la disciplina de la prescripción es inherente a la punibilidad y, por esta vía, debería recaer en el ámbito de la garantía del art. 25.2 de la Constitución (según ha afirmado en numerosas ocasiones la Corte Constitucional, por ejemplo, ordenanzas n.os 337/1999 y 317/2000). Garantía a propósito de la cual la propia Corte ha afirmado recientemente que es «condición necesaria para la libre autodeterminación individual», añadiendo que la misma «representa [...] un valor absoluto, no susceptible de ponderación con otros valores constitucionales, no sólo en relación con la hipótesis de la nueva incriminación, sino también con referencia a la de la reforma peyorativa del tratamiento sancionatorio de un hecho ya castigado» (sentencia n.º 394/2006).

Sin embargo, la misma Corte —que desde hace decenios se afana en torno a este nudo problemático— ha tenido ocasión de afirmar, precisamente a propósito del régimen de la prescripción, que una intervención en la materia que se traduzca en un tratamiento perjudicial para el imputado, con violación del principio de legalidad sancionado en el art. 25.2 de la Constitución, le está precluida «siempre que la disciplina (denunciada) no sea fruto de una opción abiertamente arbitraria o injustificada» (ordenanzas n.os 337/1999 y 317/2000, ya citadas).

Así pues, parecería que la patente arbitrariedad o falta de justificación de la disciplina dictada por el legislador ordinario para la prescripción, sería un contralímite al principio de legalidad. En tales hipótesis (prescripción regulada de forma claramente arbitraria o injustificada), no sería aquel «valor absoluto, no susceptible de ponderación» a que se refiere la sentencia n.º 394/2006, sino que tendría que ser ponderado con el principio que niega validez a los productos del legislador teñidos de patente arbitrariedad o irrazonabilidad y/o —cabría añadir, llegados a este punto— que contradigan las obligaciones indeclinables que el propio legislador encuentra en la Constitución (art. 13.4) o en el Derecho internacional.

La aparente contradicción —testimono de una trabajosa búsqueda/construcción de coherencia del ordenamiento— puede quizá superarse observando que el carácter absoluto del principio de irretroactividad de la ley penal se mantiene como tal en lo relativo a su «núcleo duro», que se cifra en la protección de la «libre autodeterminación individual» que permite al ciudadano (y más en general al sujeto) hacer todo lo que no está prohibido; pero ese rasgo de rigor se atenúa en lo relativo a la disciplina extrínseca a la prohibición, en sí misma considerada, como sin duda es la disciplina de la prescripción, que mira a la valoración del «interés general de no perseguir los delitos respecto de los que el largo tiempo transcurrido desde que fueron cometidos hubiera hecho desaparecer o atenuarse notablemente la alarma en la conciencia común» (Corte Constitucional n.os 207/1971 y 254/1985). La libertad del individuo frenta a tal disciplina no

es en modo alguno comparable con la libertad del que actúa con la conciencia de no violar la ley. Aquí el sujeto actúa más bien sabiendo que viola la ley y acaso contando con el breve plazo de prescripción para escapar a las consecuencias del delito. Un cálculo —que apuesta por la impunidad (que no parece ser un valor)— inherente a la opción de infringir la ley penal, que no resulta merecedor de protección en perjuicio de fundamentales reglas de convivencia, como las que imponen al Estado, dentro de ciertos límites, el deber de castigar.

Pues bien, frente a este aspecto de la crisis de la democracia constitucional, ¿es impertinente invitar al autor de *Principia iuris,* que es también el autor de *Diritto e ragione,* a la interlocución?

*(Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez)*

# LEYENDO A FERRAJOLI: CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN *

Michele Taruffo **

*Universidad de Pavía*

**RESUMEN.** Los aspectos de la obra de L. FERRAJOLI que más atraen la atención de los procesalistas son los relacionados con la administración de justicia y los caracteres de la jurisdicción. El punto de partida fundamental queda fijado por FERRAJOLI al subrayar que la jurisdicción es una garantía secundaria para asegurar la protección judicial de los derechos. Y esta garantía tiene que ser general, ya que ningún derecho existe realmente sin una protección efectiva por parte de los tribunales.

En el contexto judicial, la justicia resulta bien administrada cuando las normas jurídicas se aplican correctamente y la verdad de los hechos en disputa se determina de acuerdo con las pruebas, tal como pretende la teoría clásica de la toma de decisiones judiciales. Sin embargo, pueden plantearse aquí algunos problemas (que son fácilmente resolubles), si tomamos en consideración los poderes discrecionales —que tienen muchos jueces— para interpretar las normas creando nuevos derechos y los casos en que *«remedies precede rights».*

En cualquier caso, FERRAJOLI rechaza la denominada «objeción contra-mayoritaria», subrayando que la fundamentación principal del papel de los jueces no radica en su elección popular sino en su actuación de acuerdo con el Derecho.

**Palabras clave:** FERRAJOLI, jurisdicción, poderes discrecionales.

**ABSTRACT.** The proceduralist's attention is attracted mainly by the aspects of FERRAJOLI's work dealing with the administration of justice and the characters of jurisdiction. The basic starting point is when FERRAJOLI stresses that jurisdiction is a secundary guarantee ensuring the judicial protection of rights. Such a guarantee has to be general, since no right actually exists without an effective protection offered by courts.

In judicial contexts justice is properly administered when legal rules are correctly applied and the truth of the facts in issue is established according to evidence and proof, as the classical theory of judicial decision-making claims. Some problems may arise, however, but may be easily solved, when one takes into account the discretionary powers —belonging to many judges— to interpret the rules creating new rights, and the cases in which «remedies precede rights».

At any rate, FERRAJOLI rejects the so-called «countermajoritarian objection» outlining that the basic foundation of judge's role is not a popular election but relies upon the judge's compliance with the law.

**Keywords:** FERRAJOLI, jurisdiction, discretionary powers.

---

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

** *Cfr.* FERRAJOLI, 2007: *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto; 2. Teoria della democrazia. 3. La sintassi del diritto,* Bari. Este artículo reproduce la intervención llevada a cabo durante el seminario sobre *Diritto e democrazia costituzionale. Discutendo* Principia Juris *di L. Ferrajoli,* realizado en la Università di Bresica el 6 y 7 de diciembre de 2007.

1. Si se hojea la obra magna de L. FERRAJOLI, es normal que la atención de un procesalista se concentre de forma especial en los puntos en los que el autor se ocupa de la jurisdicción y de las funciones que ésta cumple o debería cumplir en el contexto de un sistema democrático y de tutela de los derechos. Es, pues, sobre estos aspectos del pensamiento de FERRAJOLI que me propongo realizar algunas observaciones.

El punto de partida del discurso es la calificación de la jurisdicción como garantía secundaria, cuya función fundamental consiste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos [1]. FERRAJOLI aclara que se trata de garantías reparatorias que tienen la finalidad de eliminar o reducir el daño producido, o de intimidar y castigar a los responsables [2], y que la jurisdicción no garantiza la satisfacción inmediata de los derechos, dado que este es el carácter propio de las garantías primarias, pero asegura la anulabilidad de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos realizados en violación de las garantías primarias [3]. Aclara también que de hecho las garantías secundarias, y entre ellas la jurisdicción, pueden no darse y presuponen la creación de aparatos judiciales capaces de aplicarlas adecuadamente [4]. Finalmente, FERRAJOLI precisa que las garantías jurisdiccionales se articulan en una serie de sub-garantías de carácter específicamente procesal, como las reconocidas habitualmente en normas constitucionales o en principios fundamentales del proceso [5].

No se puede estar en desacuerdo con las líneas generales de esta concepción de las garantías jurisdiccionales (salvo alguna precisión que haré enseguida). Ésta tiene, en efecto, la ventaja de establecer con claridad la función fundamental de la jurisdicción como instrumento indispensable de la implementación de los derechos. Por un lado, esto implica que se abandonen fórmulas habituales como las que sostienen que la justicia es un servicio, una empresa, una rama de la administración pública, etc., siguiendo una línea de desvalorización de la jurisdicción que se combina con la exaltación de las diversas formas de justicia «privada», como si la verdadera justicia la hicieran los árbitros (escogidos y pagados por las partes) y no los jueces (preconstituidos por ley y no retribuidos por sus «usuarios»).

Por otro lado, destaca claramente que la garantía jurisdiccional no puede no tener carácter general, en el sentido de que —al menos en principio— no existe realmente derecho alguno si éste no está acompañado de tutela jurisdiccional. Decir —como se hace a veces— que un derecho existe pero no goza de garantías jurisdiccionales y, por tanto, no es susceptible de una acción ante un juez, supone no haber entendido el vínculo intrínseco que debe darse, precisamente, entre la existencia de un derecho y la posibilidad de hacerlo valer en juicio en caso de violación o falta de implementación. FERRAJOLI apunta un fenómeno gravísimo, constituido por el hecho de que numerosos derechos fundamentales, a veces garantizados constitucionalmente, siguen careciendo de protección, en la medida en que no permiten ejercer una acción judicial y destaca, en particular, entre esos «derechos sin tutela» los «derechos

[1] *Op. cit.,* 1., pp. 675 y ss.
[2] *Ibídem.*
[3] *Ibídem.*
[4] *Op. cit.,* 1, p. 677.
[5] *Op. cit.,* 1, p. 678.

sociales»[6]. Este fenómeno existe, ciertamente, y constituye una de las lagunas más graves de los sistemas jurídicos actuales, empezando por el italiano. Al respecto, la denuncia de FERRAJOLI es debida y no puede más que ser compartida. La triste observación que se puede hacer es que vivimos en sistemas que se contentan con hacer vacías proclamaciones retóricas de los derechos fundamentales, olvidando que sin garantía jurisdiccional no se trata más, precisamente, que de vacías proclamaciones retóricas.

**2.** El discurso de FERRAJOLI sobre la jurisdicción prosigue abordando la identificación de sus caracteres fundamentales, en particular: *a)* la aplicación a los casos concretos de las normas sustantivas violadas; y *b)* la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas, como premisa necesaria para la adecuada aplicación de las normas substantivas[7]. FERRAJOLI subraya, oportunamente, que el núcleo central de la jurisdicción consiste en la determinación del supuesto de hecho sujeto a juicio, en un acto declarativo o cognitivo con el que el juez determina los hechos y su *nomen juris,* aplicando las normas a los hechos. Textualmente: «el juicio es, en efecto, prueba del hecho, a la que es aplicada la norma y, a la vez, interpretación operativa de la norma aplicada al hecho»[8]. A este análisis del juicio jurisdiccional se remite FERRAJOLI cuando dice, en otra parte, retomando las mismas definiciones y vinculándolas directamente con el principio de estricta legalidad que rige siempre que la jurisdicción desarrolla la función que le es propia, de aplicación sustantiva y, por tanto, de afirmación de la ley[9].

En esta forma de configurar la naturaleza fundamental de la jurisdicción resuenan las doctrinas clásicas acerca de la decisión judicial como aplicación de la ley substantiva a los hechos del caso concreto que hayan sido objeto de una adecuada demostración probatoria, cosa que no es nueva en FERRAJOLI. Esto no impide, sin embargo, que pueda hacerse alguna observación sobre la misma e incluso plantear alguna duda.

Por un lado, poner tan clara y decididamente el acento en la aplicación de las normas sustantivas en la decisión judicial permite dejar a un lado las teorías, que florecen especialmente, pero no sólo, en Estados Unidos, según las cuales la única justicia de la que se puede hablar en el ámbito de la jurisdicción es la justicia del proceso. En la cultura jurídica y filosófica norteamericana la idea de la *procedural justice,* en sus distintas versiones (desde RAWLS a los psicólogos experimentales)[10], ha tenido primordialmente el efecto de distraer la atención de la justicia o injusticia «sustancial» de la decisión judicial para concentrar el discurso sobre la justicia o injusticia del procedimiento, como si ésta pudiera absorber a aquélla, o asegurase a priori, la justicia del resultado final del procedimiento. Se trata de un discurso que no es nuevo (parecido al propuesto por LUHMANN en *Legitimation durch Verfahren*), que tiende a poner el acento en la legitimación y aceptabilidad de la decisión judicial, más que en su justicia substancial: de ésta, por otra parte, se olvidan los adeptos de la *procedural justice.* Las versiones italianas de concepciones como éstas se concentran —como es sa-

[6] *Ibídem.*
[7] *Op. cit.,* 1, pp. 879 y ss.
[8] *Op. cit.,* 1, p. 881, y análogamente p. 883.
[9] *Op. cit.,* 2, pp. 213 y ss.
[10] *Cfr.,* por ejemplo, LIND-TYLER, 1988: *The Social Psychology of Procedural Justice,* New York-London.

bido— en la idea del «justo proceso», que ha sido tan influyente que ha llevado incluso a la reforma del art. 111 de la Constitución [11]. Más allá de las contingentes motivaciones políticas (se trata, en realidad, de hacer «justo» el proceso penal para algunos imputados excelentes) y del hecho que las garantías fundamentales del proceso ya existían desde hace tiempo, éste ha sido un factor que, una vez más, ha llevado a muchos a sostener que la función de la jurisdicción se agota en asegurar la justicia de los procedimientos jurisdiccionales, pero no involucra a la justicia sustancial de las decisiones judiciales. Respecto de estas concepciones, muy discutibles pero no por ello menos difundidas, el fuerte énfasis de FERRAJOLI en que la función esencial de la jurisdicción es la afirmación y la aplicación de la ley sustantiva y, por tanto, de la correcta aplicación de la ley como condición esencial de la justicia de las decisiones, debe tomarse en muy seria consideración. Cuando se trata de asegurar la implementación de los derechos fundamentales, pero también cuando se trata de determinar cualquier otra situación jurídica, la idea de que se hace justicia llevando a cabo un procedimiento *fair,* pero no asegurando la correcta aplicación de la ley, debería resultar al menos curiosa.

Por otro lado, resulta no menos esencial la afirmación de FERRAJOLI, confirmada y repetida en diversas ocasiones, según la cual la garantía jurisdiccional implica la determinación, basada en las pruebas, de la verdad de los hechos que están en la base de la controversia: «la legitimidad de la decisión reside en la garantía de la determinación imparcial de la verdad» [12]. También a este respecto FERRAJOLI hace referencia a concepciones clásicas sobre la naturaleza de la decisión judicial, de la función de la prueba y de la necesidad de una determinación verdadera de los hechos del caso. No se puede obviar, sin embargo, incluso adhiriendo absolutamente a la tesis de FERRAJOLI, que ésta va —en el panorama actual— netamente a contracorriente.

Ante todo, aunque parezca producirse una suerte de «retorno a la verdad» en el plano filosófico y epistemológico [13], los *veriphobics* y los *deniers* de la verdad [14] son aún numerosos, especialmente entre los juristas y, en particular, entre los procesalistas [15]. En realidad, no todos los procesalistas comparten posiciones escépticas o indiferentes sobre el problema de la determinación de la verdad en el proceso [16]. Sin embargo, es importante que FERRAJOLI considere central entre las condiciones para la implementación de las garantías jurisdiccionales la determinación de la verdad sobre los hechos. Las razones por las que es importante son, al menos, dos. La primera es que la justi-

---

[11] La reforma ha provocado una literatura amplísima, sin duda desproporcionda respecto de la importancia real del tema. Al respecto, *cfr.,* por todos, COMOGLIO, 2004: *Etica e tecnica del «giusto processo»,* Torino; CHIARLONI, 2000: «Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile», en *Riv. dir. proc.,* pp. 1010 y ss.

[12] *Op. cit.,* 2, p. 214.

[13] Entre la literatura italiana reciente, *cfr.,* por ejemplo, MARCONI, 2007: *Per la verità. Relativismo e filosofia,* Torino; 2007: *Conoscenza e verità,* M. C. AMORETTI y M. MARSONET, 2005 (eds.), Milano: *La verità. Scienza, filosofia, società,* S. BORUTTI y L. FONNESU (eds.), Bologna. *Cfr.* también, a parte de las obras de GOLDMAN y de WILLIAMS citadas en la nota siguiente, LYNCH, 2004: *La verità e i suoi nemici,* tr. it. Milano.

[14] La primera definición es de GOLDMAN, 1999: *Knowledge in A Social World,* Oxford, pp. 7 y 9; la segunda es de WILLIAMS, 2002: *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy,* Princeton-Oxford, p. 5.

[15] Al respecto, vid., más ampliamente, TARUFFO, 1992: *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali,* Milano, pp. 7 y ss.

[16] Aparte del autor de estas páginas, sobre el que puede verse la nota precedente, *cfr.,* en particular, UBERTIS, 2007: *Sistema di procedura penale. I. Principi generali,* 2.ª ed., Torino, pp. 53 y ss.

cia de la decisión judicial no puede dejar de suponer, como condición necesaria (aunque, obviamente, no suficiente), la determinación de la verdad de los hechos sujeto de la controversia: como muchos piensan, ninguna decisión puede considerarse justa si se funda en una reconstrucción errónea de los hechos[17]. La segunda razón es que de esta forma se puede «reorientar» la función de las pruebas en un sentido epistémico, es decir, considerándolas como instrumentos para el descubrimiento de la verdad en el proceso, abandonando las recurrentes concepciones de la prueba como instrumento puramente retórico cuyo objetivo es producir una persuasión favorable en la mente del juez[18].

La referencia a la determinación de la verdad de los hechos produce también consecuencias respecto de la forma de concebir el proceso y su función (o, si se prefiere, respecto de la ideología del proceso y de sus finalidades). Las teorías de la *procedural justice* mencionadas anteriormente excluyen de su radio de atención la calidad y el contenido de la decisión final y, por tanto —obviamente—, no tienen en cuenta en absoluto la eventualidad de que la verdad de los hechos sea o no establecida. Es más, se puede añadir que el sistema procesal al que estas teorías se adaptan mejor, esto es, el *adversarial system* norteamericano, no sólo resulta estructuralmente incapaz de asegurar el descubrimiento de la verdad, sino que está orientado, precisamente, en sentido opuesto: como dicen sus teóricos más coherentes, en el proceso *adversarial* la verdad no sólo no es un fin perseguible sino que es, incluso, fastidiosa y contraproducente[19]. El problema es, sin embargo, de orden más general y, aquí, podrá ser sólo apuntado: deriva del hecho de que —como se observa a través del análisis estructural de los modelos procesales— si nos encontramos en un sistema procesal orientado exclusivamente a la resolución de la controversia e incardinado exclusivamente sobre la actividad de las partes, la verdad de los hechos no constituye ciertamente un objetivo que se considere digno de ser perseguido y, es más, puede ser un obstáculo a la solución eficiente del conflicto[20]. Esta observación no es válida sólo para el proceso norteamericano, y puede valer en línea general para todos los tipos de procedimiento que estén estructuralmente fundados en la libre iniciativa de las partes y en la idea de que el proceso consiste en una competición en la que aquéllas combaten frente a un juez pasivo y neutral. Surge, pues, una tensión —si no un verdadero conflicto— entre el valor representado por la determinación de la verdad como condición de justicia y de legalidad de la decisión y la idea de que el proceso es simplemente un lugar de enfrentamiento y de competición individual, que lleva por definición a una solución aceptable de la controversia.

Una implicación adicional de lo que dice FERRAJOLI acerca de la determinación de la verdad de los hechos afecta a la forma de concebir la cláusula constitucional del «justo proceso», ya mencionado, y también cualquier otro principio de justicia del proce-

---

[17] Más ampliamente al respecto, *cfr.* TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta,* ahora en ID., 2002: *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile,* Bologna, pp. 219 y ss.

[18] Sobre esta concepción vid., también para referencias adicionales, TARUFFO, *La prova,* cit., pp. 62, 284, 329 y ss.

[19] *Cfr.,* por ejemplo, LANDSMAN, 1984: *The Adversary System. A Description and Defense,* Washington-London, pp. 36 y ss.

[20] *Cfr.,* en particular, el análisis ya clásico al respecto de DAMAŠKA, 1986: *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo,* tr. it. Bologna, pp. 211 y ss.

dimiento, *due process of law, debido proceso legal,* etc. En síntesis, el problema puede ser formulado en estos términos: ¿estamos dispuestos a considerar justo un proceso que no asegure la obtención de decisiones justas? Según la concepción más difundida, pero también más banal y repetitiva, para la que el proceso es justo si asegura las garantías previstas como tutela de las partes, la respuesta puede ser positiva: si la calidad de la decisión no se considera relevante, y la justicia del proceso se valora sin tomar en cuenta los resultados que se obtienen, está claro que un proceso puede ser justo (en el sentido ya mencionado de la *procedural justice*) aunque no asegure la justicia de las decisiones que produce. Se puede decir también —como dicen muchos sin preocuparse de la circularidad del argumento— que es justa en cualquier caso la decisión que deriva de un proceso justo.

La concepción que parece más sensata es, en cambio, la que lleva a una respuesta negativa a la pregunta formulada: es imposible considerar justo un proceso que —aunque haga efectivas las garantías de defensa de las partes— pueda concluir con una sentencia injusta. Si además se considera, como se ha dicho hace un momento, que la justicia de la decisión final depende también —necesariamente— de la determinación de la verdad de los hechos, se infiere que un proceso no es justo si no está estructuralmente orientado a la búsqueda y al descubrimiento de la verdad. Parece evidente, por otra parte, que un proceso que se desarrolla correctamente puede producir decisiones injustas, si resulta errónea la determinación final de los hechos o si la norma se aplica de forma equivocada. Esta conclusión parece inferirse claramente de premisas razonables y aceptables, pero implica consecuencias relevantes dado que —como demostraría cualquier análisis comparado— muchos ordenamientos procesales (y, en particular, el proceso civil italiano) no están en absoluto estructurados de forma que se permita que se determine la verdad de los hechos.

**3.** La apelación a las concepciones clásicas de la decisión judicial, que FERRAJOLI pone en el centro de su concepción de la jurisdicción, es ciertamente compartible en sus aspectos fundamentales. Sin embargo, puede suscitar algunas perplejidades si no se entiende correctamente. Se trata de perplejidades quizás marginales respecto del núcleo fundamental del discurso de FERRAJOLI, pero que pueden no ser absolutamente irrelevantes.

Una primera perplejidad surge del hecho de que, como se ha visto más arriba, uno de los caracteres fundamentales de la jurisdicción radica en la aplicación de las normas sustantivas al supuesto de hecho concreto. De esta forma, sin embargo, se corre el riesgo de caer de nuevo en una concepción deductivista —o incluso mecanicista— de la decisión, con un juez visto como mero «aplicador» de normas preexistentes y preconstituidas. La fuente de perplejidad radica en la constatación de que no siempre las cosas son así. Por un lado, no es extraño que el juez se encuentre en la situación de tener que decidir en ausencia de normas o de situaciones jurídicas preexistentes. Esto se produce siempre que se carece de una específica norma sustantiva ordinaria que gobierne el supuesto de hecho y, por tanto, se plantea la alternativa entre declarar que ese supuesto de hecho carece de calificación jurídica (y, en consecuencia, carece de tutela jurisdiccional) y buscar «en otra parte» (en las normas constitucionales directamente aplicables, en los principios generales del ordenamiento, en el *common law,* en la práctica comercial, etc.) un criterio sustantivo de juicio que permita calificar el supuesto de he-

cho como jurídicamente relevante y, en consecuencia, considerarlo como tutelable en sede jurisdiccional. La respuesta a este problema no radica sólo en la conocida teoría de las lagunas y de los métodos para colmarlas: el centro del problema está en la configuración del poder del juez de buscar, y eventualmente crear, la regla sustantiva que necesita para decidir. Esto puede dar lugar a algún problema de aceptación en los ordenamientos de *civil law,* en los que se parte aún —aunque cada vez menos— de la premisa de que *rights precede remedies,* y que, por tanto, el juez debe determinar situaciones preexistentes de las que él está llamado a ocuparse. El mismo argumento crea menos problemas en los ordenamientos de *common law,* donde la premisa comúnmente aceptada es que *remedies precede rights* y que, por tanto, no hay nada extraño en que un derecho surja en el momento en que el juez declara que éste existe. Desde esta perspectiva, entonces, la función de la jurisdicción no es sólo declarar derechos una vez que éstos rigen, sino también crear derechos previamente inexistentes y que surgen precisamente con la decisión del juez que los reconoce.

Se intuye fácilmente que este problema asume una importancia especial precisamente en el ámbito de los derechos humanos y sociales: éstos surgen primero en la conciencia moral y social, y sólo después —a menudo con grave retraso— son reconocidos y regulados por los legisladores; y a veces, es más, este reconocimiento no se produce nunca. Así pues, si se limitase la función de la jurisdicción a declarar sólo lo que ya existe, se cerraría el camino a formas de garantía que podrían asegurar la ejecución de esos derechos, también en casos de inercia culpable de los legisladores. En algún caso, la prescripción de una jurisdicción «creativa» la realiza incluso el legislador: cuando, por ejemplo, la Constitución brasileña encarga al juez asegurar la ejecución de los derechos fundamentales —también en ausencia de normas legales ordinarias que los prevean— no hace otra cosa que atribuir a la jurisdicción una función de suplencia respecto de los otros poderes del Estado, precisamente con la finalidad de asegurar que los derechos fundamentales sean protegidos. Algo similar sucedió, en ausencia de previsiones normativas de todo tipo, con las *institutional injunctions,* creadas a partir de los años setenta por los tribunales estadounidenses: con este remedio procesal los jueces sustituyeron al legislador ordinario y a los órganos administrativos encargados de la tutela de los derechos fundamentales en el interior de instituciones como cárceles u hospitales. Fueron los jueces los que, en diversos casos, dispusieron —extendiendo sus poderes de una forma hasta entonces nunca vista— a la reorganización de estas instituciones: ejercitando, pues, un poder no sólo creativo sino incluso organizativo y administrativo.

Las situaciones mencionadas pueden constituir casos límite, pero también los casos límite pueden tener su relevancia para indicar un camino a seguir. No debe olvidarse, sin embargo, que se plantean problemas análogos —quizás de forma menos evidente pero con la misma importancia— cada vez que se trata de aplicar normas ya existentes, pero que reenvían a principios, a conceptos indeterminados o a cláusulas generales. Es conocido que en esos casos no se está ante una pura y simple discrecionalidad interpretativa y que el juez debe recurrir a la denominada hetero-interpretación de la norma que debe aplicarse. No hay nada nuevo a este respecto: queda, sin embargo, el hecho de que en todos esos casos el juez no debe sólo aplicar una norma preexistente, sino que dispone de un poder «creativo» en la identificación de la regla que deberá aplicar a los hechos. Además, en esta operación el juez puede tener que establecer qué hechos

deben probarse a los efectos de concretar adecuadamente el significado de la norma «abierta» (lo que puede poner en discusión diversos principios, como aquél por el que corresponde a las partes el monopolio de las alegaciones de los hechos relevantes que constituyen la base de la controversia).

FERRAJOLI es perfectamente consciente de estos problemas —viejos y nuevos— y reconoce que aquí se plantea el problema fundamental de la discrecionalidad interpretativa[21]. Sin embargo, tiende a discutir el problema sólo en el ámbito del juicio de constitucionalidad, mientras que respecto de la jurisdicción ordinaria piensa en un espacio interpretativo más reducido, según el modelo de la subsunción de los hechos bajo normas preestablecidas. Así, FERRAJOLI subraya que la jurisdicción dispone de una «esfera de lo decidible más reducida que la que está abierta a la legislación», pero después reconoce que también la jurisdicción lleva a cabo una actividad «inevitablemente discrecional y marcada muy a menudo por juicios de valor»[22]. Se trata de apuntes interesantes, pero que no recogen, seguramente, la importancia y la frecuencia de las situaciones en las que la jurisdicción no se limita a interpretar/aplicar normas sustantivas, sino que crea ella misma las situaciones sustantivas en las que se dan efectivamente los derechos.

**4.** Por este camino se alcanza otro problema de gran importancia: si se atribuye a los órganos jurisdiccionales no sólo una función de interpretación/aplicación de la ley preexistente, sino también una función creativa, surge el problema de la legitimación de los jueces para crear Derecho. Se trata de un tema clásico de la división de poderes (sobre el que, no por casualidad, FERRAJOLI apela a MONTESQUIEU[23]) o —en términos más actuales— de la *countermajoritarian objection,* según la cual los jueces no electos y, por tanto, no legitimados por el consenso mayoritario, no podrían realizar actos de naturaleza sustancialmente legislativa. FERRAJOLI señala con razón[24] que, de este modo, se opera una confusión entre dos tipos irreductiblemente distintos de legitimación: la electiva, típica del poder político, y aquella —típica del poder jurisdiccional— caracterizada exclusivamente por la sujeción del juez a la ley. Por ello, considera inapropiada la solución consistente en elegir a los jueces, porque «el poder judicial es un poder-saber, más legítimo cuanto mayor es el saber»[25]. Se puede estar sin duda de acuerdo en el punto de que la elegibilidad de los jueces no resuelve el problema (y que, es más, crea muchos otros desde el punto de vista de la independencia y de la imparcialidad del propio juez), del mismo modo que se puede estar de acuerdo en el hecho de que el juez no tiene ninguna legitimación política y no tiene ninguna necesidad de ella. Queda, en cambio, el hecho de que los jueces —y no sólo los jueces constitucionales—, por voluntad o necesidad, se hacen, cada vez más a menudo y con efectos más relevantes, con espacios en los que llevan a cabo una actividad creativa del derecho. Como se ha dicho ya, en efecto, sucede cada vez más frecuentemente, por inercia o por incapacidad de los legisladores, y no sólo en los sistemas del *common law,* que *remedies precede rights.*

---

[21] *Op. cit.,* 2, p. 74.
[22] *Op. cit.,* 2, p. 75.
[23] *Op. cit.,* 2, p. 213.
[24] *Op. cit.,* 2, p. 214.
[25] *Ibídem.*

No parece infundada la impresión de que se trata de una tendencia probablemente imparable y que, en ocasiones, es también una tendencia elogiable, si ésta implica una cierta medida de *stretching* de los principios tradicionales con el fin de tutelar de forma efectiva los derechos. El problema de la legitimación de los jueces para llevar a cabo este papel deberá plantearse en un plano distinto: no el de la legitimación política de tipo electoral, sino el de la implementación efectiva de las garantías de independencia y de imparcialidad de la magistratura[26].

*(Traducción de Jordi Ferrer Beltrán)*

[26] En este sentido véase *op. cit.,* 2, p. 218.

# *PRINCIPIA IURIS.* UNA DISCUSIÓN TEÓRICA *

Luigi Ferrajoli
*Universidad de Roma III*

**RESUMEN.** El autor contesta a las observaciones y críticas que se le habían formulado en el «Seminario de Brescia», dedicado a discutir su reciente obra *Principia iuris.* Su respuesta se divide en tres grandes partes: 1) Cuestiones de meta-teoría del Derecho y de la democracia. Los temas tratados aquí se refieren al método axiomático; a su concepción de la teoría del Derecho, de la dogmática jurídica, de la sociología del Derecho y de la filosofía política; y a su interpretación del constitucionalismo en clave positivista. 2) Cuestiones de teoría del Derecho. Aquí se discuten problemas relativos a su concepto de laguna y de antinomia y a las relaciones entre Derecho y lógica, con especial referencia a las normas implícitas. 3) Cuestiones de teoría de la democracia: los fundamentos de los derechos fundamentales; la democracia constitucional, la relación entre la democracia constitucional, el poder político y la soberanía; el carácter constitutivo del contrato de trabajo y las técnicas para completar las lagunas; la separación de poderes y el garantismo; la guerra y las relaciones internacionales; y el «optimismo metodológico».

**Palabras clave:** FERRAJOLI; *Principia iuris;* meta-teoría del Derecho; teoría del Derecho; teoría de la democracia.

**ABSTRACT.** The author discusses the commentaries and criticisms presented in the «Brescia's Seminar» organized on FERRAJOLI'S last work, *Principia iuris.* FERRAJOLI'S answer is threefold: 1) Questions on meta-theory of law and democracy. The topics here discussed are connected to: the axiomatic method; his conception of legal theory, legal dogmatics, sociology of law and political philosophy; and FERRAJOLI'S understanding of constitutionalism in terms of legal positivism. 2) Questions on legal theory. Here, FERRAJOLI includes problems connected to his conception of legal gaps and legal contradictions, as well as the relationship between law and logic, specifically the topic of implicit norms. 3) Questions on theory of democracy: the foundations of human rights; constitutional democracy; the relationship between constitutional democracy, political power and sovereignty; the constitutive character of the employment contract and the techniques to fulfill legal gaps; separation of powers and garantism; war and international relations; and «methodological optimism».

**Keywords:** FERRAJOLI; *Principia iuris;* meta-theory of law; theory of law; theory of democracy.

* Fecha de recepción: 15 de marzo de 2009. Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2009.

## INTRODUCCIÓN

Agradezco a todos los que han intervenido en este debate: por sus amables palabras que, me consta, deben atribuirse en gran parte a su amistad, y también por sus críticas, que me permiten precisar mejor las tesis que he sostenido. Mi agradecimiento se dirige, de manera particular, a T. MAZZARESE: no sólo por haber organizado —en Brescia, sólo dos meses después de la publicación del libro— este debate, sino también por las muchas críticas y los muchos estímulos que me ha proporcionado.

Muchas de mis tesis, sobre todo las tesis sobre la democracia desarrolladas en el segundo volumen de *Principia iuris,* eran conocidas por muchos de los que han intervenido aquí, porque habían sido anticipadas en otros escritos y habían sido discutidas en otros de nuestros encuentros y debates [1]. Pero la teoría del Derecho —que a causa del método adoptado ha sido la parte que me ha requerido más trabajo y que me ha tenido ocupado durante un tiempo muy superior al empleado en la teoría de la democracia, de la que constituye el fundamento y una premisa necesaria— nunca había sido discutida, excepción hecha de una mitad del capítulo XI sobre los derechos fundamentales. Por ello, discutir acerca de todo mi trabajo con tantos estudiosos que me son próximos —por antigua amistad, pero también por la común formación ius-analítica y por los valores políticos comunes— ha constituido para mí una ocasión preciosa de confrontación y reflexión crítica, después de un soliloquio que ha durado demasiadas décadas.

Dividiré esta respuesta a las muchas críticas, observaciones e incitaciones que se me han dirigido en el curso de nuestro debate en tres partes: 1) la primera, dedicada a las cuestiones metateóricas y metodológicas; 2) la segunda, a las cuestiones de teoría del Derecho; 3) y la tercera, a las cuestiones de teoría de la democracia.

## 1. CUESTIONES DE META-TEORÍA DEL DERECHO Y DE META-TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

Las cuestiones metateóricas han sido quizás las más discutidas. Sobre ellas han intervenido, en particular, S. SENESE, M. PALMA, T. MAZZARESE, M. GASCÓN ABELLÁN, R. GUASTINI, M. ATIENZA, J. J. MORESO, L. PIETRO SANCHÍS y C. DELLA POZZA. Las cuestiones que ellos han afrontado son esencialmente tres: el método axiomático empleado en la elaboración de la teoría del Derecho; el estatuto epistemológico de la teoría y a relación de ésta con las disciplinas jurídicas positivas, con la sociología del Derecho y con la filosofía política; la concepción iuspositivista del paradigma constitucional y la tesis de la separación entre el Derecho y la moral.

---

[1] L. GIANFORMAGGIO (ed. al cuidado de), 1993, *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli, Torino:* Giappichelli; L. FERRAJOLI, 2009, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico,*(2001) ed. a cargo de E. VITALE, Roma-Bari: Laterza, 3.ª ed. 2009, trad. esp. de A. DE CABO y G. PISARELLO, 2005, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), Madrid: Trotta, 2.ª ed.; M. CARBONELL y P. SALAZAR, 2005, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi ferrajoli*, Madrid: Trotta, al que he contestado en *Garantismo. Una discussione sul diritto e sulla democracia*, Madrid: Trotta, 2006; L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, 2008, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

### 1.1. El método axiomático. Presupuestos y ventajas

Me ha producido mucho placer que precisamente un operador del Derecho como S. SENESE haya insistido sobre el valor no sólo científico sino también práctico del empleo del método axiomático en la construcción de la teoría del Derecho. Me doy cuenta de hecho de que la formalización del lenguaje requerida por tal método puede resultar no sólo desagradable sino también incomprendida, como una inútil o, cuando menos, excesiva complicación y, por tanto, puede alejar y disuadir a los lectores. Y sé bien que el recurso al lenguaje simbólico y al aparato de fórmulas que acompañan a las tesis teóricas (y, en el volumen tercero, sus demostraciones) está destinado, aunque tales tesis siempre estén formuladas también en el lenguaje común, a suscitar el recelo de los juristas y de los filósofos de la política que son los principales interlocutores de este trabajo. Por ello, la conveniencia de insistir, en vía preliminar, sobre sus presupuestos y, sobre todo, sobre sus extraordinarias ventajas.

El presupuesto de la formalización y de la axiomatización de la teoría del Derecho es el carácter artificial del lenguaje teórico que hace que su estatuto sea diferente al del lenguaje dogmático de las disciplinas jurídico-positivas. A diferencia de los conceptos de la dogmática —por ejemplo, los conceptos de «mutuo», de «comodato», de «hurto», de «homicidio», de dolo» o de «culpa»— cuyas reglas de uso son extraídas de las leyes y requieren, por tanto, del jurista y del operador jurídico, sobre la base del análisis del lenguaje legal, redefiniciones lexicográficas ancladas en los usos del legislador, los conceptos de la teoría del Derecho —por ejemplo, «norma», «fuente», «acto jurídico», «derecho subjetivo», «obligación», «prohibición», «validez», «ordenamiento» y similares— son conceptos cuyo significado sería vano buscarlo en las leyes. Se trata de hecho de conceptos construidos directamente por el teórico, mediante definiciones estipulativas de las cuales no tendría sentido predicar, como en relación con las definiciones lexicográficas de la dogmática, verdad o falsedad, sino sólo la mayor o menor adecuación, dentro de la sintaxis de todo el discurso teórico, a la explicación del universo de la teoría.

Pues bien, si esto es así, si el lenguaje de la teoría del Derecho es un lenguaje artificial, esto es, construido por el propio teórico, entonces no sólo es posible y oportuno, sino que es obligado construirlo de la manera más rigurosa posible: estableciendo y explicitando tanto las reglas de formación como las reglas de transformación. Este rigor semántico, hace notar SENESE, es lo que falta en el lenguaje teórico usado por los operadores, cuyos términos, «formados a través de una tradición plurisecular... se presentan como fuertemente imprecisos y polisémicos», dando lugar a «conceptos ambiguos o directamente indeterminados» que, «en conjunción con la creciente imprecisión y polisemia del lenguaje» legal, dejan «espacio, en las conclusiones operativas que se extraen de ahí, a elecciones y propensiones subjetivas del intérprete, las más de las veces no del todo consciente de ello» (p. 2). Y es precisamente el rigor, la univocidad y la precisión del lenguaje teórico lo que el método axiomático permite lograr. En base a ello, en efecto, todos los términos de la teoría, excepción hecha de un número limitado de términos primitivos, son definidos mediante otros términos primitivos o previamente definidos; y todas las tesis de la teoría, excepción hecha de un número limitado de postulados y de definiciones, son derivados de los postulados, de las definiciones y/o otras tesis derivadas de manera análoga. La teoría, dicho brevemente, es formalizable porque es for-

mal, y resulta formal porque es formalizada: entendiendo por «formal» una tesis o un sistema de tesis —por ejemplo, la definición de «norma» o la de «derecho subjetivo»— que no nos dicen nada sobre la realidad, esto es, en nuestros ejemplos, sobre cuáles son o cuáles sería justo que fueran las normas o los derechos subjetivos en un ordenamiento dado, sino únicamente qué es lo que convenimos en entender con la palabra «norma» o «derecho subjetivo».

Naturalmente, como ha escrito M. PALMA, el sistema teórico así construido, aunque coherente, es incompleto. Pero este carácter incompleto, insuperable en los sistemas formalizados, subraya PALMA (p. 4), es para mí un «valor añadido» de la teoría. De hecho, el método axiomático, al exigir «distinguir lo que es lógicamente deducible de lo que no lo es» (p. 5) en cuanto fruto de asunciones o convenciones, hace de la teoría axiomatizada del Derecho, como se desarrolla en el primer volumen, una suerte de arsenal abierto: abierto siempre a ulteriores desarrollos, a través de modificaciones o sustituciones de las asunciones, esto es, de los postulados y de las definiciones —modificaciones y sustituciones que, por lo demás, yo mismo he aportado innumerables veces- así como a ulteriores posibles interpretaciones empíricas del sistema teórico—.

Las ventajas del método axiomático son, por ello, el máximo rigor científico y la máxima capacidad explicativa que su empleo proporciona a la teoría. Indicaré cuatro: a) la univocidad semántica de todos los términos teóricos asegurada por sus definiciones sobre la base de reglas de formación preestablecidas; b) la coherencia interna del discurso teórico, asegurada por las demostraciones de todas sus tesis no primitivas, o teoremas, sobre la base de las reglas de transformación (las de la lógica de predicados, la lógica de enunciados y la lógica modal) a su vez preestablecidas; c) la transparencia de las elecciones que están detrás de la teoría y que son todas ellas y únicamente expresadas por las asunciones (postulados y definiciones), siendo todas las otras tesis, respecto de aquéllas, lógicamente verdaderas, y d) la fecundidad del método, que no es sólo un método de control, sino todavía antes un método de descubrimiento, dado que no todas las tesis válidamente demostrables como verdaderas son intuitivas y no todas las tesis intuitivas son válidamente demostrables como verdaderas. Es gracias a este método como es posible el progreso científico de la teoría, la cual consiste en una red compleja de conceptos y de aserciones que, como he dicho, puede siempre ser mejorada y desarrollada con la modificación de postulados y definiciones o con el añadido de nuevos postulados y de definiciones o con el añadido de nuevos postulados, de nuevos términos y de nuevas definiciones.

Pero hay otras adquisiciones y otras ventajas, de carácter más propiamente epistemológico, que provienen del empleo del método axiomático. En primer lugar, la estructura sintáctica y normativa que en los ordenamientos dotados de constituciones rígidas viene identificada por la teoría con el auxilio de la axiomatización revela, como escriben tanto T. MAZZARESE (p. 2) como M. PALMA (p. 2), la «doble», «intrínseca interdependencia de la democracia entre la democracia y el Derecho y entre el Derecho y la razón». «La teoría axiomatizada», afirma MAZZARESE, «es funcional a una teoría de la democracia constitucional (no axiomatizada)» (p. 3); en el sentido, añade PALMA, de que la estructura normativa de la democracia constituye la referencia semántica y «la expresión empírica de la implantación formal; es su equivalente isomorfo, y no ya un

conjunto de prácticas de buen gobierno. La democracia es tal si no traiciona tal isomorfismo» (p. 2).

La segunda ventaja, traída a la luz por M. GASCÓN ABELLÁN (pp. 11, 13-16) está conectada con la primera, y consiste en el hecho de que la teoría, precisamente gracias a la coherencia interna asegurada por la axiomatización, hace explícito el carácter normativo del Derecho en relación consigo mismo y hace visibles las divergencias entre Derecho y realidad. Por un lado, hace notar GASCÓN ABELLÁN, la teoría, al analizar «las relaciones lógicas» entre los conceptos teóricos deónticos expresados por el cuadrado de las modalidades (como, por ejemplo, las contradicciones entre permisos y prohibiciones) y por el correlativo cuadrado de las expectativas (como, por ejemplo, las implicaciones entre expectativas y obligaciones), confiere a tales relaciones —que he llamado *principia iuris tantum*— un carácter que es «normativo en relación con el Derecho, sin por ello comprometerse en el plano ideológico y valorativo» (p. 11). Por otro lado, precisamente los *principia iuris tantum* de la coherencia y de la plenitud permiten «medir mejor la distancia que separa la realidad de su modelo» normativo y sirven por ello para «pedir la transformación de la primera» (p. 16). De esta manera, como ya había resaltado L. GIANFORMAGGIO[2], es como la teoría del Derecho asume una función garantista en relación con el propio Derecho y «la lucha por la justicia viene incorporada en el seno de la teoría»: porque «la teoría no es un discurso meramente descriptivo, sino también reconstructivo del universo lingüístico» y normativo del Derecho (p. 16) y, por ello, impone a las disciplinas jurídico-positivas un rol crítico y proyectivo en relación con su propio objeto —las antinomias y las lagunas— sobre la base del propio Derecho.

La tercera ventaja metateórica, señalada también esa por M. GASCÓN ABELLÁN, se refiere al objeto de la teoría, y precisamente a lo que ella llama la elasticidad del discurso teórico (pp. 2-3). Las teorías del Derecho, afirma GASCÓN ABELLÁN, tienen siempre el riesgo de oscilar entre dos posibles vicios: el de ser demasiado generales, esto es, de servir para cualquier tipo de experiencia jurídica, lo que supone tener una escasa capacidad analítica y explicativa en relación con los ordenamientos más complejos como los de las actuales democracias constitucionales; y el vicio opuesto de ser demasiado específicas, esto es, dar cuenta solamente de este último tipo de ordenamientos y no también de los ordenamientos más simples y elementales. El desarrollo de la teoría que hace posible el método axiomático a través de definiciones en gran parte *per genus et differentiam* permite, por el contrario, a partir de los conceptos más genéricos y elementales, dar cuenta, en sus partes iniciales, también de los sistemas jurídicos primitivos e incluso de los sistemas normativos no jurídicos; y permite proceder después, gracias a la introducción de conceptos dotados de una intensión cada vez mayor y de una cada vez menor extensión, al desarrollo, en sus partes más avanzadas, de teorías más complejas, capaces de dar cuenta de los sistemas jurídicos más evolucionados como los de los actuales ordenamientos constitucionales.

En fin, una cuarta ventaja asegurada por el método axiomático consiste en una doble refundación epistemológica de la ciencia jurídica. La axiomatización hace de la

[2] L. GIANFORMAGGIO, «Diritto e ragione tra essere e dover essere», en *Íd.* (edición a cargo de), *Le ragioni del garantismo* cit, p. 35.

teoría del Derecho una teoría «formal», en el sentido antes precisado, que hace referencia —y no puede no hacerla, siendo imposible la formalización de conceptos básicos (como «acto», «norma», «situación», «ilícito», «validez», «vigencia», «efectividad» y similares) que no valgan, a causa de sus múltiples y genéricas relaciones sintácticas, para todos los fenómenos jurídicos— a todo el universo del discurso teórico, es decir, a todo el sistema jurídico. De aquí, por un lado, la capacidad de la teoría para captar la unidad del Derecho a través de la formulación de tesis y de categorías válidas para todo el Derecho y así para unificar los diversos sectores disciplinarios del saber jurídico, que la organización académica de los estudios ha separado en ramas que se comunican cada vez menos entre ellas; y, por otro lado, para concebir como interpretaciones empíricas del paradigma teórico del Derecho moderno, no sólo las disciplinas jurídico-positivas y la sociología del Derecho, sino también la teoría de la democracia, que resulta así fundada no ya como una genérica teoría del buen gobierno democrático, sino como una teoría política anclada en las concretas experiencias jurídicas del constitucionalismo democrático. De ello resulta, como ha hecho otra T. MAZZARESE, «un modelo integrado de ciencia jurídica que, sin ignorar las respectivas competencias disciplinares, temáticas y metodológicas, reivindica la recíproca complementariedad entre teoría del Derecho, dogmática, filosofía política y sociología del Derecho» (p. 5).

### 1.2. La teoría del Derecho como teoría formal y sus interpretaciones empíricas: dogmática jurídica, sociología del Derecho y filosofía política

Esta concepción de la teoría del Derecho —de su naturaleza formal, de su método y de su función pragmática— ha sido criticada tanto por R. GUASTINI como por M. ATIENZA con argumentos sustancialmente convergentes.

GUASTINI ha criticado mi concepción de la teoría del Derecho como teoría que se ocupa sólo «de las estructuras formales de los ordenamientos jurídicos, independientemente de los valores que los informan y de sus concretos y variables contenidos prescriptivos» (p. 1), oponiendo las dos siguientes observaciones: a) «el Derecho es —en todo tiempo y lugar— simplemente indistinguible de la "cultura jurídica"», dado que los «textos normativos» en los que yo identificaría el Derecho como objeto de la teoría «no tienen vida propia independientemente de la interpretación y de la dogmática», de modo que «lo que llamamos "el Derecho" es indistinguible de los conceptos y de las doctrinas que los juristas usan: aparentemente para describirlo, en realidad para modelarlo» (p. 3); b) «objeto» de la teoría son «no las estructuras formales» del Derecho (p. 3), que «no es del todo claro», entre otras cosas «qué son» (p. 4), «sino el análisis lógico y pragmático de los discursos de la jurisprudencia, entendida obviamente como *sapientia iuris*» (p. 3).

Encuentro sorprendente que un iuspositivista de estricta observancia como GUASTINI haga propia la tesis vagamente idealista, que recuerda la de la escuela histórica del Derecho, según la cual el Derecho «positivo» no consiste en el conjunto de documentos normativos «puestos» por quien está jurídicamente habilitado para producirlos, sino que incluye también sus interpretaciones, incluso sus muchas posibles interpretaciones, hasta identificarse directamente, como en el Derecho jurisprudencial pre-moderno, con

la doctrina y con la cultura jurídica. Ciertamente, como escribe GUASTINI, son la interpretación y la dogmática las que «modelan» el Derecho; así como, por lo demás, son las observaciones experimentales y la ciencia física las que modelan el mundo físico del que adquirimos conocimiento. Se puede añadir también que la práctica jurídica consiste siempre en las contingentes, múltiples y variables interpretaciones de los enunciados normativos en los que consiste el Derecho positivo. Pero todo esto no quita para que tales enunciados preexistan a (como cosa distinta de) su interpretación y que el Derecho «positivo», es decir, «puesto» como existente o vigente, es otra cosa, al menos después del nacimiento del Estado moderno y de la afirmación del principio de legalidad como su norma de reconocimiento, de la ciencia jurídica que constituye el objeto o el universo del discurso de la teoría. Es, pues, evidente, que el Derecho, al consistir en un lenguaje, admite como método específico de investigación la interpretación y el análisis del lenguaje en el que está formulado; y que, en este sentido, las normas jurídicas, es decir, los significados atribuidos a los documentos normativos, son un producto de la «cultura jurídica» o, más exactamente, si con esta expresión tan genérica entendemos también la teoría del Derecho y la sociología del Derecho, de aquel conjunto de disciplinas jurídico-positivas que he llamado «dogmáticas» y que interpretan, reformulan, clarifican, proveen argumentos sobre y explican los contenidos prescriptivos concretos de los diversos sectores de cada ordenamiento.

Pues bien, es precisamente de estas disciplinas dogmáticas —que corresponden, junto con el de la sociología del Derecho, a uno de los dos niveles de observación de la ciencia jurídica y a una de las posibles interpretaciones empíricas de la teoría—, de las que yo he diferenciado la teoría del Derecho, en cuanto discurso dirigido al análisis de las estructuras formales del Derecho, independientemente de sus concretos contenidos prescriptivos. He sostenido, por ello, exactamente lo contrario de lo que me atribuye GUASTINI asociándome a BOBBIO: «el conjunto de los documentos normativos», o bien «el lenguaje del legislador», no es de ningún modo el «objeto» (p. 2) indagado por la teoría del Derecho, sino el fenómeno o el conjunto de fenómenos que forman la referencia empírica de la específica «interpretación normativista» de la teoría que es la dogmática jurídica. En este sentido, como he afirmado en la introducción de *Principia iuris,* la teoría del Derecho, como cualquier otra teoría empírica, es una construcción artificial distinta de los discursos de observación en torno a los contingentes e infinitos fenómenos que forman el objeto de las disciplinas jurídico-positivas. Y decir que ella se ocupa de las «estructuras formales», o sea, de la sintaxis del Derecho, es sólo una manera distinta de decir que es una teoría «formal», como, por lo demás, no puede no serlo cualquier teoría formalizada y axiomatizada: para decirlo de manera más precisa, que ella no es otra cosa que un sistema de conceptos y de aserciones conectados entre sí por una red de relaciones sintácticas —las estipuladas y expresadas en los postulados y en las definiciones y las derivadas de ahí y expresadas en los teoremas— las cuales, de por sí, no tienen ningún sentido (no nos dicen nada sobre los contenidos normativos que tienen o que sería justo que tuvieran los concretos ordenamientos jurídicos) sino sobre la base de una interpretación empírica o semántica por obra de la dogmática jurídica, o bien de la sociología del Derecho o de la filosofía política. Este es precisamente el nexo (no lógico, sino epistemológico) que une la teoría del Derecho con las disciplinas jurídico-positivas, esto es, a lo que llamamos dogmática o doctrina jurídica y, por otro lado, a la sociología del Derecho y a la filosofía política.

En oposición a esta concepción —que es un calco, aunque con divergencias no irrelevantes, de la noción de teoría «pura» de KELSEN y de la de teoría «formal» de BOBBIO[3]— GUASTINI propone una concepción singular de la teoría del Derecho, que es una consecuencia, por lo demás, de la ya mencionada configuración pandectística del Derecho como «indistinguible de la cultura jurídica». Según esta concepción, efectivamente «alternativa, la teoría del Derecho es un metalenguaje del lenguaje objeto constituido por la "ciencia jurídica"» (p. 4). «Esta concepción alternativa (aquí, evidentemente, simplemente esbozada) sugiere a la teoría un objeto algo diverso...: no las estructuras formales del ordenamiento... sino el análisis lógico y pragmático de los discursos de la "jurisprudencia", entendida obviamente como sapientia iuris. Así entendida, la teoría del Derecho se resuelve —para seguir usando una expresión puesta en circulación por BOBBIO— en "metajurisprudencia" o, si se quiere decir así, en filosofía de la ciencia jurídica» (p. 3), cuya «tarea es el análisis lógico de los razonamientos y el análisis pragmático de las doctrinas de los juristas» (p. 5).

En suma, al haber identificado el Derecho con los conceptos y con las doctrinas «que los juristas usan: aparentemente para distinguirlo [de otras realidades], en realidad para modelarlo» (p. 3), GUASTINI identifica la teoría del Derecho con la meta-ciencia o meta-teoría del Derecho o bien, como él dice, con la «metajurisprudencia». El objeto o el universo del discurso de la teoría no sería por ello el Derecho, como precisamente dice la expresión teoría del Derecho, sino la ciencia o la doctrina del Derecho. La teoría del Derecho equivaldría, por ello, a la teoría de la ciencia o de la teoría del Derecho, es decir, a una meta-teoría o una meta-ciencia, configurada o como «descriptiva» o como prescriptiva o, mejor, «constructiva[4]».

---

[3] En particular, de manera distinta que para KELSEN o para BOBBIO, «formal» en el sentido ilustrado más arriba, no equivale precisamente, a mi juicio, a «avalorativa», ni mucho menos a «descriptiva». La teoría (axiomatizada) del Derecho es formal en el sentido de que no nos dice nada sobre los contenidos del Derecho, sino sólo sobre sus formas o estructuras sintácticas. Sin embargo, no es puramente descriptiva, como ha subrayado bien M. GASCÓN ABELLÁN (pp. 8-9), ni tampoco enteramente avalorativa, a causa, de un lado, de las elecciones que presiden la estipulación de los postulados y de las definiciones y, de otro lado, por su carácter explicativo, debido a sus *principia iuris tantum*, de la normatividad también sustancial del Derecho en sí mismo considerado.

[4] Se trata de una tesis que GUASTINI sostiene desde hace tiempo. «Pueden distinguirse dos estilos. Por un lado, el estilo descriptivo»: es la aproximación de los que se limitan a describir la dogmática existente «desde el punto de vista externo», *au dessus de la mélée* (se trata de una actitud típicamente «realista»): sin implicarse, digámoslo así, en las controversias entre los juristas, sino únicamente poniendo en claro las interioridades prácticas (por ejemplo: poniendo en claro los presupuestos ideológicos y las implicaciones políticas de las diversas tesis en conflicto). *Este tipo de TD —puramente descriptiva— se resuelve, tendencialmente, en la historiografía (y/o en la sociología) de la ciencia jurídica*. Por otro lado, el estilo constructivo: es la aproximación de los que no se limitan a un trabajo puramente descriptivo sino que, por el contrario, intervienen directamente en las controversias entre los juristas proponiendo, por ejemplo, redefiniciones de los conceptos contestados: redefiniciones destinadas, fatalmente, a incidir sobre la interpretación de los documentos normativos. *Este tipo de TD —no descriptiva, sino más bien propositiva y estipulativa— se resuelve, tendencialmente, en la propia dogmática*» (las cursivas son mías) (R. GUASTINI, 1996, «Immagini della teoria del diritto» [1994] en *Id., Distinguendo. Studi di teoria e metateoría del diritto*, Torino: Giappichelli, p. 12). *Cfr.* también R. GUASTINI, 1982, *Lezioni di teoria analítica del diritto*, Torino: Giappichelli, p. 6: «Objeto de la teoría del Derecho no es directamente el de llegar a un más preciso conocimiento del Derecho vigente, sino el de clarificar el sentido del discurso dogmático»; *Id., Dalle fonti alle norme* (1992), Torino: Giappichelli, 2.ª ed., p. 292, donde la teoría del Derecho viene configurada como «meta-ciencia de la ciencia jurídica» que «se refiere —a pesar de su nombre— no propiamente al Derecho, sino más bien al discurso de la propia jurisprudencia». Análoga, pero más amplia, es la noción de teoría del Derecho sugerida por P. COMANDUCCI, 2003, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*, en *Análisis e diritto. Richerce di giurisprudenza analítica. 2002-2003*, ed. a cargo de P. COMANDUCCI y R. GUASTINI,

Ahora bien, afortunadamente, nuestro vocabulario es bastante rico como para disponer de términos diversos para designar disciplinas diversas: «teoría de la ciencia jurídica» o «epistemología de la ciencia jurídica», para designar la meta-jurisprudencia (o la meta-teoría jurídica) prescriptiva, y «sociología del conocimiento jurídico», para designar la meta-jurisprudencia (o la meta-teoría jurídica) descriptiva, la una y la otra distintas, en cuanto meta-teorías (o meta-ciencias) de la «teoría» y de la «ciencia del Derecho». Pero ninguna de estas dos cosas se corresponde con lo que se ocupa habitualmente la teoría del Derecho, cuyo espacio resulta por ello perdido por GUASTINI[5]. Prueba de ello es el hecho de que, en el sentido de GUASTINI, ninguno de los más conocidos y clásicos textos de teoría del Derecho sería una teoría del Derecho: no lo sería la Teoría general del Derecho ni la Teoría pura del Derecho de H. KELSEN; ni la Teoría general del Derecho que es como el propio GUASTINI ha titulado, recopilándolo en un único volumen, la Teoría de la norma jurídica y la Teoría del ordenamiento jurídico de N. BOBBIO; ni El concepto de Derecho de H. HART; ni Sobre el derecho y la justicia de A. ROSS; ni incluso gran parte de las Lecciones de teoría del Derecho y del Estado ni muchas otras valiosísimas contribuciones a la teoría del Derecho del propio GUASTINI. En todos estos textos, de hecho, no se habla más que de manera marginal de los razonamientos y de las doctrinas de los juristas. En ellos se definen conceptos teóricos o se elabora la red de conceptos y de tesis en la que se expresan y analizan las «estructuras formales del Derecho», obviamente independientes de los discursos y del «lenguaje del legislador», investigados, por el contrario, por las disciplinas jurídicas particulares. GUASTINI —que precisamente ha hecho de las distinciones el rasgos distintivo del estilo analítico, practicado por él siempre de manera ejemplar— comete, en suma, en su metateoría, dos confusiones: a) la confusión expresada por la tesis de que el Derecho es indistinguible de la (o bien incluye la) doctrina jurídica, del lenguaje y del discurso del Derecho con el metalenguaje y con el metadiscurso de la ciencia del Derecho; b) la confusión, consecuencia de la primera, en un único discurso, de los diversos discursos que desde puntos de vista distintos pueden llevarse a cabo sobre el derecho: el teórico, el dogmático y el sociológico.

Precisamente la configuración de la teoría del Derecho como teoría formal permite, por el contrario, distinguirla y junto con ello conectarla a las diversas y distintas aproximaciones disciplinares al estudio empírico del Derecho —las disciplinas jurídico-positivas, la filosofía política y la sociología del Derecho— dentro del modelo integrado del saber jurídico del que se ha hablado al final del apartado 1.1. Estas distintas aproximaciones, como bien ha recordado M. GASCÓN ABELLÁN (pp. 7-8) pueden de hecho configurarse como otros tantos puntos de vista sobre el Derecho y como otras tantas interpretaciones empíricas o semánticas de la teoría: a) el punto de vista externo o axiológico de la justicia, es decir, de la valoración ético-política, de la crítica externa y de la

---

Torino: Giappichelli, p. 3: «La tarea del teórico del Derecho consiste en dar cuenta de la realidad jurídica concebida como fenómeno lingüístico: de los discursos del legislador, de los jueces, de los operadores prácticos del Derecho, de la propia dogmática»: donde el Derecho (o sea, el conjunto de los discursos del legislador) está expresamente confundido, dentro de un mismo objeto o universo del discurso, con el de la teoría, con la jurisprudencia (es decir, con los discursos de los jueces y de los otros operadores) y con aquella parte de la ciencia del Derecho que es la dogmática.

[5] Ya he tenido ocasión de criticar esta concepción de la teoría del Derecho en *La cultura giuridica nell'Italia del `900*, Roma-Bari: Laterza, 1999, p. 95 y en «La pragmática della teoria del diritto», en *Analisi e diritto. 2002-2003* cit., pp. 372-375.

planificación del Derecho positivo, que es propio de la filosofía política; b) el punto de vista interno o jurídico de la validez o de la vigencia, es decir, de la descripción y de la crítica interna del Derecho vigente, que es propio de la ciencia jurídica; c) el punto de vista externo o empírico de la efectividad, es decir, de la descripción y de la crítica de lo que de hecho ocurre al cumplir o violar el Derecho, que es el punto de vista de la sociología del Derecho. Y he mostrado cómo las relaciones entre estos tres puntos de vista consisten en otras tantas divergencias deónticas, es decir, en la relación entre el deber ser y el ser que tiene lugar entre sus diversos parámetros: entre justicia y validez, entre validez y vigencia, entre vigencia y efectividad.

Son estas divergencias las que señalan los problemas más interesantes de las distintas aproximaciones disciplinares: el problema de la injusticia, el de la invalidez y el de la inefectividad. Si la divergencia entre justicia y validez ha sido reducida por la positivización, por obra de las Constituciones, de los clásicos principios de justicia como igualdad y los derechos fundamentales, las divergencias entre validez y vigencia y entre vigencia y efectividad vienen reducidas por el sistema de las garantías. En este sentido, el garantismo, como ha dicho diversas veces y ha recordado L. PRIETO SANCHIS (pp. 2 y 8), es la otra cara del constitucionalismo: las garantías jurídicas —sean primarias o secundarias— son de hecho las técnicas idóneas para asegurar el máximo de efectividad de las promesas constitucionales y por ello para reducir la divergencia, dentro de ciertos límites fisiológica y más allá de esos límites patológica, entre el deber ser constitucional y el ser legislativo del Derecho positivo. Hay, por otro lado, un nexo entre justificación y legitimación externa y entre garantismo y legitimación interna: en la medida en que la razón externa estipulada en la Constitución como «razón social» es compartida políticamente, justificación externa y garantismo coinciden[6].

### 1.3. Iusconstitucionalismo y neoconstitucionalismo. Sobre la argumentación

Una concepción del Derecho y de la teoría del Derecho singularmente análoga a la sostenida por R. GUASTINI, aunque basada en presupuestos totalmente diferentes, es la promovida por M. ATIENZA, sobre la que además ya hemos discutido en otra ocasión[7]. «El Derecho —afirma ATIENZA— no puede entenderse exclusivamente como un sistema de normas, sino también como una práctica jurídica» (§ 6). El presupuesto de esta tesis es para ATIENZA, como es sabido, la convicción de que el Derecho tiene alguna conexión con la moral y que, en particular, los derechos fundamentales son «valores» (§ 8)[8]; de suer-

[6] Sobre este nexo entre justificación o legitimación política o externa y garantismo o legitimación jurídica o interna, reenvío a, 2004, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale (*1989), Roma-Bari: Laterza, 8.ª ed. ap. 25, pp. 332-340, trad. Española de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J. C. BAYÓN MOHINO, J. TERRADILLOS BASOCO y R. CANTARERO BANDRÉS, 2008, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (*1995), Madrid: Trotta, 8.ª ed., 2008, pp. 338-345.

[7] *Cfr.* M. ATIENZA, «Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional,* cit., §§ 5 y 6, pp. 144-164 y mi respuesta, «Constitucionalismo y teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso»*, ib.,* §§ 2 y 3, pp. 173-195. Vid. también, mi «Garantismo»*,* cit., cap. 2, pp. 23-38, en respuesta a las críticas de A. GARCÍA FIGUEROA y de M. IGLESIAS VILA, en *Garantismo. Estudios*, cit. pp. 267 y 77-104.

[8] El término «valores», como ha puesto de manifiesto P. ANDRÉS IBÁÑEZ (p. 1), no figura entre mis términos teóricos y tampoco en el índice analítico de los argumentos de los dos volúmenes de *Principia Iuris.*

te que una teoría del Derecho no puede no incluir una teoría de la argumentación[9], sobre todo si quiere ser un instrumento para la solución de casos difíciles. No es casualidad que ATIENZA considere como análogas a la suya concepciones como la de R. DWORKIN, que considera el Derecho «como una práctica interpretativa»; como la de R. ALEXY, que asocia al Derecho «una pretensión de corrección» y, por tanto, la carga de una justificación moral; y como la de C. NINO, según la cual las normas jurídicas no tienen su justificación en sí mismas, sino en razones morales. También J. J. MORESO, por otro lado, considera la argumentación moral esencial para la ciencia jurídica, siendo «una obviedad que las constituciones incluyen conceptos y tesis morales» y que por tanto «incorporan la moral en el Derecho» (p. 9).

A estas tesis de ATIENZA y MORESO ha contestado, en este debate, L. PRIETO SANCHÍS, a quien agradezco que haya puesto de relieve una serie de aspectos del paradigma constitucional que yo he teorizado y que son opuestos a los sostenidos por ATIENZA, más propios de un «neoconstitucionalismo» de matriz anglosajona tendencialmente iusnaturalista. Este neoconstitucionalismo, recuerda PRIETO, se caracteriza por dos elementos: el primero es el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; el segundo es la distinción entre normas y principios y el activismo judicial promovido por la configuración de los derechos constitucionalmente establecidos como principios que se hallan en virtual conflicto y que, en vez de aplicarse, se pesan y se balancean.

Estos dos elementos, observa PRIETO SANCHÍS, no tienen espacio en *Principia Iuris.* No tiene espacio, en primer lugar, la tesis antipositivista de la conexión entre Derecho y moral. El iusconstitucionalismo, como he escrito en varias ocasiones, es por el contrario un iuspositivismo reforzado porque se amplía a las mismas elecciones —los derechos fundamentales positivizados por las normas constitucionales— que deben informar, como un propio «deber ser jurídico», la producción de Derecho positivo. Por ello representa un complemento de un positivismo jurídico como el del Estado de Derecho. Pero por esto mismo, contrariamente a lo que sostienen DWORKIN, ALEXY y ATIENZA, según los cuales las constituciones habrían incorporado la moral en el Derecho y debería hablarse hoy de una conexión entre Derecho y moral, continúa valiendo el principio iuspositivista de la separación entre el Derecho y la moral frente a la enésima e insidiosa versión de legalismo ético que es el constitucionalismo ético. Este principio no quiere decir, ni mucho menos, que las normas jurídicas no tengan un contenido moral, o que no pretendan ser en algún modo «justas». Esta sería una tesis sin sentido. Incluso las normas (que nos parecen) más inmorales y más injustas expresan contenidos morales, que (a nosotros) nos parecen disvalores pero que a los que las producen y las comparten les parecen valores. Incluso el ordenamiento más injusto y criminal expresa lo que, al menos para su legislador, es (subjetivamente) la «pretensión de corrección». Esto quiere decir que las constituciones expresan e incorporan valores del mismo modo en que lo hacen las leyes ordinarias. Lo que representa su rasgo característico es el hecho de que los valores por ellas expresados —aquellos que he llamado «normas sustanciales sobre la producción» y que en las constituciones democráticas consisten sobre todo en derechos fundamentales— son incorporados a un nivel

[9] Recuérdese el título del libro de M. ATIENZA, 2006, *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona: Ariel.

normativo supra-ordenado respecto de la legislación ordinaria y por ello vinculantes respecto de ésta.

Desde la banal circunstancia de que las leyes y las constituciones incorporan «valores», es insostenible la derivación de la tesis de una «conexión conceptual» entre Derecho y moral; en virtud de la cual cada ordenamiento jurídico (no sólo pretende subjetivamente sino que) satisface (¿objetivamente?) alguna «pretensión de corrección» y algún «mínimo ético»; los cuales serían un componente necesario del Derecho y una condición de la validez de las normas jurídicas. Esto es una falacia naturalista cuya conclusión es una tesis iusnaturalista —la de que la justicia es una condición de la validez— exactamente opuesta a la tesis iuspositivista de la separación. La tesis de la separación, que no es más que un corolario del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente, sostiene que la validez de una norma no implica de ningún modo su justicia y que su justicia no implica de ningún modo su validez. En virtud de este principio, ni siquiera las constituciones pueden pretender ser objetivamente justas sólo por ser tales. De hecho, históricamente nacen como un «nunca más» a opresiones precedentes, incorporando valores y principios democráticos que comúnmente consideramos justos. Pero pueden darse constituciones o singulares normas constitucionales (que consideramos) injustas y antidemocráticas y que como tales son contestadas moral y políticamente.

La tesis de la separación entre Derecho y moral permite fundar —junto a la separación entre justicia y validez— la autonomía y el primado del punto de vista externo, de tipo moral y político, sobre el punto de vista interno; y, por tanto, evitar incurrir en las falacias provenientes de su confusión: la falacia iusnaturalista, que consiste en la identificación (y en la confusión) de la validez con la justicia, y la falacia ético-legalista que consiste —también en la variante del constitucionalismo ético— en la identificación (y confusión) de la justicia con la validez. A su vez, la aproximación propia del iuspositivismo vale para poner de manifiesto el carácter normativo de la constitución porque está supraordenada respecto de cualquier otra fuente; de allí se extraen otras dos virtuales distinciones deónticas —entre validez y vigencia y entre vigencia y eficacia— cuyo desconocimiento es el origen de otras dos graves falacias: la normativista, que impide reconocer la existencia de normas inválidas, aunque vigentes, y de normas inefectivas, aunque válidas; y la realista que impide reconocer la existencia de normas válidas o vigentes, aunque inefectivas, y de normas inválidas aunque efectivas.

El segundo aspecto de las orientaciones neoconstitucionalistas, de las que L. PRIETO subrayaba el sustancial rechazo en *Principia Iuris,* es el valor que ellas asocian a la distinción entre normas y principios y la idea de que entre los principios constitucionales hay siempre conflictos que la jurisdicción tiene la tarea de resolver mediante la argumentación y el sopesamiento. En efecto, como han observado tanto ATIENZA como GUASTINI, en *Principia Iuris* no me he ocupado sino sólo marginalmente de la interpretación y de la argumentación, consideradas por ellos «parte integrante», escribe GUASTINI (p. 3), de la teoría del Derecho. Esto depende de razones diversas, entre las que destacan sobre todo las indicadas por PRIETO, a quien agradezco que con ellas haya contradicho la tesis, surgida en el desarrollo de nuestro debate y sostenida por muchos críticos, según la cual yo atribuiría un muy escaso espacio, en la democracia constitucional, a la política y a las funciones de gobierno. En el modelo normativo que he teorizado,

sostiene PRIETO (pp. 12-13), la reparación de las lagunas y de las antinomias, esto es, del Derecho ilegítimo que la ciencia jurídica tiene la tarea de denunciar, no está confiada al activismo interpretativo de los jueces; sino a la legislación y, por tanto, a la política por lo que se refiere a las lagunas; y a la anulación de las normas inválidas por las Cortes constitucionales por lo que se refiere a las antinomias. Además, destaca PRIETO desarrollando una serie de interesantes reservas y precisiones que merecen ser discutidas analíticamente (pp. 26-30), en *Principia Iuris* está muy redimensionado el problema del conflicto entre derechos —gracias a la jerarquía estructural establecida entre derechos de libertad-inmunidad, derechos de libertad-facultad y derechos sociales, derechos-poder de autonomía y libertad de hecho— que, por el contrario, en mi opinión, está muy enfatizado por las doctrinas neoconstitucionalistas. En suma, mientras que en el modelo neoconstitucionalista, al confiar la solución de las aporías y de los conflictos entre derechos a la ponderación de los jueces, que inevitablemente es discrecional aunque sea argumentada, se debilita la normatividad de las constituciones y las fuentes de legitimación de la jurisdicción; en el paradigma del constitucionalismo rígido, afirma PRIETO (pp. 37-39), se limita y vincula de un modo más fuerte al poder judicial, de acuerdo con el principio de separación de poderes y con la idea de que la jurisdicción es tanto más legítima cuanto más cognitiva y menos discrecional resulte. Los jueces, en base a este paradigma, no pueden crear normas, pues ello comportaría una invasión del campo de la legislación, sino sólo censurar la invalidez por oposición con la Constitución: anulándola si se trata de la jurisdicción constitucional o elevando cuestiones de inconstitucionalidad si se trata de la jurisdicción ordinaria.

Hay un segundo orden de razones que explica el escaso espacio que he dedicado a los temas de la interpretación y de la argumentación, consideradas centrales por GUASTINI y ATIENZA. Se refiere a la diferente concepción que tenemos de la ciencia jurídica: al hecho de que, en mi opinión, tanto la interpretación (o el análisis del lenguaje legal) como la argumentación son los específicos métodos de construcción a) de la dogmática, es decir, de las disciplinas jurídico-positivas y b) de la jurisdicción y, más en general, de la aplicación de la ley. Bajo el primer aspecto forman un capítulo esencial de la metodología del Derecho, esto es, de la metaciencia jurídica, y no pertenecen por tanto a la teoría del Derecho, sino a la teoría de la ciencia jurídica. Es sólo bajo el segundo aspecto, en cuanto métodos de aproximación a la verdad jurídica, que ellas son relevantes para la teoría del Derecho, pero no menos, por lo demás, que los conceptos de prueba y de verdad fáctica.

Es bajo este segundo aspecto que he definido, en el § 6.12, el concepto de «interpretación jurídica» —en sentido estricto, esto es, de «interpretación operativa»[10]— como averiguación de los significados (D6.6), paralelamente al concepto de «prueba» definido como determinación [accertamento] de hechos y específicamente de comportamientos (D6.5). Añado que «determinación» ha sido asumido por mí como término primitivo igual que «significado»; y que al final del § 4.1., a los fines de la explicación del significado tanto de «significado» como de «interpretación jurídica», he retomado las

[10] Sobre la distinción entre «interpretación doctrinal» e «interpretación operativa», remito a 1966, «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista internazionale di Filosofia del diritto,* ene.-mar. pp. 290-304; a *Diritto e ragione* cit., pp. 138-140 (en la trad. española, pp. 158-160); y a, 2007, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari: Laterza, §§ 4.4 y 8.8, pp. 231 y 446.

tesis, debidas a G. TARELLO y al mismo GUASTINI, según las cuales la interpretación jurídica no consiste en el reconocimiento de un significado dado (como podría llevar a pensar el uso de la palabra «determinación»), sino en la atribución de un significado a un enunciado normativo por parte del interprete.

Ahora bien, por más que los mencionados conceptos —«significado», «signo», «interpretación», «prueba», «determinación»— son conceptos clave de la teoría, dado que el Derecho, como muestran las secuencias y las redes de actos y de situaciones con las cuales he representado la nomodinámica (T6.48-T6.59), es un mundo de signos y de significados cuya determinación tiene siempre carácter probabilístico y opinable, tiene que ser apoyado por la argumentación, en materia de hechos y de Derecho. Fruto de la argumentación, en este sentido, es también la integración del Derecho, de la que hablaré en el § 2.3., realizada por la jurisdicción con la determinación de «normas implícitas». No obstante, la teoría del Derecho es una teoría formal, que diseña una estructura sintáctica, esto es, un conjunto de relaciones entre los términos de la teoría: las relaciones entre «significado» y «validez (e invalidez) sustancial» de los actos formales; entre «interpretación» y «determinación» de los significados; entre «determinación» y «jurisdicción» y, más en general, entre «determinación» y «funciones de garantía». Sobre estas relaciones la teoría por mi desarrollada funda además la distinción y la separación, justificada por las diferentes fuentes de legitimación, entre funciones de garantía (tendencialmente cognitivas) y funciones de gobierno (prevalentemente dispositivas), legitimadas las primeras por la determinación de los presupuestos normativamente prestablecidos de las decisiones de las que son ejercicio, y las segundas por la representatividad política. Pero una teoría (formal) del Derecho no puede hacer nada más allá de esto. Sólo en sede de interpretación empírica de los términos y de los constructos teóricos (entendida la «interpretación empírica» en el sentido de la filosofía de la ciencia, esto es, la explicación del lenguaje teórico en términos de lenguaje observacional) puede ser desarrollada una teoría del conocimiento jurídico que incluya las teorías de la interpretación y de la prueba; así como la teoría de la argumentación, es decir, del tipo de razonamiento que funda la determinación tanto de la verdad jurídica como de la verdad fáctica.

### 1.4. Dos operaciones metateóricas

Hay otra cuestión metateórica importante, que agradezco a C. DALLA POZZA que la haya señalado. Una de las operaciones que han permitido el desarrollo de la teoría del Derecho como teoría axiomatizada, ha mostrado DALLA POZZA, ha sido la asunción como términos teóricos, en lugar de como operadores lógicos, de los functores deónticos como «permitido que», «permitido que no», «prohibido» y «obligatorio». Gracias al uso de estos cuatro términos y de las relativas modalidades, he podido elaborar más allá del bien conocido cuadrado lógico de las oposiciones entre figuras deónticas activas (la obligación, la prohibición, el permiso de la comisión y el permiso de la omisión), un no menos importante cuadrado deóntico entre las correspondientes figuras deónticas pasivas (el hasta hoy ignorado de las expectativas positivas correlativas a las obligaciones, de las expectativas negativas correlativas a las prohibiciones y a las no expectativas correlativas a las permisiones) sobre cuya base he podido redefinir una serie de

categorías clásicas de la teoría del Derecho: desde la relación jurídica a los derechos subjetivos, desde las diversas figuras de la responsabilidad hasta el completo sistema de garantías.

Añado que he podido analizar tanto el cuadrado de las modalidades como el cuadrado de las expectativas, junto a las figuras de la efectividad y de la inefectividad, sólo gracias al empleo de la lógica modal, que no había utilizado en mi primer y antiguo trabajo, *Teoría assiomatizzata del diritto. Parte generale*[11]. Todo el tratamiento de las distinciones deónticas, así como de las garantías idóneas para asegurarlas, ha sido posible por el uso de la lógica modal y de la interpretación en sentido deóntico del operador «M» de posibilidad: empezando por la tesis T2.2 según la cual decir que existe una modalidad o una expectativa deóntica (por ejemplo, una obligación, o una prohibición, o una facultad), equivale a decir que son posibles tanto la comisión como la omisión de aquello de lo que son predicados la modalidad o la expectativa. Es sobre esta base que he podido reformar, formulándolo como relación teórica en términos mucho más complejos[12], el *sollen* kelseniano expresado por la relación «si A, entonces debe ser B».

Quiero aquí, sin embargo, recordar una segunda operación que ha sido decisiva en el desarrollo de la teoría: haber asumido como primitivo el término «significado» y haber identificado este término, por un lado, con las modalidades, las expectativas, las reglas, los estatus y las situaciones (P6, T6.18) y, por otro, con los específicos efectos producidos, en virtud de las formas normativamente previstas, por los actos jurídicos lingüísticos que son los actos formales, y más específicamente los actos preceptivos (D9.1, D9.7, T9.61, T9.94). Ha sido sobre la base de esta operación que he podido definir en primer lugar la validez y la invalidez sustancial, referida a los significados (a los contenidos) de los actos preceptivos (D9.19, T9.177), sean decididos por sus autores como en las decisiones (esto es, en los negocios, en las leyes, en las disposiciones y similares) o preconstituidos por normas hipotético-constitutivas, como en los actos constitutivos (como el matrimonio, el voto de confianza, la disolución de las cámaras y similares); y, en segundo lugar y correlativamente, la dimensión sustancial de la democracia constitucional (D12.35), generada precisamente por los límites y los vínculos de significado (o de contenido) impuestos a las leyes y a los actos de gobierno por normas constitucionales como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, a su vez identificados con las «normas sustanciales sobre la producción» legislativa.

---

[11] 1970, *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Milano: Giuffrè. Ha sido gracias a esta potenciación del cálculo, y en particular al empleo del operador modal *M* («es posible que»), que he podido dar cuenta del carácter sobre todo deóntico de los fenómenos jurídicos. Considérese, por ejemplo, el concepto de «situación jurídica». En *Teoría assiomatizzata,* cit., cap. II, § 4, p. 80, ello fue definitivo —con la fórmula (y)[SITy ≡ (∃x)(ATTx·MODyx)]— como «cualquier modalidad de la cual *exista* al menos un argumento que es un acto jurídico». En la D6.1 de *Principiia Iuris,* cit., I, cap. VI, § 6.1, p. 301, ha sido por el contrario definido como «cualquier modalidad o expectativa de la que *pueda existir* al menos un argumento que es un acto jurídico». En base a la primera definición, en cuyo *definiens* no figura el operador de la posibilidad, las situaciones vendrían a identificarse no ya con todas las modalidades (y las expectativas) de las cuales es *posible que esxista* (es decir, que acontezca) al menos un acto jurídico de actuación, pero sólo con aquéllos de los que *existe* (es decir, acontece) al menos un acto de actuación: es decir, con las únicas situaciones que, a la medida de las sucesivas definiciones D2.12 y D2.13, he llamado «efectivas» (trátese de facultad o de obligación o de expectativas positivas) o «inefectivas» (trátese de prohibiciones o de expectativas negativas). De este modo se ignoraba el carácter deóntico de las situaciones, expresado por el contrario desde la D6.11.

[12] Véase *infra*, sobre esta reformulación, la segunda parte de la nota 14.

## 2. CUESTIONES DE TEORÍA DEL DERECHO

Las cuestiones de teoría del Derecho que surgen de nuestro debate son, sobre todo, tres: la primera, planteada por J. J. MORESO y E. BULYGIN, se refiere a la relación entre los primeros dos postulados de la teoría del Derecho; la segunda, planteada por J. J. MORESO, se refiere al problema, conexo con la tesis de la distinción entre validez y vigor, de las lagunas y las antinomias; la tercera, sobre la cual han intervenido R. GUASTINI y M. TARUFFO, se refiere a las relaciones entre Derecho y lógica y a la naturaleza de las normas implícitas.

### 2.1. Sobre los primeros dos postulados

MORESO y BULYGIN sostienen que el postulado P1 («de lo que no se permite la comisión, se permite la omisión») y P2 («cualquier comportamiento supone la existencia de una modalidad deóntica de la cual es objeto») no son independientes entre sí, dado que P1 implica P2, de modo tal que P2 no sería un postulado sino un teorema. No es así. Los dos postulados son del todo independientes entre sí. El segundo, de hecho, no es de ningún modo derivable —«implicado», escriben MORESO (p.4) y BULYGIN (p.5)— del primero: porque no es demostrable sobre la base de las reglas de transformación de la teoría, y porque permite una interpretación completamente diferente de la permitida por el primero, tanto en sentido intensional como en sentido extensional.

El postulado P1 —$(x)(\neg PERx \rightarrow PER{\perp}x)$— no dice de ninguna manera, como le hace decir MORESO, que «cualquier comportamiento está regulado por una cualquiera modalidad deóntica, es decir, prohibido o permitido» (p. 5). Dice que de cualquier entidad (y no entonces, como más adelante veremos, sólo de los comportamientos), si no está permitida la comisión, entonces está permitida la omisión, lo que equivale a decir que «o está permitida su comisión, o está permitida su omisión» (T1.2)[13]. Y no es de ninguna manera cierto que esto «equivale a decir», como afirma BULYGIN, «que todo comportamiento posible sea objeto de una modalidad deóntica, que es exactamente lo que afirma P2» (p. 5). P1, en efecto, hace uso simplemente del término «permitido», que es un predicado monádico (esto es, con una sola variable) el cual designa —al igual que «prohibido», «facultativo» y «obligatorio», definidos a través suyo— una «propiedad», en expresiones del tipo «x está permitido» (PERx), «no-x (es decir, la omisión de x) está permitido» ($PER{\perp}x$), «x está no permitido» ($\neg PERx$), «x está prohibido» (VIEx) y similares. P2, por el contrario —$(x)[COMx \rightarrow (\exists y)MODyx]$—, introduce el término primitivo «modalidad», que es un predicado diádico (esto es, con dos variables) que designa la relación entre una figura deóntica activa y lo que ella cualifica; del mismo modo están definidos como predicados diádicos, por medio de «modalidad» y el correspondiente predicado monádico, las figuras activas de la «permisión» que es la

[13] P1 no nos dice nada, en rigor, tampoco sobre la cuestión, discutida por MORESO (pp. 5-6), de si con base en él, «permitido» designa el «permiso fuerte» o el «permiso débil». Enuncia una simple relación sintáctica, en forma similar al resto de las definiciones, a través de «permitido», de «prohibido», de «obligatorio», de «facultativo» y de «vinculado». Es pues evidente que entre tales relaciones —si no disponemos de otras tesis, como por ejemplo la afirmación de la existencia de un derecho de libertad que tuviera el mismo objeto— «permitido» es de por sí interpretable como «permiso débil».

modalidad de lo que está permitido (D2.1), de la «facultad» que es la modalidad de lo que es facultativo (D2.3), de la «obligación» que es la modalidad de lo que es obligatorio (D2.4) y de la «prohibición» que es la modalidad de lo que está prohibido (D2.5).

Esto bastaría —el uso de «modalidad» como término diádico en P2 y de «permiso» como término monádico en P1— para excluir la equivalencia de P1 y P2 o, en cualquier caso, la derivación del segundo a partir del primero[14]. Prueba de lo anterior es el hecho de que, a falta del postulado P2, sería imposible el desarrollo de la teoría de la modalidad, de las expectativas y de las situaciones jurídicas. No serían derivables, por ejemplo, sólo por citar los primeros que me vienen a la mente, los teoremas T2.70 y siguientes, T3.26, T3.50, T4.3, T5.3, T5.18, T6.18, ni todos aquellos que se derivan a su vez de éstos.

Pero hay una segunda y no menos importante diferencia entre P1y P2, de la que se deriva su recíproca independencia. En mi teoría no es cierto, como afirman MORESO y BULYGIN, que «permitido», «no permitido», «permitido omitir» y «no permitido omitir», y por lo demás «prohibido», «obligatorio» y «facultativo», sean predicables sólo de comportamientos. No es cierto de ninguna manera que «modalidad de algo» equivalga siempre a «modalidad de un comportamiento». Si así fuese, P2 podría ser sustituido por la tesis $(x)[COMx \equiv (\exists y)MODyx]$, es decir, por la definición de «comportaminto», que en mi teoría es un término primitivo, como «cualquier entidad que componga el posible objeto de una modalidad deóntica». Esto llevaría no sólo a que todos los comportamientos suponen una modalidad, es decir el actual P2, sino también la implicación inversa de que aquello de lo cual es predicable una «modalidad», es siempre y solamente un comportamiento. Por la razón opuesta a la de la falta de P2 —porque nuestras asunciones dirían demasiado, en lugar de demasiado poco— de ello resultaría así, incluso en este caso, una insostenible amputación de la teoría.

Precisamente porque la implicación $(\exists y)MODyx \rightarrow COMx$, inversa a la enunciada por P2 no es una tesis de la teoría, he podido, en efecto, identificar los posibles objetos de «modalidad» (y de «expectativa»), además de con los comportamientos, incluidos los actos internos y sobre todo —a los fines de la compleja teoría de la validez, y más generalmente, del análisis de los actos preceptivos—, con los componentes atómicos en los cuales pueden ser descompuestos analíticamente aquellos concretos compor-

[14] «Modalidad», en efecto, no es equivalente, como suponen MORESO y BULYGIN, a la suma lógica de «permitido» y «no permitido», así como «facultad» no equivale a «facultativo» y «obligación» y «prohibición» no equivalen a «obligatorio» y a «prohibido». La única equivalencia que se puede instituir, bajo el esquema del postulado PM, es entre la forma monádica de «modalidad», de «facultad», de «obligación» y de «pohibición» (MODy, FACy, OBLy, DIVy) y la forma diádica de los mismos términos, sometidos al operador de posibilidad «M», como en las expresiones $M(\exists x)MODyx$, $M(\exists x)FACyx$, $M(\exists x)OBLyx$, $M(\exists x)DIVyx$. Diremos, por ejemplo, que una facultad equivale (no al facultativo) sino a la posibilidad de existencia de lo que es facultativo [T2.35: $(y)(FACy \equiv M(\exists x)FACyx)$], esto es, a la modalidad de lo que es facultativo [T2.39: $(y)(FACy \equiv M(\exists x)(MODyx \cdot FCOx)$]; por tanto, dada una facultad (por ejemplo la libertad de manifestación del pensamiento) sólo es posible que exista (aunque no siempre llega a existir) el correspondiente comportamiento facultativo (la manifestación del pensamiento) y viceversa.

Observo incidentalmente que la formulación de las figuras deónticas en términos de posibilidad de existencia de su objeto permite dar cuenta, en términos teóricos bastante más simples y precisos que el *sollen* kelseniano, de la relación de causalidad jurídica entre antecedente y consecuente: esta no se da, según la fórmula elíptica propuesta por KELSEN, entre el acto ilícito y la sanción, es decir entre dos actos, sino entre un acto (por ejemplo, un ilícito), y la modalidad (por ejemplo, la responsabilidad o la sujeción a la sanción), que es efecto de aquél, y que es no ya la sanción, sino la obligación de aplicarla (y la correlativa expectativa de padecerla).

tamientos que son todos los actos jurídicos lingüísticos o formales: particularmente, con sus formas (véanse, por ejemplo, las tesis D9.1, T9.3, T9.105) y con sus significados (véanse, por ejemplo, las tesis T9.108 y T9.243), unos y otros regulados por las normas, formales y sustanciales, sobre su producción. Forma y significado, obviamente, son elementos constitutivos de todos los actos jurídicos lingüísticos (de aquellos que he llamado «actos formales», precisamente porque requieren de una «forma» para poder producir como efectos sus «significados»). Pero no son «comportamientos» diferentes y autónomos de los actos lingüísticos de los que son elementos. Y sin embargo, son objeto de calificación deóntica autónoma que sólo la distinción entre los dos primeros postulados —el segundo de los cuales dice que todo comportamiento implica una modalidad deóntica pero no viceversa— permite aislar. Cuando decimos, por ejemplo, que deben hacerse por escrito los contratos que transfieren la propiedad de bienes inmuebles, o que es ilícita la causa del contrato contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, entendemos enunciar en el primer caso la obligación (no ya del acto contractual, sino) de la forma escrita (en tanto requisito del acto) y en el segundo, la prohibición (no ya, de nuevo, del acto sino) de los significados o contenidos en conflicto con normas imperativas o con el orden público o con las buenas costumbres (como vicios del acto mismo). En suma, ninguna teoría rigurosa y analítica de la validez, que distinga entre validez formal y validez sustancial, podría desarrollarse si no se distinguiera, en tanto objetos diferentes de las normas —formales y sustanciales— relativas a la producción de los actos jurídicos lingüísticos, el *an* (del acto), el *quomodo* (su forma) y el *quod* (su significado). Diré más: si no se hubiesen diferenciado los dos postulados, habría sido imposible el desarrollo de la teoría.

### 2.2. Antinomias y lagunas

J. J. MORESO ha reformulado y posteriormente argumentado (pp. 2-4) sus críticas a mi definición de «antinomia» y de «laguna»[15]. La primera objeción es que no serían admisibles ni estarían justificadas, en su opinión, una noción restringida de «antinomia» que excluyese las antinomias que pueden ser resueltas con el criterio cronológico y con el de especialidad, ni una noción de «laguna» que excluyese las lagunas que pueden resolverse con el recurso a la analogía o a los principios generales del Derecho. La segunda es que las antinomias y las lagunas generadas por los desniveles normativos no caracterizan sólo a las democracias constitucionales, sino que están presentes también en el viejo estado legislativo de derecho.

[15] *Cfr.,* sobre esta cuestión, J. J. MORESO, «Sobre "La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos" de Luigi Ferrajoli», en L. FERRAJOLI, J. J. MORESO y M. ATIENZA, La teoría del derecho en el paradigma constitucional, cit., §§ 2 y 3, pp. 119-127 y mi respuesta, «Constitucionalisno y teoría del derecho. Respuesta» cit., *ibid.,* §§ 5 y 6, pp. 207-216. Véase también mi «Garantismo» cit., §§ 5.1-5.3, pp. 83-93, en respuesta a J. J. MORESO, «Sobre los conflictos entre derechos», in *Garantismo. Estudios,* cit., pp. 159-170. La misma cuestión fue planteada por Riccardo Guastini en «Tre problemi di definizione», en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito,* cit., pp. 43-45, al cual he respondido en «I diritti fondamentali nella teoria del diritto», § 6, *ibid.,* pp. 156-171 (tr. esp. «Los fundamentos» cit., pp. 57-59 y 180-196); fue luego retomada por R. GUASTINI, «Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica», en *Garantismo. Estudios,* cit., pp. 233-244, a lo cual he respondido en «Garantismo, Una discussion», cit., § 4.3, pp.74-78. *Cfr.* también, *Principia iuris,* cit., I, p. 955, nota 41.

Podría limitarme, en cuanto a la primera crítica, a responder que el método axiomático hace tabula rasa de todo el léxico tradicional, utilizándolo sólo en la medida en que sea posible y conveniente; que, entonces, por «antinomia» y «laguna» convengo entender, en el léxico de mi teoría, exactamente lo que dicen sus definiciones (D10.43-D10.48), que son justamente definiciones estipulativas; que tales definiciones han sido formuladas precisamente para dar cuenta de la posible distinción entre ser y deber ser de las normas jurídicas generadas por los desniveles normativos; que, entendidas en este sentido, las antinomias y lagunas de las que hablo se distinguen, por tanto, de todas las otras llamadas «antinomias» y «lagunas» de las que habla MORESO (por ejemplo la antinomia consistente en «ordenar a mi hija ir a la cama antes de las nueve, pero no ir a la cama antes de haber terminado sus deberes» [p. 4]; o la expresada en la orden «¡cierra y no cierres la puerta!») y que ciertamente son otra cosa, dado que no caben dentro de mi definición.

Y sin embargo vuelvo a insistir en la diferencia estructural entre las antinomias y lagunas como están definidas por mí, y aquéllas de las que habla MORESO. Esta diferencia —más allá de las cuestiones terminológicas, que he propuesto resolver llamando «estructurales» o «en sentido fuerte», o «estricto» a las antinomias y lagunas generadas por los desniveles normativos, y «antinomias» y «lagunas» en sentido débil a las referidas a normas del mismo nivel (*Principia iuris,* I, pp. 689-691)— no puede ser ignorada. Consiste en el hecho, bien ilustrado por L. PRIETO (pp. 11-13) de que las antinomias y las lagunas definidas por mí son justamente el efecto de la virtual distinción deóntica entre ser y deber ser en el Derecho, generada por la pertenencia de las normas producidas a un nivel normativo subordinado a aquél al que pertenecen las normas sobre su producción. Son, como dicen mis definiciones D10.43 y D10.44, «vicios» consistentes en la violación, la una por comisión, la otra por omisión, de normas sustanciales sobre la producción, que resultan por otra parte inaplicables, sin ser removidas, esto es, sin la anulación de las normas en conflicto con aquéllas, o la introducción de otras normas requeridas por ellas. No hablaremos, por supuesto, de «vicios» a propósito de las llamadas «antinomias» o «lagunas» registrables entre normas del mismo nivel y por lo tanto de cualquier forma resueltas, de manera a lo mejor dificultosa y opinable (como en los ejemplos límite propuestos por MORESO) por el intérprete: las primeras sobre la base de criterios de la *lex posterior* y de la *lex specialis,* las segundas con el recurso a la analogía y a los principios generales. Aquí no tenemos ningún vicio, ninguna expresión de ilegitimidad. Allí, en el caso de las antinomias y de las lagunas estructurales, en tanto consistentes en vicios, no hay, por el contrario, ninguna posibilidad de solución mediante la simple interpretación: se requiere, en efecto, en caso de antinomia, la anulación de la norma inválida y en caso de laguna, la introducción de la norma faltante; se requiere, en pocas palabras, una decisión que remueva el vicio.

En cuanto a la segunda objeción, es realmente cierto que el fenómeno de la invalidez sustancial no es propio únicamente de los ordenamientos jurídicos con constituciones rígidas. También en regímenes carentes de constitución o dotados de constituciones flexibles son obviamente inválidos, desde el punto de vista sustancial, los negocios, los pronunciamientos jurisprudenciales y administrativos, incluso los reglamentos, que tengan significados en contradicción con la ley. Todo esto es innegable y pacífico. También en el Estado legislativo de Derecho existen relaciones de grado entre actos y situaciones, y por tanto desniveles normativos. La noción de «relación de grado», por lo demás, ha sido introducida por mí desde el capítulo V justamente para explicar la estructura

nomodinámica del Derecho positivo en tanto tal. Y desde los capítulos VI y VIII he ilustrado tal estructura con las secuencias y las redes de actos y situaciones, y luego de fuentes y de normas, expresadas por los teoremas T6.48-T6.59, T8.81-T8.84, T10.37-T10.38 y T12.127-T12.128. Es entonces claro que mi definición de «antinomia» (D10.43) se aplica también a los reglamentos inválidos, que son normas destinadas (al igual que las leyes inválidas) a ser anuladas, cuando sea alegada su invalidez, por los órganos jurisdiccionales que tengan la obligación de declarar su anulación.

Las verdaderas innovaciones introducidas por las constituciones rígidas, que no podemos ignorar sin ignorar la peculiaridad de la democracia constitucional, son dos. La primera consiste en haber generado el fenómeno de la invalidez sustancial de las leyes, condicionando también su validez a límites y a vínculos sustanciales como son, por ejemplo, el principio de igualdad y los derechos fundamentales: un fenómeno nuevo, dado que en el Estado legislativo de Derecho, caracterizado por la omnipotencia del legislador, la invalidez sustancial se refiere sólo a los actos negociales o administrativos o jurisdiccionales, que no entran a formar parte del lenguaje jurídico en el sentido en que no están destinados a ser «aplicados» por actos preceptivos posteriores; y esto vale también para los reglamentos que, si son inválidos, están destinados precisamente a su inaplicación. En suma, encuentro inexplicable la no disposición —tanto por parte de los paleo-iuspositivistas como de los neo-iusnaturalistas— a reconocer las enormes implicaciones teóricas y metateóricas del fenómeno de la invalidez sustancial de las leyes en la estructura del ordenamiento y, consecuentemente, en la calidad de la democracia: implicaciones de tal alcance que configuran, a mi parecer, un verdadero cambio de paradigma del Derecho con respecto al viejo modelo paleo-iuspositivista.

La segunda innovación está en haber creado el espacio para un nuevo tipo de vicio, todavía más ausente en el viejo Estado legislativo de Derecho: el fenómeno de las lagunas, es decir, de las violaciones de la constitución por omisión, generado sobre todo en la formulación, como normas téticas de nivel constitucional, de derechos fundamentales cuyas garantías pueden ser introducidas solamente por la legislación ordinaria[16]. Todos los derechos fundamentales, en efecto, requieren a menudo leyes de desarrollo. Las requiere incluso el derecho a la vida, que sin su desarrollo a cargo de la prohibición penal del homicidio, se reduciría a una enunciación de principio carente de garantías. El vicio es en estos casos todavía más irremediable sobre el plano judicial: no es ciertamente posible, sobre la base de la interpretación de las normas constitucionales sobre los derechos a la educación, o a la salud, o a la vida, instituir la escuela pública, o el servicio sanitario nacional, o introducir normas penales.

Bajo ambos aspectos, la incorporación en constituciones rígidas de derechos fundamentales, que implican a la legislación en tanto normas sustanciales sobre su produc-

[16] BULYGIN señala justamente, como «posible ejemplo de lagunas en sentido fuerte», en el Estado legislativo de Derecho «la ausencia de un reglamento de actuación de una ley que expresamente requiera que el poder ejecutivo promulgue ese reglamento»: laguna, por otro lado, eliminable «solamente mediante un acto jurídico productivo de Derecho» (p. 4). Pero añade una afirmación que no comparto: «aceptar esta tesis implicaría la negación de la tesis según la cual un sistema de este género posee un único nivel normativo» *(Ibídem).* No pienso y no he afirmado que en el estado legislativo de derecho exista un solo nivel normativo: como he dicho antes, he asumido la noción de «relación de grado» (D5.4-D5.6) entre actos y situaciones y la estructura de grados de los ordenamientos, como rasgos distintivos del derecho positivo en cuanto tal, y por tanto de todos los ordenamientos nomodinámicos, incluidos obviamente los propios del Estado legislativo de Derecho.

ción, ha provocado, como he dicho, un cambio de paradigma del Derecho y de la democracia, extrañamente ignorado por KELSEN y por toda la escolástica kelseniana: el injerto, en el sistema completamente nomodinámico en que consistía el viejo Estado legislativo de Derecho, de una dimensión nomoestática, expresada por las normas sustanciales relativas a «qué cosa no puede» y «qué cosa no puede no ser decidida» como garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales, como adición a la vieja dimensión nomodinámica, expresada en cambio por las normas formales sobre la producción relativa al «quién» y al «cómo» de las decisiones[17].

Por esto, antinomias y lagunas legislativas, es decir, estructurales o en sentido fuerte, son posibles sólo en el Estado constitucional dotado de normas sustanciales sobre la producción de las leyes: porque mientras en el Estado legislativo de Derecho, caracterizado por un solo nivel legislativo y, por tanto, íntegramente nomodinámico, el legislador es omnipotente y está vinculado sólo a normas formales, en la democracia constitucional, dotada también de una dimensión nomoestática, el legislador está sometido no sólo a normas formales sino también a normas sustanciales, que puede violar por comisión o por omisión.

### 2.3. Sobre las relaciones entre Derecho y lógica. Normas implícitas de tipo sintáctico y normas implícitas de tipo semántico

Sobre una cuestión diferente, aunque en cierta forma conexa con la de las lagunas —la de la relación entre Derecho y lógica— ha intervenido R. GUASTINI. GUASTINI ha visto una contradicción entre dos tesis que me atribuye: «la idea de que se dan relaciones de implicación lógica entre normas» y «por otro lado, la idea de que las normas implícitas, no obstante, no pertenecen al sistema jurídico mientras no sean expresamente formuladas por una autoridad normativa» (p. 10). «Si se dan relaciones lógicas —en particular: de implicación lógica— entre normas, entonces una norma lógicamente implícita debería «existir» en el sistema normativo en cuestión, sin que sea necesario formularla y promulgarla. Si, por el contrario, ninguna norma existe hasta que sea formulada y promulgada, entonces las relaciones de implicación lógica entre las normas no se dan o son, en todo caso, jurídicamente irrelevantes» (pp. 10-11).

Tengo la impresión de que esta crítica depende de una simplificación de mi teoría de las lagunas, varias veces criticada bajo otros aspectos —los discutidos en el parágrafo precedente— por el mismo GUASTINI[18]. No pienso de ninguna manera que no existan normas implícitas: sobre la implicación de las obligaciones y de las prohibiciones correlativas a las expectativas positivas y negativas, por el contrario, he fundado desde

[17] Señalo, a propósito, un extraño malentendido: «No entiendo», escribe E. BULYGIN, «por qué FERRAJOLI llama nomoestáticos a los sistemas de un sólo nivel normativo, mientras reserva el nombre de nomodinámicos para los sistemas articulados sobre varios niveles, como el Estado constitucional» (p. 2). Siempre he sostenido una tesis exactamente opuesta: aquélla según la cual justamente los sistemas de Derecho positivo dotados de un sólo nivel normativo son «completamente nomodinámicos» mientras las democracias constitucionales tienen una dimensión estática además de la dinámica. (*cfr. Principia iuris,* cit., I, § 1.3, p. 118-119, § 9.17, p. 568 y *passim*).

[18] Véanse, *supra,* en la nota 15, los escritos de GUASTINI sobre la cuestión de las antinomias y de las lagunas, y mis respuestas.

el segundo y el tercer capítulo de *Principia iuris* toda la teoría de las garantías. Pienso, simplemente, que no todas las normas cuya ausencia genera una laguna, están implícitas en las normas que imponen su desarrollo. Pongamos un ejemplo. Dada una norma que establece un derecho social, por ejemplo a la salud, ciertamente no está implícita en ella la existencia de la norma que obliga a un determinado sujeto a prestar, en caso de enfermedad, la correspondiente prestación sanitaria. Según el postulado P4 y los teoremas T6.15 y T6.17, en efecto, toda situación jurídica supone la existencia del sujeto titular de la misma. De ello se sigue que, a falta (de la institución normativa) de tal sujeto, por ejemplo de hospitales públicos, ningún sujeto está concretamente obligado a la prestación sanitaria debida al enfermo, y por tanto no existe la obligación de esa específica y determinada prestación sanitaria. Pero esto no quiere decir de ninguna manera que no existan normas implícitas en la norma que establece el derecho a la salud: la norma implícita es incluso siempre la obligación de la prestación sanitaria y, por tanto, la obligación de una legislación de desarrollo que instituya hospitales y sujetos institucionalmente obligados a tal prestación. Esta obligación —una obligación jurídica y no simplemente un «principio directivo de legislación racional» o una «recomendación al legislador» como considera GUASTINI (p. 9)— es la primera garantía, elemental y prejudicial, que he llamado «débil» debido —en tanto no sea desarrollada— a su inefectividad (*Principia iuris,* I, pp. 694 y 917; II, pp.80 y 96), implícita en el derecho a la salud[19]. Y es su inobservancia, esto es, la falta de leyes de desarrollo, lo que conforma la laguna: entendiendo como «laguna», según la ya recordada definición D10.44 —no muy diferente, por lo demás de la de «laguna técnica» propuesta por GUASTINI[20]—, el vicio consistente en la indebida omisión de la producción de una norma jurídica impuesta por una norma positiva de grado supraordenado —la que, en nuestro ejemplo, establece el derecho a la salud— que, a causa de este vicio, resulta inaplicable. La alternativa al reconocimiento de tal vicio (y al papel crítico que se deriva de ello para la ciencia jurídica) es la tesis recurrente de KELSEN y retomada por GUASTINI[21], de que esta norma de grado supraordenado, o el derecho establecido por ella, en realidad no existe, y consiste en un simple *flatus vocis:* tesis, como he dicho otras veces, muy poco iuspositivista, además de negadora de la jerarquía de las fuentes, dado que contradice el postulado fundamental del positivismo jurídico: la identificación de la existencia de las normas con su «positividad», esto es, con su producción válida como obra de la autoridad delegada para ello por el Derecho mismo.

---

[19] Remito, sobre la existencia de normas implícitas, a lo que he escrito en *Principia iuris* cit., I, p. 917: estas normas son «en primer lugar, la obligación de obligar (la satisfacción de derechos sociales) o de prohibir (la violación de derechos individuales), esto es, de introducir, por los diferentes tipos de derechos, la correspondiente garantía primaria; en segundo lugar, la obligación de disponer, para los mismos derechos, las correspondientes garantías secundarias, para que se prevengan o se remuevan las violaciones de los derechos establecidos constitucionalmente... Se trata de garantías constitucionales *implícitas* en la estipulación constitucional de principios o derechos fundamentales».

[20] Según mi D10.44, «laguna» es el vicio producido por la indebida omisión de la producción de una norma requerida por una norma sobre la producción, cuya aplicación supone la introducción de una norma faltante. Según R. GUASTINI, «se dice que un ordenamiento presenta una laguna técnica en cuanto falta en él una norma cuya existencia sea condición necesaria para la eficacia de otra norma», 2006 (*Il diritto come linguaggio. Lezioni,* II ed., Torino: Giappichelli, parte III, cap. V. p. 175).

[21] R. GUASTINI, 1994, *Diritti, en Analisi e diritto. 1994,* Torino: Giappichelli, pp. 168-170; *Id.,* «Tre problemi di definizione», en L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali,* cit., pp. 43-45 (tr. esp., pp. 57-59) y mi respuesta, *ibídem,* pp. 156-171 y la nota 30 en la p. 174 (tr. esp., pp. 180-196).

Podemos llamar de tipo sintáctico las normas implícitas hasta ahora ilustradas: están, en efecto, implícitas lógicamente en las expectativas existentes, sobre la base del cuadro de las expectativas y de una extensa serie de teoremas (T2.60-T2.63, T3.28-T3.34, T6.66-T6.73, T7.60-T7.63, T10.125-T10.126, T10.170-T10.185, T10.209, T10.222-T10.229, T10.239-T10.240, T11.101-T11.111). Pero al lado de estas normas implícitas de tipo sintáctico, existen también normas implícitas de tipo semántico: las que puede extraer el intérprete sobre la base del significado de las normas vigentes. En este sentido, como ha observado M. TARUFFO, el establecimiento de tales normas es una señal fisiológica de la jurisdicción (pp. 3-8), pero también, añado, de cualquier aplicación sustancial de la ley. Excluida como insostenible en el plano epistemológico toda concepción «mecanicista» (p. 9) de la jurisdicción[22], debemos en efecto admitir que el juez siempre está llamado, sobre todo cuando debe resolver casos difíciles, a extraer del Derecho existente las normas implícitas sobre cuya base cualifica el caso sometido a él, y formular su decisión.

TARUFFO habla, a este respecto, de un papel «creativo» de la jurisdicción: un papel, dice, pacíficamente aceptado en los sistemas de *common law,* en los que el Derecho a menudo es creado por el juez según la regla *remedies precede rights,* pero innegable también en los sistemas del *civil law,* a pesar de que en éstos se asuma «todavía, pero cada vez menos», la regla inversa *rights precede remedies* (pp. 9-13). Y resalta el papel de garantía de los derechos fundamentales, al cual el juez no puede sustraerse y que, en Brasil, por ejemplo, está explícitamente impuesto en la constitución (p. 10). Creo, sin embargo, que el mismo fenómeno puede interpretarse mejor de otro modo: como papel de integración consistente en establecer las normas precisamente «implícitas» en la semántica del lenguaje constitucional. Se trata, incluso cada vez más, en suma, de «juris-dicción», es decir, de aplicación de normas sustanciales preexistentes, pertenecientes al ordenamiento incluso como normas implícitas. «Implícitas», por lo demás, son también las normas extraíbles por analogía o mediante el recurso a los principios generales del Derecho para resolver las que he llamado «lagunas en sentido débil». En todos estos casos, como en el caso de solución de las «antinomias en sentido débil», con el criterio de la *lex posterior* o de la *lex specialis,* el juez hace un trabajo de interpretación y de integración. En caso contrario, si de verdad «crease» nuevas normas no implícitas en el ordenamiento, provocaría, como escribe justamente BULYGIN (p. 5), «un cambio del sistema jurídico» invadiendo la «competencia legislativa» y violando el principio de la separación de poderes.

## 3. CUESTIONES DE TEORÍA DE LA DEMOCRACIA

La teoría de la democracia desarrollada en el segundo volumen de *Principia iuris* no es una teoría filosófico-política de la justicia o del buen gobierno democrático. Tratándose de una interpretación semántica de tipo axiológico de la estructura del Estado constitucional analizada por la teoría formal y axiomatizada del Derecho, aquélla es una teoría empírico-normativa de la democracia constitucional; anclada, por un lado, en su paradigma teórico y formal, y por otro, en las múltiples experiencias históricas del constitucionalismo democrático, las que son estudiadas por las disciplinas jurídicas positi-

[22] Remito, sobre el punto, a *Diritto e ragione,* cit., parte primera.

vas y por las investigaciones sociológicas que tienen por objeto las normas y el funcionamiento de los diversos ordenamientos.

Distinguiré siete temas de teoría de la democracia abordados en nuestro debate. El primero, en el que ha intervenido A. RUIZ MIGUEL, concierne a los fundamentos ético-políticos de los derechos constitucionales; el segundo, abordado por T. MAZZARESE, por J. J. MORESO y por P. P. PORTINARO, es el del nexo entre democracia constitucional y derechos constitucionales; el tercero, sobre el cual ha intervenido N. PRETEROSSI, es el de la relación entre el paradigma constitucional y la política; el cuarto se refiere a algunas cuestiones específicas planteadas por S. SENESE y sobre las cuales ha intervenido también D. GRECO; el quinto, en el que han participado P. ANDRÉS IBÁÑEZ, M. BOVERO y SENESE, tiene que ver con las diversas cuestiones referidas a la separación de poderes; el sexto, tratado por PORTINARO y por RUIZ MIGUEL, se refiere al problema de la guerra y al de las relaciones internacionales; el séptimo, sobre el cual han intervenido RUIZ MIGUEL, MORESO y PORTINARO, alude a lo que he llamado, en el último parágrafo del último capítulo de la teoría de la democracia, «optimismo metodológico».

### 3.1. Sobre los fundamentos de los derechos fundamentales

A. RUIZ MIGUEL plantea una «perplejidad», a mi juicio injustificada, en torno a mi concepción de la teoría de los derechos fundamentales y, más en general, de la democracia. Se pregunta si mi propuesta de un constitucionalismo cosmopolita —y diría, más en general, del completo paradigma de la democracia constitucional formulado en el segundo volumen de *Principia iuris*— no es una abierta y genuina propuesta moral (p. 2). En la base de esta perplejidad, me parece entender, está la suposición (pp. 5 y 8) de que con mi rechazo del cognitivismo ético y con mi definición formal —en el terreno de la teoría del Derecho— de los «derechos fundamentales» como «universales», en el sentido exclusivamente lógico de que ellos son derechos atribuidos a clases universales de sujetos —es decir, a todos en cuanto personas, o ciudadanos, o capaces de actuar (D11.1)— yo pretendo excluir el carácter moral o ético-político tanto de mi teoría de la democracia constitucional como de los fundamentos de aquellos específicos derechos fundamentales en los que se basa el constitucionalismo democrático.

No tengo en absoluto esa pretensión. El modelo normativo del constitucionalismo democrático elaborado en el segundo volumen de *Principia iuris* equivale ciertamente a una «propuesta moral», o si se prefiere, como he escrito desde la *Introducción,* a una teoría política normativa, es decir, a un programa político. Jamás he pensado, por otro lado, que los fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales sobre cuya garantía se articula tal modelo no tengan carácter moral o, si se quiere, ético-político, ni que ellos no deban ser racionalmente argumentados en el plano moral. Esto se confirma con el hecho de que a tales fundamentos he dedicado un largo ensayo, intitulado precisamente *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* en el que los he identificado con los valores de la igualdad, de la paz, de la democracia y de la protección al más débil[23].

[23] *Diritti fondamentali,* cit., III. En este ensayo, p. 298, he distinguido claramente los fundamentos ético-políticos de los derechos fundamentales —la igualdad, la paz, la democracia y la protección al más débil— del fundamento de su definición teórica y formal, consistente únicamente en su capacidad explicativa.

Tengo la impresión de que el equívoco proviene de una mala interpretación de mi crítica (en *Principia iuris,* II, § 16.18) a la tesis de D. ZOLO citada por RUIZ MIGUEL, según la cual, la defensa de los derechos fundamentales supondría la falsa tesis ético-cognitivista, sostenida por aquéllos a los que se ha denominado *Western Globalists,* del carácter ontológicamente objetivo o consensualmente intersubjetivo de su universalidad. «La universalidad de los derechos del hombre» —escribe ZOLO, asumiendo esta tesis como la única justificación posible de los derechos fundamentales— «podría ser sostenida únicamente sobre la base de una "fundamentación" que argumentase de manera convincente la inmanencia de los derechos del hombre a la naturaleza (o a la racionalidad) humana como tal»[24]: o bien, sobre la base de una «filosofía del Derecho» —escribe dos páginas antes— «dominada por la idea, kantiana o neokantiana, de que el progreso de la humanidad sólo es posible a condición de que algunos principios éticos devengan compartidos por todos los seres humanos»[25]. En suma, la universalidad de los derechos, según otro pasaje de Zolo citado por Ruiz Miguel (p. 3), supondría «la doble creencia en la naturaleza moral del hombre y en la unidad moral del género humano» propia del «iusnaturalismo clásico-cristiano»[26]: una doble creencia que ZOLO refuta conjuntamente con los derechos de los que ella sería el fundamento.

No queda claro hasta qué punto RUIZ MIGUEL comparte la tesis de ZOLO. En efecto, por un lado, él declara que suscribe la idea de que el único fundamento posible de los derechos fundamentales se asienta en la susodicha «doble creencia», la que recae en su objetividad natural y/o en el consenso universal acerca de su valor moral (p. 3). Sin embargo, por otra parte, deja de lado en una nota (nota 2, p. 4: «dejo a un lado», pero también en otra nota, p. 5: «voy a dejar a un lado»), como «hecho indiscutible» pero «claramente irrelevante desde el punto de vista normativo», la crítica —«no existe ni una ontología ni una aceptación universal de los derechos» (*Principia iuris,* II, p.567)— que dirigí a las susodichas dos creencias, ideológicas y falsas si se las entendiera en sentido asertivo, y antiliberales si se las entendiera en sentido prescriptivo, que ZOLO asume como los únicos posibles fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales. No obstante, mi crítica no está formulada desde el punto de vista normativo. Ella está dirigida a la falta de solidez, que RUIZ MIGUEL juzga como un «hecho indiscutible», de los presupuestos —el carácter ontológico de los derechos fundamentales y el consenso universal que existiría en torno a ellos— sobre los cuales se basan las doctrinas de los *Western Globalist* y que, para ZOLO, son los únicos fundamentos posibles de los derechos fundamentales, hasta el punto de que él basa su objeción a éstos en la crítica de aquéllos.

La cuestión se desplaza entonces hacia nuestra concepción metaética de la ética. No pienso que mis tesis morales, empezando por las referidas a los fundamentos ético-políticos de los derechos fundamentales, sean «verdaderas», ni que sean o deban ser universalmente compartidas. También RUIZ MIGUEL, además de considerar «indiscutible» mi crítica a la tesis empírica de la aceptación general de aquéllas y —supongo— a la tesis metafísica de su objetividad ontológica, admite que «sería ilegítima desde el pun-

[24] D. ZOLO, 2004, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi,* Roma-Bari: Laterza, cap. VI, § 3, p. 107.
[25] *Ídem,* p. 105.
[26] *Ibídem.*

to de vista liberal» la pretensión de «inculcar por la fuerza» las convenciones morales (p. 7). Y sin embargo, a mi juicio contradictoriamente, no parece aceptar la idea de que una tesis moral jamás debe pretender, aunque esté racionalmente argumentada, ser propuesta e impuesta como «universal». Y no parece aceptarla sobre la base de un no muy preciso «universalismo moral», en cuya virtud las argumentaciones morales tienen la «pretensión» de ser «universalmente aceptables», que dicho autor propone conjuntamente con y en apoyo del «universalismo jurídico», el que resultaría, de otro modo, «moralmente no comprometido» (p. 6).

En la ambigüedad de estas expresiones, creo yo, reside nuestro disenso. ¿Qué quiere decir la tesis de que nuestros «criterios morales» y «valores de justicia» «pretenden» ser «universalmente aceptables» o «aceptables para cualquier persona» (pp. 3, 4, 5, 7)? Puede querer decir, trivialmente, que consideramos que aquéllos, como todas nuestras afirmaciones o juicios de valor, pueden ser aceptados moralmente por todos, en el sentido de que creemos poder argumentar con todos en torno a su aceptabilidad. En este sentido no habría ninguna dificultad en suscribir dicha tesis. Pero puede querer expresar también, como en las tesis de algunos *Western Globalists,* la pretensión, innegablemente antiliberal, de que ellos deben ser aceptados moralmente por todos. Me temo que sea ésta, si nuestra discusión tiene algún sentido, también la opinión de A. RUIZ MIGUEL. Contra la cual reafirmo la tesis moral, por él mismo citada, de que «la teoría garantista del Estado constitucional de Derecho, precisamente porque se basa en la separación laica entre Derecho y moral, no sólo no supone sino que ni siquiera demanda, ni debe demandar, la adhesión a los valores ético-político establecidos jurídicamente en él. No sólo no la impone, sino que impone no imponerla»[27] (p. 5). Por esto —porque no son compartidos por todos, ni es legítimo pretender que lo sean— las diversas clases o generaciones de derechos humanos han sido primeramente reivindicadas y, posteriormente, estipuladas jurídicamente como garantía de todos. Precisamente porque en una sociedad liberal basada en el pluralismo moral y político no hay, ni se puede pretender que exista, «universalismo moral» alguno, estos derechos devienen finalmente dotados de «universalismo jurídico», cuyo fundamento ético-político no consiste ya en el hecho de que sean o deban ser aceptados moralmente por todos, sino en el hecho de que se garantizan a todos, cualquiera sea la opinión moral de cada uno. En suma, precisamente porque la humanidad no se halla en absoluto integrada por una «unidad moral», sino al contrario —como también ocurre al interior de nuestros países— por valores morales diversos, y puesto que cada uno debe ser libre, en un ordenamiento liberal, de profesar la propia moral y la propia ideología, resulta necesaria para la convivencia pacífica la convención jurídica de la igualdad en un cierto número de derechos básicos: es decir, el pacto de no agresión asegurado por la garantía de los derechos individuales de libertad y el pacto de mutua solidaridad asegurado por la garantía de los derechos sociales.

[27] *Principia iuris* cit., II, p. 61. Se expresa la misma tesis en *Diritto e ragione* cit., § 61, 4, p. 975 (trad. castellana, p.931). En esta tesis no hay ningún relativismo. Por lo demás, he criticado repetidamente el relativismo subyacente a la crítica de los derechos fundamentales expresada por el multiculturalismo, en *Diritti fondamentali,* cit., pp. 301, 317, 340-345, y en *Principia iuris,* cit., II, § 13.11, pp. 57-61.

### 3.2. Democracia constitucional y derechos fundamentales

T. MAZZARESE ha ofrecido un útil inventario de las variadas doctrinas que niegan, o desvalorizan, o deslegitiman el rol normativo y garantista de las estipulaciones constitucionales de los derechos fundamentales y, con ello, del mismo paradigma de la democracia constitucional. MAZZARESE analiza cinco de estas tendencias (pp. 9 y ss), algunas de las cuales han surgido también en nuestro debate[28].

No me detendré sobre la primera ni la tercera de esas tendencias, ciertamente ausentes de nuestro debate: aquella vaga y falsificadora que se manifiesta en el uso de una «neo-lengua», à la ORWELL, mediante la cual se ha llegado a denominar «inteligentes» a las «bombas», «vulgar» al pacifismo y «éticas» o «humanitarias» a las guerras de agresión (p. 10) (que es como hablar, dado que tales guerras matan sobre todo civiles inocentes, de «matanzas éticas» y de «masacres humanitarias»); y, sobre todo, aquella que MAZZARESE llama «el aparente pragmatismo antiretórico del minimalismo de los derechos» (p. 14), y que lo asocia a las tesis de M. IGNATIEFF y de A. FERRARA, las cuales se traducen también, según MAZZARESE, en una relegitimación de la guerra en defensa de los «verdaderos» derechos fundamentales, que serían los de libertad e inmunidad, así como en un injustificado ataque a los derechos sociales.

La segunda tendencia es la que objeta el universalismo de los derechos proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 por ser la última forma de imperialismo cultural de Occidente. Es la tendencia asumida en Italia por D. ZOLO —para criticar las primeras dos tendencias, tomadas demasiado en serio por él— sobre la base de los argumentos que he criticado en el parágrafo que precede y que son compartidos, como se ha visto, por A. RUIZ MIGUEL. Contrariamente a estos argumentos, repito, considero que los fundamentos axiológicos de los derechos fundamentales son la paz, la igualdad, la democracia y la tutela de los más débiles; pero precisamente porque el pluralismo moral, cultural y político que atraviesa —y es justo que atraviese— toda sociedad liberal y democrática impide hablar de un «universalismo moral», es que los derechos son estipulados como «jurídicamente universales». Lo que vale tanto para los derechos establecidos por las constituciones nacionales como para los derechos establecidos por las convenciones internacionales. Aunque, por cierto, bien puede afirmarse que en el caso particular de los derechos estipulados en las cartas internacionales también se ha registrado un consenso general, cuando menos entre los Estados. Como ha observado N. BOBBIO, la Declaración de 1948 también ha sido, en efecto, formalmente votada por los representantes de los países y de las culturas más diversas, al punto de ser hoy «acogida como la más grande prueba histórica, nunca antes ocurrida, del *consensus omniun gentium* en torno a un determinado sistema de valores»[29]. A su vez, los Pactos sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de 1966, al igual que la Carta de la ONU, también tienen formalmente, en cuanto tratados, la naturaleza de contratos sociales estipulados en forma escrita por los diversos Estados miembros. Y T. MAZZARESE ha añadido, citando un pasaje de A. CAS-

[28] Véase, también, T. MAZZARESE, 2006, «¿Repensar la cultura de los derechos?» en *Revista Internacional de Filosofía Política,* vol. 28, pp. 149-172.

[29] N. BOBBIO, «Presente e avvenire dei diritti dell'uomo» (1968), en *Idem,* 1990, *L'età dei diritti,* Torino: Einaudi, pp. 20-21.

SESE, que precisamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha sido el «fruto de muchas ideologías, punto de encuentro y de enlace entre diversas concepciones del hombre y de la sociedad»; y que ella «no constituye la simple "ampliación" a nivel mundial de los textos nacionales, sino la "adaptación" de tales textos a un mundo intercultural profundamente heterogéneo y dividido»[30].

La cuarta tendencia es aquella escéptica expresada en nuestro debate con MORESO, quien ha criticado mi «hiperjuridicismo» (p. 11). A propósito de la positivación de los derechos fundamentales y de la introducción de las respectivas garantías, en particular del «mecanismo» de control de constitucionalidad, MORESO observa que «hay sociedades que no disponen de este mecanismo y en las que los derechos parecen estar razonablemente garantizados (Suecia), y hay sociedades que disponen de este mecanismo (Perú) y en los cuales, sin embargo, los derechos no están garantizados» (p. 12). Se trata, me parece, de un clamoroso *non sequitur*. El hecho de que en Suecia los derechos fundamentales sean garantizados al margen de la presencia de una jurisdicción constitucional[31], no quiere decir en absoluto, como justamente escribe MAZZARESE (p. 19), que su garantía esté confiada al buen corazón de los hombres antes que a las formas jurídicas que también en Suecia han sido asumidas por el *welfare State.* Significa simplemente, para usar mi terminología, que en Suecia funcionan cabalmente —y este es un signo de solidez democrática— aquellas que he llamado garantías primarias, aseguradas por las correspondientes funciones e instituciones administrativas de garantía primaria, independientemente de la garantía secundaria del control de constitucionalidad; la cual, como he demostrado (T10.207, T10.238), interviene solamente cuando las garantías primarias son violadas. En el sentido contrario, el hecho de que en Perú, no obstante la presencia de una Corte Constitucional, los derechos no se hallen adecuadamente garantizados no quiere decir en absoluto que las normas que los prevén, así como las que introducen, aunque fuese de modo inadecuado, las garantías primarias y secundarias, sean inútiles. Quiere decir, simplemente, que por razones económicas, políticas o culturales las garantías primarias son ampliamente violadas o no desarrolladas, y que las secundarias son, a la vez, insuficientes; pero no es cierto que sean inútiles o innecesarias. De lo contrario, deberíamos concluir que el elevado número de homicidios o de hurtos en un determinado país es la prueba de la inutilidad de la prohibición penal del homicidio y del hurto. En suma, los derechos y las garantías son normas y no descripciones, y en cuanto tales bien pueden ser violadas, sin que esto pruebe su inutilidad.

La quinta y última orientación, vinculada —como escribe MAZZARESE— a un pesimismo radical sobre el rol del Derecho, es la más paradójica: la enorme cantidad de violaciones de los derechos humanos y de crímenes contra la humanidad no sería impedida, sino más bien favorecida, por las pomposas declaraciones de esos derechos. Me parece que una tesis análoga, al menos en parte, ha sido sostenida en nuestro debate por P. P. PORTINARO. PORTINARO —del que soy deudor de muchas observaciones agudas y penetrantes sobre mi teoría de la democracia— es inducido por su realismo pesimista a «pronosticar», a propósito de mi visión de un constitucionalismo social y global garante de los mínimos vitales en los países pobres, de los que provienen hoy las oleadas migratorias, «que si un acuerdo de incautos políticos pusiera seriamente en marcha un pro-

[30] A. CASSESE, 1988, *I diritti umani nel mondo contemporaneo,* Roma-Bari: Laterza, II ed. 1999, p. 47.
[31] Que de hecho existe, como ha subrayado T. MAZZARESE en la nota 33, pp. 17-18 de su intervención.

grama orgánico de reforma inspirado en los principios rectores de legislación racional planteados en estos capítulos de *Principia iuris,* el mundo occidental asistiría a una rebelión de los dos tercios de la sociedad, que probablemente haría palidecer incluso el recuerdo de los fascismos del siglo XX» (pp. 18-19). No obstante, aquellos principios de legislación racional están expresados, mucho antes de *Principia iuris,* en gran parte de las constituciones nacionales y de las cartas internacionales sobre derechos. La tesis de PORTINARO equivale, por tanto, a decir que los derechos y el Derecho no deben ser tomados en serio, y que la política debe abdicar de su rol de representación y tutela de los intereses generales, y resignarse a un sustancial inmovilismo político.

En relación con las garantías de los derechos sociales, PORTINARO me dirige otra crítica. Comentando mis tesis según las cuales tales garantías deberían estar confiadas a automatismos normativos —desde la renta mínima de ciudadanía hasta la instrucción y la asistencia sanitaria pública y gratuita— que reduzcan al máximo la discrecionalidad de los aparatos burocráticos, las discriminaciones y las desigualdades, él afirma: «La quimera de la extinción del Estado permanece latente en las fantasías, soñadas con los ojos abiertos, de una sociedad de individuos hipergarantistas. De un crítico aguerrido del neoliberalismo como FERRAJOLI no se entendería la adopción de un típico argumento anarco-libertario (si se quiere abolir la corrupción se debe abolir la burocracia)» (p. 16). No comprendo en qué sentido una reforma del Estado social basada en el desarrollo de las funciones e instituciones de garantía de los derechos sociales independientes del poder ejecutivo y sujetas únicamente a la ley conduciría a la extinción del Estado, antes que a su mejor articulación. ¿Las instituciones de garantía —desde la escuela hasta los hospitales públicos y la seguridad social— no son acaso parte de la esfera pública, tanto como lo son las instituciones de gobierno? Y ¿qué hay de soñador o de anarco libertario en plantear el desarrollo y la generalización de técnicas de garantía ya ampliamente experimentadas en los países avanzados (algunas también en Italia), como la escuela pública y gratuita, el servicio sanitario nacional y la renta de ciudadanía? Contrariamente a la tesis de PORTINARO, me parece evidente que el desarrollo de las funciones e instituciones de garantía apunta exactamente en la dirección opuesta a la extinción del Estado: se dirige al incremento de la complejidad institucional de éste y a la expansión de la esfera pública, superando las formas toscas y rudimentarias del poder político del gobierno.

No obstante y sobre todo, en su lúcida intervención, PORTINARO me dirige una crítica más de fondo, atribuyéndome tesis y veleidades en las que no me reconozco: «FERRAJOLI quiere perfeccionar la canalización», es decir, la regulación y la limitación de todos los poderes, «excluyendo del ordenamiento jurídico toda suerte de poderes residuales y todo vestigio de poder extraordinario». No persigo en absoluto esta ilusión. La teoría se limita a diseñar un modelo normativo que, en cuanto tal, está de todos modos destinado, aún con todas sus técnicas garantista, a una inevitable escisión de la realidad. He insistido repetidamente sobre esta tesis desde la *Introducción,* en la cual he ilustrado las tres escisiones deónticas que marcan estructuralmente la fenomenología del Derecho y que el mismo PORTINARO reconoce: «Lo que llama la atención en la obra de FERRAJOLI es la extrema e insostenible escisión entre el realismo del diagnóstico y el radicalismo utópico de la propuesta normativa, ligada a la búsqueda de un constitucionalismo no solo al margen sino contra el Estado» (p. 11). Ahora bien: esta escisión no puede ser enteramente suprimida jamás. Únicamente puede ser reducida; y esta reducción —técnicamente difícil y quizá políticamente improbable— puede realizarse, como

siempre sucede, sólo mediante el esfuerzo de la política y de las fuerzas sociales encaminadas al desarrollo de técnicas eficaces e instituciones de garantía.

No me ilusiono en absoluto, por tanto, como piensa PORTINARO, con que pueda excluirse «del ordenamiento jurídico toda suerte de poderes residuales y todo vestigio de poder extraordinario» (las cursivas son mías), así como no pienso —y considero también una peligrosa ilusión autoritaria— que el Derecho penal sea capaz de terminar con la criminalidad y los abusos políticos y judiciales. Como he escrito en algunas ocasiones, no vivimos y tampoco viviremos en un mundo deónticamente perfecto. Existen y existirán siempre «poderes residuales» y salvajes, ya por no estar regulados, ya por no estar acompañados de adecuadas garantías, o ya por haberse ejercitado inválida y a veces ilícitamente. Y existirá siempre un margen de inefectividad de todas las garantías, empezando por las penales y procesales; de las cuales, por otra parte, puede provenir una minimización, pero no —desde luego— la supresión de la violencia y de la arbitrariedad. En suma, lo que la teoría está en capacidad de «perfeccionar» es únicamente el modelo teórico normativo; en cuanto a la realidad, la teoría sólo puede sugerir, a partir del «realismo del diagnóstico», la elaboración de garantías idóneas para implementarlo y para alcanzar su máximo grado de efectividad.

Finalmente, una última observación. No comprendo sobre qué bases PORTINARO encuentra «matrices iusnaturalistas-cristianas en la concepción (mía) de los derechos y de los bienes fundamentales» (p. 19). Ni alcanzo a ver el «riesgo de reintroducir de manera clandestina una forma de cognitivismo ético apoyada en el "fundamento cognitivo de la jurisdicción y de las otras funciones de garantía"» (pp. 19-20). Desde los primeros parágrafos de *Diritto e ragione*[32] (y luego en *Principia iuris,* II, § 14.2, pp. 213-215), he vinculado el cognitivismo jurisdiccional —obviamente tendencial por el carácter siempre relativo, probabilístico en cuanto a los hechos y opinable en cuanto al Derecho, de la verdad procesal— con el principio de legalidad, es decir con el carácter positivo, contingente, arbitrario y en cualquier caso puramente convencional, aunque precisamente por esto objetivo, de los enunciados legislativos. Usando la clásica fórmula hobbesiana, por tanto, he sostenido que el presupuesto iuspositivista del cognitivismo judicial, en virtud del cual *veritas non auctoritas facit iudicium,* es la predeterminación lo más estricta posible del objeto del juicio por parte de la ley, es decir, el convencionalismo legislativo, en virtud del cual *auctoritas non veritas facit legem.* Se trata, por tanto, de la exacta inversión del cognitivismo ético, ese sí de «matriz jusnaturalista-cristiana», según el cual *veritas non auctoritas facit legem;* con el resultado, puesto que no existe la supuesta ontología del Derecho anhelada por el viejo iusnatralismo, de que el juicio resulta de hecho confiado al arbitrio de los jueces, según la fórmula *auctoritas non veritas facit legem.*

### 3.3. La relación entre el paradigma de la democracia constitucional, el poder político y la soberanía

PRETEROSSI, tras haber reconocido el valor teórico-político del paradigma de la democracia constitucional y, en particular, de la dimensión sustantiva del mismo inserta-

[32] *Diritto e ragione,* cit., cap. I, § 1, pp. 5-13 (trad. castellana, pp. 33-40)

da tanto en el Derecho como en la democracia, plantea tres órdenes de problemas vinculados entre sí.

El primer problema es el de la relación entre Derecho y política. ¿Cuál es el espacio que le queda a la política si el proyecto constitucional es vinculante para todos los poderes, comenzando por el legislativo? ¿No acaba ese espacio por ser excesivamente reducido? (pp. 9-10) Cierto. El paradigma constitucional vincula la política a la ejecución del proyecto por él diseñado.

Si bien en el Estado legislativo la política era omnipotente como fuente de producción del Derecho y no existían normas superiores a la ley, en el Estado constitucional la misma, junto con la actividad legislativa y la de gobierno, aparece subordinada al Derecho. Se subordina ya no sólo a las normas formales sobre la producción jurídica que, en la democracia, aseguran la formación de la voluntad política de la mayoría, sino también a las normas sustantivas expresadas por los derechos fundamentales, esto es, a los límites y a los vínculos sustantivos establecidos por ese programa político en que consiste el pacto constitucional.

Con todo, el papel de la política sigue siendo aún muy vasto y, además, se ha visto aumentado en muchos aspectos. Así, no es cierto que el paradigma constitucional implique, tal y como escribe PRETEROSSI, un «modelo de juridificación integral» de la democracia (p. 10). Toda la nomodinámica del Derecho es, de hecho, confiada a la política. Por encima de todo, ésta es la amplísima esfera de lo decidible, abierta, obviamente, a la discrecionalidad del poder político, que reside en la mayoría y en el gobierno. Ante todo, las funciones legislativa y de gobierno, además del deber de hacer cumplir los derechos constitucionalmente establecidos como razón social de las instituciones políticas, tienen ante sí la enorme obra de construcción de la democracia constitucional y, por tanto, la introducción y la implementación de la garantía de los derechos y de sus correlativas funciones e instituciones de garantía. Los derechos fundamentales, se ha dicho en el § 2.2, requieren normas de desarrollo. Y está claro que la legislación de desarrollo —su calidad, las diversas garantías posibles, y el mejor mecanismo para hacerlos efectivos— es considerada (sea que se piense solamente en la política en materia de educación, de salud, de seguridad o de justicia) responsabilidad de la política. Tal y como ha dicho J. C. BAYÓN, toda constitución supone una pluralidad indeterminada de mundos constitucionalmente admisibles porque todos son compatibles con ella. Por último, y en tercer lugar, la política no se agota en la política institucional. Aquélla incluye también las luchas, las reivindicaciones, las revueltas civiles y los proyectos reformadores que provienen de las fuerzas políticas y sociales: incluye, en suma, aquello que he denominado el punto de vista externo, al que se remite la dinámica de las reformas y de las transformaciones institucionales. Y se trata de una relación circular, una interacción recíproca entre crecimiento de la conciencia cívica, rol progresivo de la política y desarrollo del paradigma constitucional.

El segundo problema, conectado con el primero, se refiere a la relación entre Derecho y poder (p. 3). Sin duda, el Derecho diseñado a partir de la constitución democrática es siempre contra el poder. En la base de la teoría de la democracia constitucional hay una concepción pesimista del poder: éste, como ya nos advirtió MONTESQUIEU, siempre tiende a acumularse hasta llegar a ser absoluto si no es limitado, controlado y contenido dentro del sistema complejo de garantías, de división y de separación de po-

deres en el cual reside el edificio de la democracia constitucional. No obstante, no me parece que haya que preocuparse por una excesiva reducción del poder. Residuos de poder salvaje tienden desgraciadamente a reproducirse y a expandirse en todas las hendiduras de la estructura garantista y constitucional: en la familia, en las relaciones de trabajo y de mercado, en la organización de los poderes públicos. No hay que temer ese peligro de regresión premoderna que parece vaticinar PRETEROSSI —si lo he entendido bien— en los excesivos vínculos sustanciales de tipo ético-político impuestos por la Constitución a la contingencia y precariedad de la dinámica política (p. 4). Como ha demostrado L. PRIETO SANCHÍS (pp. 7-11), precisamente la firme defensa de la separación entre el Derecho y la moral, antes recordada, excluye un riesgo tal, presente, sin embargo, en la orientación neoconstitucional.

¿Qué queda de la soberanía? ¿«Estamos seguros», se pregunta PRETEROSSI, «de que verdaderamente disminuya la posibilidad y el problema de la soberanía»? (p. 7). Creo que en el sentido de *potestas legibus soluta* no puede tener ningún espacio en la democracia constitucional. Se podría identificar con el poder constituyente que, sin embargo, se agota en su ejercicio, esto es, en el acto constituyente, que es un acto informal, que o es efectivo o no lo es: por lo cual, o tal acto funda efectivamente el ordenamiento constitucional y, entonces, el poder constituyente se agota; o bien no llega a ser efectivamente constituyente. Pero podríamos, sin embargo, identificarla en la democracia con la «soberanía popular», que aparece formulada en casi todas las constituciones democráticas; a condición, sin embargo, de que se entienda tal expresión literalmente: por un lado, como una garantía negativa, en conformidad con la cual la soberanía «pertenece al pueblo», como dice por ejemplo el art. 1 de la Constitución italiana, y a ningún otro, y según la cual ningún órgano público —asamblea representativa, gobierno de la mayoría o presidente electo del pueblo— puede apropiarse de ella y usurparla; y, por otro lado, en cuanto que el pueblo no es un macro-sujeto sino la suma de las personas que lo componen, como garantía positiva consistente en la suma de aquellos fragmentos de soberanía que son los derechos fundamentales, esto es, de aquellos poderes y contra-poderes que la constitución atribuye a todos aquellos que forman parte del pueblo.

### 3.4. Dos cuestiones de teoría de la democracia: constitutividad del contrato de trabajo y posibles técnicas para completar las lagunas

A continuación abordaré otras cuestiones teóricas, aunque de carácter más específico, surgidas en nuestro debate acerca de las garantías de los derechos.

Me refiero especialmente a unas observaciones bastante sugerentes presentadas por S. SENESE en materia de Derecho laboral. SENESE ha llamado la atención sobre mi distinción dentro de los actos formales y, más específicamente, de los actos prescriptivos, entre «decisiones» y «actos constitutivos»: son decisiones aquellos actos prescriptivos —como los negocios privados, las leyes, las sentencias y las disposiciones administrativas— cuyo contenido prescriptivo, esto es, cuyo efecto o significado son decisiones o disposiciones de sus autores en conformidad, obviamente, con las normas, formales y sustantivas, acerca de su producción; son actos constitutivos, por el contrario, aquellos actos prescriptivos —como el matrimonio, las declaraciones de

no impedimento [*nulla osta*], las licencias [*autorizzazioni*], las homologaciones [*approvazioni*], las ratificaciones y similares— cuyo contenido, esto es, cuyo efecto o significado, son pre-decididos y pre-dispuestos rígidamente por las normas que regulan su producción.

Pues bien, SENESE sugiere una interesante interpretación de mi categoría de los actos constitutivos. Se pregunta si el contrato de trabajo no puede —o, tal vez, no debe— ser considerado como un acto constitutivo antes que como una decisión (p. 12). Por lo menos en el sistema de Derecho laboral de corte garantista, de hecho, los efectos, significados o contenidos prescriptivos de los contratos de trabajo —esto es, la regulación de la relación contractual, del salario en el horario de trabajo, de las vacaciones y el descanso del fin de semana, de la libertad sindical a los límites impuestos al poder de despido— son, en gran medida, predeterminados por la ley o por la contratación colectiva y sólo en parte se dejan en manos de la autónoma decisión del oferente de trabajo y del trabajador. En este sentido, dice acertadamente SENESE, en tal sistema el contrato de trabajo es un acto eminentemente constitutivo, en alguna medida semejante al matrimonio: constitutivo del status de trabajador dependiente, en el cual se contienen *ex lege* los derechos y los deberes preestablecidos por las leyes o por los contratos colectivos, de manera no muy diferente al caso del matrimonio, que es constitutivo del status de los cónyuges, en el cual son vinculantes *ex lege,* como efectos normativamente predispuestos, los derechos y los deberes de los cónyuges.

He dicho «eminentemente». En lugar de hablar de una distinción propiamente dicotómica entre decisiones y actos constitutivos, podríamos más bien hablar de un «grado de constitutividad» que identifica a muchas decisiones, por ejemplo, en materia laboral. Diremos por tanto que en el Derecho laboral vamos de un mínimo de constitutividad y de un máximo de decisionismo, que caracterizan a todos los contratos de trabajo individual a tiempo determinado, a un máximo de constitutividad y un mínimo de decisionismo, como en el caso de aquellos que se encuentran en la relación de trabajo sujetos, hasta la fecha, a normas fuertemente garantistas. Pero lo mismo se puede decir, en teoría, en relación con cualquier acto contractual. El matrimonio, por ejemplo, que en nuestro ordenamiento es un acto totalmente constitutivo, es en otros ordenamientos, como en el de los Estados Unidos, parcialmente decisional, siendo posible pactar en tal acto matrimonial cláusulas contractuales no preestablecidas por la ley.

Está claro que la naturaleza constitutiva o, en todo caso, un alto grado de constitutividad del acto prescriptivo favorece a la parte más débil de la relación jurídica. Y también está claro que en materia laboral, habiendo configurado el contrato de trabajo en *Principia iuris* como una relación regida por los principios del Derecho público antes que por los de Derecho privado, mi opción es a favor de un modelo que, en la mayor medida posible, sea constitutivo. Se puede así decir que la naturaleza pública más que puramente mercantil de la relación laboral es tanto mayor y está tanto más garantizada cuanto más constitutivo y menos decisional es el contrato de trabajo. Y se podrá leer la actual y tendencial disolución del Derecho laboral, y más precisamente de su dimensión publicista, como el resultado del tendente predominio de la contratación individual, confiada casi por completo a las decisiones de las partes, más que a la negociación colectiva.

Es precisamente este predominio el que D. GRECO ha denunciado en Italia en su aportación sobre lo que ha llamado la «subversión de los principios constitucionales»

(p. 3): a propósito de la constitucionalización del mercado (y del PIB) y de la total mercantilización del trabajo, la subordinación de la esfera pública al mercado y de la política a la economía, algo que, en última instancia, conduce a dar prioridad a los derechos-poderes de autonomía civil sobre los derechos de libertad y los derechos sociales. En consecuencia, se ha disuelto el viejo Derecho laboral. No hay más necesidad de despidos pues éstos han pasado a ser sustituidos ahora por el trabajo precario basado en los contratos temporales. En el caso de los inmigrantes clandestinos, se ha desarrollado un trabajo servil y privado de cualquier garantía; esto ha tenido como consecuencia el descenso de los salarios y de las garantías también de los otros trabajadores. La iniciativa económica, en contra de lo establecido por el art. 41 de la Constitución, puede de hecho desarrollarse en contra de la dignidad humana. Si los derechos no son vistos como «inversiones productivas», sino todo lo más como «costos insostenibles», cómo va a esperarse entonces que sean considerados vínculos constitucionales. Le debo a S. SENESE también una segunda indicación en materia de garantías de los derechos fundamentales. Como he señalado varias veces, las lagunas estructurales, en el sentido ya precisado, esto es, como algo diferente a las antinomias estructurales que se expresan a partir de normas inválidas, no parecen estar sujetas a un procedimiento de reparación en sede jurisdiccional. Es de hecho evidente que las Cortes Constitucionales, atendiendo al principio de la separación de poderes, no pueden, por ejemplo, en ausencia de una legislación de desarrollo en materia de derechos sociales, introducir las garantías correspondientes a éstos. Este límite al control de constitucionalidad por ausencia de norma ha sido, en parte, superado por ejemplo en Italia con la práctica de las denominadas sentencias constitucionales «aditivas» que, pese a su nombre, sin embargo, apelan a la existencia de normas de Derecho positivo (a través de la declaración de inconstitucionalidad de éstas «en la medida en que no prevén etc.). En otros ordenamientos, como el portugués o el brasileño, se ha previsto incluso un control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad por ausencia de leyes de desarrollo. Pero este control, dado que la jurisdicción constitucional no puede sustituir al poder legislativo, se resuelve en una sencilla instrucción que tiene únicamente el valor de censura y de recomendación al Parlamento para que introduzca las leyes de desarrollo exigidas.

Pues bien, SENESE, en relación con este segundo tipo de intervención, ha observado acertadamente que mejor que el modelo brasileño de la «recomendación» bien podría asumirse el de la «condena» adoptado por la Corte Europea de Estrasburgo y de Luxemburgo: condena a favor del agraviado, quien posteriormente puede invocarla como una acción por daños, de la que conoce la Corte Europea de Estrasburgo en materia de afectación de derechos humanos o, en todo caso, proceder a la condena del Estado infractor (o responsable) al pago periódico hasta el cumplimiento de una suma determinada, por ejemplo, diaria, a un determinado fondo, según el mecanismo adoptado por la Corte de Luxemburgo (pp. 12-13). Se trata, en mi opinión, de una indicación muy válida que bien podría ser extendida a la jurisdicción constitucional nacional. La condena en tal caso sería mucho más eficaz que una simple recomendación precisamente porque provendría de un órgano jurisdiccional del ordenamiento interno que sería útil para generar una responsabilidad no sólo política sino también civil, que los órganos legislativos y los del gobierno difícilmente podrían ignorar.

### 3.5. Separación de poderes y garantismo

El otro importante orden de cuestiones afrontado en nuestro debate, sobre todo, por P. ANDRÉS IBÁÑEZ y por M. BOVERO, ha sido el de la separación de poderes. Las constituciones diseñan jurídicamente lo que he denominado la «esfera de lo indecidible que» o «que no», relativa a la garantía de los derechos, en oposición a lo que he llamado la «esfera de lo decidible», relativa al ejercicio de los poderes políticos. Por lo tanto, la diferente naturaleza de las dos esferas exige una revisión de la clásica separación de poderes: la separación entre funciones e instituciones de gobierno competentes para actuar en la esfera política de lo decidible, y funciones e instituciones de garantía encargadas de garantizar y controlar la esfera de lo indecidible. Como justamente ha hecho notar P. ANDRÉS IBÁÑEZ (p. 2), las dos esferas remiten a las dos dimensiones en las que he articulado la democracia constitucional: la dimensión formal, y específicamente política, de las funciones de gobierno (a la que debe añadirse la dimensión civil de los poderes privados, que son también parte de la dimensión formal), y la dimensión sustancial, divisible, a su vez, en la dimensión liberal y la social, de las funciones de garantía.

Como ha observado BOVERO, en mi noción de «esfera de lo indecidible» resuenan las nociones análogas de «coto vedado» de E. GARZÓN VALDÉS y de «territorio inviolable» de N. BOBBIO (pp. 1-2). Ella recuerda, además, la idea de la limitación de los poderes públicos, incluso los de la mayoría, propia de la doctrina liberal clásica, de VON HUMBOLDT a Constant y a TOCQUEVILLE. Sin embargo, se aparta de estas nociones clásicas por cuatro diferencias[33]: a) por el carácter jurídico y no simplemente «moral», como dice BOVERO (p. 12), de la esfera de lo indecidible, estipulada por las constituciones mediante la imposición, a la esfera de lo decidible, de límites y vínculos, transformados de condiciones de justicia o de legitimación externa en condiciones de validez jurídica o de legitimación interna; b) por la consiguiente coesencialidad de la esfera de lo indecidible a la democracia constitucional, no ya como su simple «pre-condición», como sostienen BOBBIO y BOVERO, sino como su rasgo estructural y definitorio, correspondiente a la que he denominado su dimensión sustancial; c) por el hecho, también destacado por BOVERO, de que la esfera de lo indecidible designa, respecto a la noción de «coto vedado» de GARZÓN VALDÉS y de «territorio inviolable» de BOBBIO, no sólo el espacio o el territorio «prohibido» en garantía de los derechos de libertad, sino también el espacio y el territorio «obligado» en garantía de los derechos sociales (pp. 11-12), y d) por la referencia de dicha esfera no sólo al Estado y a los poderes públicos sino también al mercado y a los poderes privados, es decir, a los derechos de autonomía civil, que la tradición liberal indebidamente ha confundido con los derechos de libertad.

Ahora bien, a mi parecer, la separación de poderes se funda sobre la distinción entre las dos esferas, la de lo indecidible y la de lo decidible, como técnica de garantía de la primera ante las intromisiones y los abusos de la segunda. Y se justifica con el distinto rol, la distinta naturaleza y la distinta fuente de legitimación democrática de los poderes inherentes a las dos esferas. En efecto, los poderes inherentes a las funciones de

[33] Para un análisis más extenso de estas diferencias y, en general, de los fundamentos de la separación entre funciones de gobierno y funciones de garantía, *cfr.* 2008, «La esfera de lo indecidible y la división de poderes», en L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo,* a cargo de M. CARBONELL, Madrid: Trotta, pp. 102-109.

gobierno, dentro de la esfera de lo decidible, son poderes de disposición, es decir, de producción y de innovación normativa; en cambio, los poderes inherentes a las funciones de garantía de la esfera de lo indecidible son, predominantemente, poderes de conocimiento, es decir, de comprobación de los presupuestos jurídicos de las decisiones. Los primeros están vinculados únicamente al respeto de la (y, por ello, solamente a la no incoherencia con la) constitución por parte de las decisiones por las que son ejercidos; en cambio, los segundos están vinculados a la muy rígida aplicación sustancial de la ley, sobre la base de la comprobación de los presupuestos de hecho y de Derecho previstos por ella. Por tanto, los unos son legitimados, a causa de su rol de producción y de innovación normativa en función del cuidado de los intereses generales, por la representación política; los otros son legitimados, en función de su rol de garantía de los derechos normativamente preestablecidos, por su sujeción solamente a la ley, y precisamente a normas no sólo formales sino también sustanciales sobre la producción de los actos por los que son ejercidos.

Naturalmente la separación, como la figura opuesta de la participación, es una noción teórica. De hecho se dan —y, en una cierta medida, es a veces oportuno o, incluso, inevitable que se den— formas mixtas de distribución de los poderes: en parte caracterizadas por la separación, en parte por la participación. Solo en Italia, pienso en la composición mixta del Consejo superior de la Magistratura y de la Corte constitucional; en el poder de iniciativa disciplinaria del Ministro de Justicia respecto a los magistrados; en la autorización ministerial a proceder por los delitos de vilipendio; en las derogaciones, mucho más discutibles, también en los principios de igualdad y legalidad representadas por las inmunidades parlamentarias de las amnistías y de los indultos.

Por otra parte, a mi parecer, la distinción estructural entre funciones e instituciones de gobierno, y funciones e instituciones de garantía impone que toda la estructura de la esfera pública, y no sólo de la separación de los poderes, sea repensada y rediseñada. En el clásico modelo de MONTESQUIEU la separación era instituida entre tres poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En el modelo lockiano, ella concernía solamente al poder legislativo y al ejecutivo. En ambos casos, se trata de modelos elaborados hace más de tres siglos con referencia a un orden institucional incomparablemente más simple que el de las modernas democracias constitucionales: cuando las funciones del Estado eran poco más que la función penal y el mantenimiento del orden en el interior del territorio nacional y la defensa militar en el exterior. Respecto a estos órdenes, la función principal de la separación era, sobre todo, la de garantizar, con respecto del poder monárquico de otro modo absoluto, la primacía de la función legislativa y la independencia de la función judicial.

Este viejo esquema ha condicionado pesadamente la construcción del moderno Estado de Derecho: en positivo, dado que es válido garantizar la primacía del parlamento y la independencia de la jurisdicción; pero también en negativo, dado que todo el conjunto de las funciones administrativas de garantía propias del Estado social, no encontrando otros espacios, se ha desarrollado, al menos en las experiencias constitucionales de la Europa continental, dentro de la estructura del poder ejecutivo de gobierno, unificándose tras la etiqueta omincomprensiva de la «Administración Pública». Por tanto, no sólo las funciones administrativas auxiliares de las actividades de gobierno como las funciones diplomáticas o la de la seguridad pública o de la política fiscal, sino

también las funciones administrativas de garantía de derechos fundamentales como la educación, la salud y la previsión, han sido así incardinadas dentro del poder político, dependientes de los gobiernos. Al punto de hacer posible, también en Europa, la práctica del denominado *spoils system* experimentado en los Estados Unidos donde, sin embargo, el Estado social ha tenido un desarrollo mucho menor y el sistema de los expolios concierne sólo a las funciones administrativas auxiliares del Presidente, quedando fuera las pocas funciones de garantía de los derechos, predominantemente confiadas a autoridades independientes.

Si todo esto es verdadero, debemos reconocer, me parece, que la clásica separación dieciochesca de los poderes que se remonta a MONTESQUIEU es, hoy, inadecuada para dar cuenta de la complejidad de la esfera pública de las modernas democracias y, sobre todo, para fundar en ella la estructura garantista. Es inadecuada sobre el plano descriptivo, dado que es desmentida por todos los sistemas políticos parlamentarios, donde el gobierno tiene la confianza de la Cámara y la relación entre ejecutivo y legislativo no es, por tanto, de separación sino de participación. Pero es inadecuada también sobre el plano axiológico, dado que la enorme cantidad de funciones hoy asignada a la esfera pública no es íntegramente clasificable en la tripartición de MONTESQUIEU. En particular, todas las funciones administrativas generadas por el desarrollo del Estado social —la escuela, la salud, la previsión y similares— no son, para nada, funciones de gobierno, sino funciones de garantía cuyo ejercicio, análogamente al de la función judicial, consiste en la comprobación de sus presupuestos legales y requiere, por ello, no ya dependencia y control sino, al contrario, independencia de las funciones de gobierno, es decir, del poder ejecutivo, dentro del que se han desarrollado, en cambio, fuera de todo diseño constitucional.

M. TARUFFO ha mostrado muy bien el nexo entre la naturaleza cognitiva de la jurisdicción, su rol de garantía secundaria de los derechos y su legitimación sustancial, como aplicación de normas, a su vez sustanciales, al hecho objeto de comprobación (pp. 2-5). Pero este mismo nexo existe también para las funciones administrativas de garantía primaria de los derechos, igualmente caracterizadas por la naturaleza cognitiva de los presupuestos sustanciales de su ejercicio y establecidas como control primario de la dimensión sustancial de la democracia, así como la jurisdicción es establecida como control secundario. En ambos casos se revela así el nexo biunívoco que vincula la separación de los poderes y la democracia sustancial. La primera está dirigida a garantizar a la segunda de (el tendencial absolutismo de) la democracia formal, es decir, de los poderes políticos de la mayoría y de los poderes económicos del mercado: porque garantiza el ejercicio independiente y subordinado sólo a la ley y a la constitución de las instituciones y de las funciones de garantía de los derechos de todos; y porque, a través de la compleja red de incompatibilidad de la que es garantía, garantiza a su vez contra los inevitables conflictos de intereses generados por las muchas posibles confusiones de poderes a cargo de la misma persona.

Hay, sin embargo, dos interesantes cuestiones, planteadas por S. SENESE, en el tema de la separación de poderes: la de las derogaciones que pueden provenir de dos posibles abusos, hoy muy difundidos, del poder legislativo: las leyes interpretativas y las leyes-medida. A las dos preguntas de SENESE en orden a la primera cuestión —si, en general, es legítima la interpretación auténtica y si lo es con respecto a los procesos en

curso (pp. 11-12)— respondo positivamente a la primera, siendo en tal caso la ley de interpretación auténtica nada más que una nueva ley que integra o modifica la ley interpretada; pero respondo negativamente a la segunda, dado que en tal caso la interpretación auténtica, interviniendo en un proceso en curso, se resuelve en una violación de la separación de los poderes: tendríamos, en efecto, una ley retroactiva destinada a interferir en procesos en curso y, a lo mejor, emanada precisamente para predisponer la solución agradable a los legisladores. No menos grave es la violación de la separación de poderes que causan las leyes-medida: en efecto, en estos casos, la forma legislativa conferida a lo que en sustancia es una medida, a veces, abiertamente singular, implica su sustracción a las garantías jurisdiccionales comúnmente predispuestas para los actos administrativos[34].

### 3.6. La guerra y las relaciones internacionales. La perspectiva del constitucionalismo global

Un tercer orden de cuestiones planteado en nuestra discusión concierne a los problemas de la paz y de la democracia internacional.

Una primera objeción, dirigida a mi «pacifismo jurídico», ha sido planteada por P. P. PORTINARO. En una nota (nota 26, p. 17), PORTINARO juzga «impecable» mi distinción entre «guerra» y «uso legítimo de la fuerza» basada sobre el hecho de que sólo el segundo y no la primera asegura, además de la máxima limitación de la violencia, la tutela del inocente y la no instrumentalización de la coerción a fines e intereses de parte. Pero se pregunta: «¿quién decide, en el caso del uso legítimo, cuál es la fuerza "estrictamente necesaria" para el mantenimiento de la paz: los militares de profesión, los jueces o los diplomáticos?, ¿y quién puede, y cómo, garantizar la no instrumentalización de la coerción en una arena política signada por la competición hegemónica? ¿y qué sucede en caso de que se perfile un conflicto entre instituciones de garantía e instituciones de gobierno puestas para el mantenimiento de la paz?» *(ibídem).* Son las preguntas a las que contesta el modelo garantista del Derecho penal: los presupuestos, la naturaleza y la medida del uso de la fuerza son decididos sobre la base del principio de legalidad penal; la no instrumentalización política de la intervención de la policía es asegurada por el carácter terciario de los órganos a los que es delegada y del monopolio a su cargo del uso legítimo de la fuerza; finalmente, en caso de conflicto entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, deben prevalecer las primeras cuando se trate de actividad de prevención, en particular, de los peligros de la guerra, y las segundas cuando se trate de actividad de garantía de los derechos o de comprobación y de represión de delitos internacionales. Se trata, obviamente, de un modelo cuyas articulaciones institucionales deben ser mucho mejor precisadas y, en todo caso, de un modelo límite, como recuerda PRETEROSSI (p. 10), del cual puede haber un grado mayor o menor de realización. Probablemente no esté destinado a cobrar existencia a causa de la oposición de las grandes potencias. Pero nada autoriza a considerarlo utópico, es decir, de imposible realización.

[34] Sobre las dimensiones y las consecuencias de este fenómeno, véase S. SPUNTARELLI, 2007, *L'amministrazione per legge,* Milano: Giuffrè.

Pero es precisamente la «diferencia radical» que sostengo entre guerra y uso legítimo de la fuerza la que es puesta en duda por PORTINARIO: como válida, dice, «bajo el perfil jurídico» pero no «en los hechos» (p. 17). «Porque de las dos la una: o con el ejercicio legítimo (dirigido exclusivamente a oponerse a violaciones al Derecho internacional) de la fuerza en serio, y entonces es inevitable que las fuerzas armadas implicadas en estas operaciones acaben por cometer crímenes de guerra...; o bien se toman en serio los derechos a la incolumidad de la población civil y se adoptan estrategias de contención militarmente ineficaces y, en definitiva, perdedoras, capaces sólo de aplazar la utilización de fuerza decisiva» *(ibídem).* Y añade: «Es legítimo, seguramente, presentar dudas sobre la eficacia de la guerra como instrumento para oponerse al terrorismo internacional, pero análogas consideraciones escépticas deberían ser propuestas en relación con la eficacia del instrumento jurisdiccional y de una fuerza internacional de policía» *(ibídem).*

A mi parecer, se manifiesta aquí la incomprensión de la diferencia y de la profunda asimetría no tanto y no sólo entre la guerra y el uso legítimo de la fuerza, sino, sobre todo, entre el terrorismo y la única respuesta capaz de enfrentarlo: la regulada por el Derecho. Si es verdad que el terrorismo es un fenómeno criminal, consistente en una red compleja y oculta de organizaciones clandestinas ramificadas en decenas de países y sostenida por una red todavía más compleja de complicidades políticas y sociales, entonces las guerras y los bombardeos aéreos, como ha sido probado por el fracaso de la guerra en Irak, no podrán derrotarlo nunca, sino sólo alimentarlo y legitimarlo. Al contrario, la eficacia de la respuesta institucional regulada por el Derecho, es decir, del uso legítimo de la fuerza en las formas tradicionales del Derecho, depende, mucho más que de la fuerza militar, de su idoneidad para comprobar las responsabilidades y para capturar a los responsables.

No sólo. Hay una dimensión simbólica de estas dos distintas respuestas a la violencia terrorista —la guerra y el Derecho— que no puede ser ignorada. No es verdad que «una total sumisión de la fuerza a las formas del Derecho», como escribe PORTINARO, «tiene como efecto su debilitamiento» (p. 17). Lo verdadero es exactamente lo contrario. La ineficacia de la guerra en la lucha contra las organizaciones terroristas depende —más allá que de la absoluta falta de idoneidad de los medios empleados, capaces de afectar solamente a víctimas inocentes— de su perfecta simetría con el terrorismo, del que realiza, como gasolina sobre el fuego, el principal objetivo: la incesante espiral de la violencia generada por el terror, de los odios y de los fanatismos desatados por unos y otros. Viceversa, la eficacia de la respuesta jurídicamente regulada en las formas del Derecho penal no reside ciertamente en la fuerza bruta. Ella reside en la capacidad de deslegitimación jurídica, de aislamiento social y de debilitamiento político de la criminalidad terrorista que proviene, en el Derecho y en la respuesta por él regulada, precisamente, de su máxima asimetría respecto al crimen, que es asegurada por el conjunto de las garantías penales y procesales.

En el tema de las relaciones internacionales, un segundo orden de objeciones ha sido dirigido por A. RUIZ MIGUEL, a la perspectiva de un constitucionalismo global delineado en el último capítulo del segundo volumen de *Principia iuris* sobre la base de las promesas contenidas en la Carta de las Naciones Unidas y en las muchas declaraciones y convenciones sobre los derechos humanos. RUIZ MIGUEL contesta, en particular,

que la hipótesis de una democracia supranacional federal, basada sobre un constitucionalismo de múltiples niveles, no equivale, como lo he afirmado, a la hipótesis de un super-Estado o de un «gobierno mundial» como fue formulada por KANT y en nuestros días por HABERMAS y por BOBBIO. No me resulta claro cuánto hay de terminológico o de sustancia en esta cuestión. Es obvio que el monopolio jurídico de la fuerza, por otra parte ya previsto actualmente aunque no realizado, a cargo del Consejo de Seguridad de la ONU, reclama la idea del Estado y es conexa a un gobierno mundial. Pero lo que he intentado sostener, en polémica con cuantos temen que un posible gobierno mundial equivaldría a un nuevo Leviatán y defienden, por tanto, las viejas soberanías nacionales, son sobre todo dos cosas. La primera es que hoy vivimos de hecho en una situación paradójica de anarquía planetaria y, conjuntamente, de gobierno global —el de las grandes potencias y, en particular, de los Estados Unidos, indisponible a cualquier rol de garantía de la paz y de los derechos fundamentales— con las desventajas de una y de otra (*Principia iuris,* II, pp. 553 y 572). La segunda es que aquello de lo que hoy tiene necesidad el mundo es el desarrollo, no tanto y no sólo de funciones y de instituciones de gobierno, que son más legítimas y eficientes en tanto son más locales y, por ello, cercanas a los gobernantes sino, sobre todo, de funciones y de instituciones de garantía capaces de tutelar derechos y bienes fundamentales como la paz, la seguridad, los mínimos vitales y la protección del ambiente, cuya efectiva garantía es imposible a nivel local y es irrealizable a nivel global mientras falten las correspondientes instituciones internacionales de garantía. Que, además, es completamente obvio que las funciones internacionales de gobierno son absolutamente necesarias, al menos, para implementar, financiar y coordinar el ejercicio de las tantas funciones de garantía y, por lo demás, he propuesto a partir de ello, bajo más aspectos, la democratización política.

### 3.7. Sobre el optimismo metodológico

Hay, finalmente, una última cuestión, no teórica ni filosófica. Ha suscitado críticas —por parte de MORESO, de RUIZ MIGUEL y de PORTINARO— el último párrafo de *Principia iuris* titulado «La democracia cosmopolita como construcción social. La lucha por el Derecho. Optimismo metodológico».

RUIZ MIGUEL ha interpretado estas palabras como expresiones de una filosofía de la historia de tipo «apocalíptico-optimista» (p. 15): «apocalíptico» por las perspectivas catastróficas, que me parece que también comparte, si no se hace nada contra tantos peligros que amenazan la supervivencia de la humanidad; «optimista» por el rol de garantía que pienso que puede ser desarrollado por el Derecho y por la democracia. Contesto que no tengo ninguna filosofía de la historia. El «optimismo metodológico» del que he hablado como del principio informador de la «lucha por el Derecho», no es más que la otra cara del rechazo a cualquier filosofía de la historia de tipo determinista: es decir, de la falacia en la cual caen muchos realistas, según la cual aquello que sucede no puede no suceder. Quiere decir que el futuro de la humanidad depende en gran parte de la humanidad misma, y precisamente de su capacidad de defenderse —cosa improbable, pero no imposible— de sí misma: de los desastres ecológicos, de las catástrofes nucleares, del crecimiento de las desigualdades, de la violencia y del terrorismo en un mundo cada vez más frágil y vulnerable. He explicado su sentido, por lo demás, con la

impronta de Kant sobre la «esperanza de un futuro mejor» como condición de sentido de la acción política, y con la de BOBBIO sobre nuestros retrasos en la satisfacción de las muchas promesas constitucionales que deberíamos intentar de no «aumentar con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo».

MORESO, a su vez, me reprocha este optimismo metodológico como signo de una excesiva confianza en el Derecho, en oposición a una excesiva desconfianza en la moral (pp. 11-12). Es verdad, no creo en la bondad de los hombres ni con mayor razón en el «poder bueno» de quienquiera que lo ocupe, ni consecuentemente en el «gobierno de los hombres», tampoco de los (sedicentes) mejores; prefiero el gobierno de las leyes sobre las que solo se basa el edificio de las garantías. Añado que el optimismo del que hablo no tiene nada que ver con el optimismo existencial, por así decir antropológico, como es inevitablemente el optimismo moral sostenido por MORESO, que fundándose sobre la bondad humana y sobre la subestimación del Derecho, ha caracterizado de hecho todos los fracasos de las muchas utopías revolucionarias. De otro lado, este tipo de optimismo es irrelevante sobre el plano teórico, lo mismo que el pesimismo existencial. Lo que interesa desarrollar en el plano teórico, una vez rechazada la falacia determinista según la cual no existen alternativas al estado de cosas presente, es la reflexión sobre las específicas técnicas de garantías de la paz y de los derechos fundamentales más vitales. Estas técnicas podrán ser imperfectas, insuficientes, inadecuadas respecto a las enormes dificultades de los problemas y estar, quizá, destinadas a fracasar. Sin embargo, esto no quita para que se tenga el deber cívico, más allá del científico, de elaborar una teoría de la democracia a la altura de estos problemas.

Finalmente, P. P. PORTINARIO me acusa de ingenuo optimismo, es decir, de no tener en cuenta los enormes costos y los poderosos intereses que se oponen a la realización de mi paradigma garantista (p. 17-19). Repito cuanto he dicho varias veces acerca de la oposición entre el realismo de los tiempos cortos y el realismo de los tiempos largos. En los tiempos largos está también en los intereses de los más fuertes realizar aquel paradigma, en defensa también de su seguridad y supervivencia. En todo caso, no podemos confundir la improbabilidad política con la imposibilidad teórica, si no queremos ofrecer a la primera el aval de la segunda. Bien podemos ser pesimistas sobre el futuro de la paz y de la democracia. Pero si es verdad que tanto la paz como la democracia son posibles, de su fracaso somos responsables todos nosotros: los políticos miopes de las grandes potencias, la inercia de la opinión pública, pero también la ciencia jurídica y la cultura política por su desempeño científico y civil. En suma, «optimismo metodológico» equivale al rechazo de todo determinismo que excluya que cualquier otro mundo es posible, de la desresponsabilización de la política consiguiente al abandono de toda perspectiva de posible transformación y del pesimismo metodológico que puede conducir a la abdicación de la razón y a la renuncia a todo proyecto de progreso político y social.

(*Traducción de Maximiliano A. Aramburo Calle,*
*Alí Lozada Prado y Félix Morales Luna*)

# ARTÍCULOS
# ARTICLES

# EL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL ABORTO EN LOS ESTADOS UNIDOS: UNA INTRODUCCIÓN *

Ian Shapiro **

*Universidad de Yale*

**RESUMEN.** El autor expone y examina la jurisprudencia en torno al derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: desde el célebre caso *Roe vs. Wade* de 1973 hasta el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* en 1992. En el primero, se estableció que las mujeres tenían el mencionado derecho en los estadios tempranos del embarazo, de acuerdo con cierta segmentación trimestral de éste; mientras que, en el segundo caso, aunque se reafirmó el derecho constitucional al aborto, por un lado, se tomó distancia del esquema de análisis basado en trimestres y acuñó en cambio la noción de cargas indebidas, y por otro lado, se sostuvo inequívocamente que el interés del Estado en la vida potencial empieza después del momento en el cual el feto es viable. Shapiro reconstruye el proceso de mutación constitucional acaecido entre *Roe* y *Case;* para ello, no sólo aborda el paulatino giro producido en las *rationes decidendi* de los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, sino también las modificaciones ocurridas en la integración de ésta, así como las variaciones suscitadas en el contexto del debate público norteamericano en aquel lapso.

**Palabras clave:** aborto, *Roe vs. Wade, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey.*

**ABSTRACT.** The author presents and examines the case law concerning the constitutional right to abortion in USA: from the well-known 1973 *Roe vs. Wade* case to the 1992 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey* case. In the first case, it was established that women had the above mentioned right in the early stages of pregnancy, in accordance with a division of pregnancy into three month terms; while, in the second case, despite the confirmation of the constitutional right to abortion, there was a distancing from the analysis scheme based on terms and, instead, the notion of undue burdens was coined. It was also clearly held that state interest in potential life begins the moment that the foetus is viable. Shapiro reconstructs the constitutional mutation process which took place between *Roe* and *Casey;* in order to do so, he approaches not only the gradual change of direction produced in the *rationes decidendi* of the U.S. *Supreme Court* rulings, but also the modifications which ocurred in the integration of the above mentioned mutation, as well as the variations arising in the context of the North American public debate in that space of time.

**Keywords:** abortion, *Roe vs. Wade, Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey.*

---

* Fecha de recepción: 31 de agosto de 2008. Fecha de aceptación: 18 de septiembre de 2008.

** Título del original: «The Constitutional Law of Abortion in the United States: an Introduction». Se trata del trabajo introductorio al libro *Abortion. The Supreme Court Decisions 1965-2007,* Hacket Publishing Company, Inc., Indianápolis/Cambridge, 2007.

El debate estadounidense sobre el aborto es a la vez apasionado e implacable. Enraizado en creencias poderosamente sostenidas, parece oponer visiones del mundo irreconciliables entre sí. Las convicciones religiosas acerca de que el feto es una persona, y por lo tanto el aborto un homicidio, colisionan precipitadamente con la afirmación insistente e incondicionada de que la vida comienza con el nacimiento. Aquellos que creen que la pobreza global, el cambio climático y la explosión demográfica son los problemas más difíciles que enfrenta la humanidad se hallan a sí mismos incrédulos frente a líderes espirituales que recorren el mundo condenando el aborto e incluso la contracepción. Las políticas gubernamentales tendentes a limitar la tasa de natalidad a través del aborto y la planificación familiar son vistas por algunos como lúcidas y necesarias; para otros, equivalen a una deliberada e injustificada interferencia con derechos humanos inviolables. Las creencias poderosamente sostenidas de que las mujeres tienen derecho al control soberano de sus cuerpos colisionan con creencias igualmente firmes respecto a que el embarazo acarrea la responsabilidad —aun si no es bienvenida— de llevar el embarazo a término. Hasta el homicidio ha parecido como justificado a los ojos de algunos a los fines de prevenir la realización de un aborto. «Ninguna decisión judicial en nuestros días», escribe R. DWORKIN en referencia a la decisión que la Corte Suprema adoptó en 1973 en *Roe vs. Wade,* que estableció que las mujeres poseían un derecho constitucionalmente protegido al aborto en los estadios tempranos de embarazo, «ha suscitado tanta indignación, pasión y violencia física por parte del público, o tanta intemperante crítica profesional»[1].

A. MACINTYRE va más allá, al sostener que *la* característica más llamativa del debate moderno acerca del aborto es su carácter interminable. Las visiones que son enfrentadas una contra la otra, son «conceptualmente inconmensurables» en tanto que aunque son internamente consistentes, cada una se apoya sobre premisas rivales, las que «son de tal clase que no poseemos ningún modo racional de evaluar las pretensiones de una en comparación con las de la otra»[2]. Las ambivalencias profundas y las emociones conflictivas que las personas sienten en relación con el aborto fueron bien reflejadas en una encuesta de opinión a nivel nacional que *The Angeles Times* realizó en 1989. La encuesta reveló que aunque el 61 por 100 de los estadounidenses piensa que el aborto es moralmente incorrecto y el 57 por 100 piensa que es un homicidio, el 74 por 100 cree no obstante que «el aborto es una decisión que tiene que ser tomada por cada mujer por sí misma»[3].

A pesar de todos sus impulsos contradictorios —en verdad, quizás parcialmente a causa de ellos— parece que las personas también esperan resolver el debate acerca del aborto. Se discute sobre él en los libros, en las diversas legislaturas y en los medios de comunicación. Unos están en desacuerdo con el razonamiento de los otros e invocan estadísticas que reconocen como decisivas para algún aspecto u otro del asunto. Del mismo modo que perciben, quizás, que es imposible alcanzar solución a la controversia acerca del aborto, en algún nivel muchas personas no pueden aceptar esa imposibilidad. *Debe* haber una solución razonable para el debate, parecen pensar; el problema es cómo alcanzarla.

---

[1] DWORKIN, 29 de junio de 1989: «The Great Abortion Case», *New York Review of Books,* p. 49.

[2] MACINTYRE, 1984: *After Virtue: A Study in Moral Theory,* 2.ª ed., Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, pp. 6-8.

[3] Citado en DWORKIN, «The Great Abortion Case», p. 49.

La Corte Suprema de los Estados Unidos por más de tres décadas ha estado involucrada en una contienda sobre el problema del aborto. La decisión de 1973 en *Roe vs. Wade,* apoyada por una mayoría de siete a dos en la Corte Suprema parecía ser en aquel momento una resolución concluyente de la controversia. Sin embargo, aquellos que esperaban que esta decisión resolviera el asunto al remover el problema del aborto del ámbito del tenso debate político, fueron rápidamente defraudados. Si algo produjo *Roe,* fue que pareció intensificar y polarizar aun más el debate público acerca del aborto. No ha habido estabilidad en la posición de la Corte Suprema acerca del problema del aborto en los años que siguieron desde que *Roe* fue dictado. Aunque el derecho reconocido en aquella decisión fue reafirmado por una clara mayoría de la Corte Suprema en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*[4] en junio de 1992, tanto el contenido del derecho en cuestión como la base jurisprudencial sobre la que descansa evolucionaron sustancialmente en un número de decisiones de la Corte Suprema dictadas durante las dos décadas que mediaron entre un fallo y otro. En efecto, como resultará claro más adelante en este trabajo, el razonamiento sobre el que se fundaba la decisión original *Roe* ha sido en gran medida abandonado por la Corte Suprema.

Parte de la evolución en el entendimiento de la Corte Suprema del derecho a abortar refleja cambios en su composición. En 1973, los jueces William Rehnquist y Byron White fueron los únicos disidentes del voto mayoritario cuyo autor fue el juez Harry A. Blackmun. En dos décadas, Rehnquist fue Presidente de la Corte Suprema, y gran parte de la mayoría que adoptó la decisión original de *Roe* se había ido. William Douglas, Potter Stewart, Warren Burger, Lewis Powell, William Brennan, Thurgood Marshall y Blackmun, todos ellos se habían jubilado (al igual que el otro juez disidente de *Roe,* el juez White) y habían sido reemplazados por los jueces John Paul Stevens, Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia, Anthony Kennedy, David Souter, Clarence Thomas, Ruth Bader Ginsburg y Stephen Breyer. Todos los reemplazantes, a excepción de Ginsburg y Breyer (seleccionados por el Presidente Bill Clinton en 1993 y 1994), fueron personas seleccionadas por los republicanos, las cuales estaban en diversos grados incómodas con el razonamiento de *Roe,* con su resultado o con ambas cosas. En efecto, era sabido que aun GINSBURG estaba incómoda con aspectos del razonamiento. Este grupo de jueces continuó desempeñando sus funciones en forma conjunta por más de una década hasta el verano del 2005, cuando la jueza O'Connor anunció su jubilación y el Presidente de la Corte Suprema, el juez Rehnquist, falleció. El Presidente George W. Bush llenó estas nuevas vacantes con el juez Samuel A. Alito y el Presidente de la Corte Suprema John G. Roberts.

Sin embargo, la evolución del derecho al aborto desde *Roe* ha sido guiada también por otros factores además de por el cambio de rostros en la magistratura. Es posible vislumbrar en esta evolución intentos por parte de varios miembros de la Corte Suprema de reconciliar lo aparentemente irreconciliable, de encontrar un término medio que pudiese satisfacer al menos a algunas de las partes contendientes que han buscado influir en el tratamiento brindado por la Corte Suprema al tema del aborto. Diferentes jueces se han esforzado denodadamente al respecto. Cuán exitosos han sido será discutido más adelante. Antes de llegar a este punto, comienzo con un bosquejo de la evo-

[4] 505 U.S. 833 (1992).

lución histórica del derecho al aborto y con un examen de los asuntos jurídicos que están en juego en la controversia sobre el aborto.

## 1. HISTORIA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A ABORTAR

Existe un importante aspecto en el cual el debate en la Corte Suprema acerca de la protección constitucional del derecho a abortar está desconectado del debate público sobre el aborto. Las consignas y carteles en las manifestaciones frente a las clínicas que practican abortos, en las reuniones a favor o en contra de *Roe,* y en gran parte de la discusión en los medios de comunicación, podrían razonablemente llevar a alguien a suponer que el problema central en discusión es si el feto es una persona o no. K. LUKER está seguramente en lo cierto cuando dice que el debate público acerca del aborto es fundamentalmente «un debate acerca de los que nos hace personas»[5,*]. De hecho, ningún juez de la Corte Suprema ha estado jamás comprometido con la posición de que la Constitución debería considerar al feto como una persona, y si la Corte Suprema llegase alguna vez a adoptarla las implicaciones serían mucho más radicales de lo que, incluso los más fervientes opositores a *Roe* parecen ser conscientes[6]. A decir verdad, los contendientes de ambos bandos en la disputa sobre el aborto han evitado proponer aún el argumento de que los métodos abortivos deberían minimizar cualquier dolor experimentado por el feto. Los contendientes pro elección temen, quizás, que esto sea una pendiente resbaladiza hacia la concesión de que el feto es una persona. Esto no necesariamente es verdadero, como indica el hecho de que aceptemos leyes que prescriban un modo humano de matar animales sin por ello concederles a los animales derechos legales. Por la otra parte, no es claro que los métodos abortivos que los contendientes pro vida encuentran más objetables —tales como el aborto por nacimiento parcial— provoquen más dolor que métodos abortivos alternativos.

Si la Corte Suprema fuese a dictaminar que un feto es una persona jurídica dentro del significado de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, esto bien podría traer consigo la obligación de *proscribir* el aborto como una cuestión de derecho constitucional federal —al menos en una amplia gama de circunstan-

---

[5] LUKER, 1984: *Abortion and the Politics of Motherhood,* Los Ángeles: University of California Press, p. 5.

* *N. del T.:* En el texto original se utiliza la palabra inglesa *personhood.* No existe una traducción directa al castellano para este término que designa al conjunto de propiedades que nos hacen una persona. Aunque a veces se utiliza el neologismo «personidad» para traducirlo, hemos preferido evitarlo.

[6] J. J. THOMPSON ha, célebremente, argumentado en contra de la percepción común respecto a que si uno esta a favor del aborto o no, depende de si uno piensa que el feto es una persona o no. Esta autora argumenta que si una mujer un día despertase y descubriese que un brillante violinista enfermo ha sido conectado mediante tubos a sus riñones y que la conexión debe ser mantenida por nueve meses, para que el violinista no muera, dicha mujer no tendría ninguna obligación moral de mantener la conexión en contra de su voluntad [«A Defense of Abortion», *Philosophy and Public Affairs,* vol. 1, n.º 1 (Fall 1971), pp. 47-66]. R. DWORKIN puntualiza que el argumento de THOMPSON, aunque influyente entre los filósofos, no permite zanjar la cuestión en el ámbito jurídico porque «el aborto generalmente requiere un ataque físico contra el feto, no sólo dejar de auxiliarlo y, en cualquier caso, los padres inevitablemente son ubicados como una excepción a la doctrina general (que sostiene que uno en general no tiene un deber legal positivo de salvar a extraños) porque ellos tienen un deber legal de cuidar de sus hijos» [*Life's Dominion: An Argument about Abortion, Eutanasia, and Individual Freedom,* New Cork: Knopf, 1993, p. 111]. Para una discusión más elaborada de las implicaciones legales del argumento de THOMPSON, véase D. REGAN, 1979: «Rewriting Roe vs. Wade», *Michigan Law Review,* vol. 77, n.º 7, pp. 1569-1646.

cias—. Los jueces y analistas jurídicos que argumentan que la decisión en *Roe* es inconstitucional y que debería ser revocada no son partidarios de esta visión[7]. Más bien, ellos son partidarios de restaurar el *statu quo ante* que existía previamente a que *Roe* se dictase, cuando la legislación referida al aborto era regulada de modo diferente en diferentes Estados —algunas veces por las legislaturas estatales y algunas veces como una cuestión de Derecho constitucional estatal—. Este *statu quo ante* había sido muy variado, yendo desde Estados liberales como Nueva York, que habían permitido el aborto, hasta Estados como Texas, que tenía prohibiciones absolutas, pasando por diversos regímenes regulativos intermedios[8]. La oposición a *Roe* por parte de jueces tales como Rehnquist, White, Scalia y Thomas no es, en consecuencia, necesariamente equivalente a la oposición al derecho a abortar como tal. Más bien, es una oposición a federalizar el problema del derecho al aborto como una cuestión de Derecho constitucional[9].

La idea de que el gobierno debería regular o limitar el acceso de las mujeres al aborto para proteger al feto es relativamente reciente en el Derecho y en la política estadounidense. Históricamente su aparición parece haber estado ligada al incremento de abortos practicados por mujeres blancas, protestantes, casadas de clase media y alta (como opuestas a las mujeres de otras razas, de bajos ingresos y solteras) entre mediados y fines del siglo XIX, y a la amenaza al orden social existente que estos nuevos acontecimientos implicaban[10]. Antes que esto sucediese, el aborto había sido regulado, pero el argumento a favor de la regulación era que ésta protegía la salud de la madre. El aborto era un procedimiento peligroso que frecuentemente conducía a infecciones y a la muerte. Sin embargo, como el juez Blackmun observó en su voto por la mayoría en *Roe,* en 1973 los adelantos médicos eran tales que estadísticamente una mujer corría mayor riesgo médico si cargaba con el niño hasta el término del embarazo que si tenía un aborto temprano[11].

Esta realidad modificada estableció el contexto para el análisis de la Corte Suprema del derecho al aborto en *Roe,* en el que una ley de Texas que había transformado en un delito «practicar un aborto» a menos que la vida de la madre estuviese amenazada por la continuación del embarazo, fue declarada inconstitucional. Por razones que serán exploradas más adelante, se sostuvo que tales leyes violaban la Cláusula del Pro-

---

[7] Véase, por ejemplo, el voto en disidencia del juez Rehnquist en *Roe,* en el que concede que tiene «pocas dudas» respecto a que leyes proscribiendo el aborto en cualquier circunstancia no sobrevivirían a un examen constitucional [410 U.S. 113, en p. 173 (1973)].

[8] Debería advertirse que antes de *Roe* ningún Estado de Estados Unidos había considerado nunca al feto como una persona jurídica. Tal como puntualiza R. DWORKIN, aun Estados con las más restrictivas leyes anti aborto no castigaban al aborto tan severamente como el homicidio, lo cual deberían haber hecho de haber pensado que el feto era considerado por la Constitución como persona, ni tampoco intentaban evitar que las mujeres procurasen abortar en jurisdicciones donde el aborto era legal, «The Great Abortion Case», p. 50.

[9] Esto deja abierta la pregunta respecto a qué podrían hacer otras ramas del gobierno federal. El enfoque a la legislación sobre el aborto centrado en los Estados fue de alguna manera socavado por la Ley de Prohibición del Aborto por Nacimiento Parcial, la cual fue convertida en ley por el Presidente George W. Bush en noviembre del 2003, y que es discutida más tarde en el texto. Pero nada en esta legislación, o en la defensa que de ella hizo la Corte en el 2007 en *Gonzales vs. Carhart* 127 S. Ct. 1610 (2007), plantea una cuestión vinculada con la Cláusula de Supremacía más allá de la proscripción de este poco común procedimiento abortivo.

[10] Véase J. MOHR, 1978: *Abortion in America: The Origins and Evolution of National Policy,* Oxford: Oxford University Press, especialmente los caps. 3 y 4.

[11] 410 U.S. 113 (1973), en p. 149.

ceso con todas las garantías de la Enmienda Decimocuarta[12]. Primero vamos a clarificar el *holding**. El voto por la mayoría del juez Blackmun trata al aborto de modo diferente durante los tres trimestres de un embarazo normal:

*a)* Durante el estadio anterior a aproximadamente el fin del primer trimestre, la decisión de abortar y su realización debe dejarse al criterio del médico de cabecera de la mujer embarazada.

*b)* Durante el estadio siguiente a aproximadamente el fin del primer trimestre, el Estado, en la promoción de su interés por la salud de la madre, puede, si elige hacerlo, regular el procedimiento abortivo en modos que estén razonablemente relacionados con la salud maternal.

*c)* Durante el estadio siguiente a la viabilidad, el Estado, en la promoción de su interés en la potencialidad de vida humana, puede, si elige hacerlo, regular, y hasta prohibir, el aborto excepto cuando es necesario, de acuerdo a un apropiado criterio médico, para la preservación de la vida o la salud de la madre[13].

Este test basado en trimestres limitó enormemente la facultad de los Estados para regular el aborto. Antes de finalizar el primer trimestre, el aborto no podría ya ser regulado en absoluto; antes del momento de viabilidad, podría ser regulado sólo en beneficio de la salud de la madre; y aun después de la viabilidad, si un Estado opta por regular o prohibir el aborto actuando en función de su interés «en la potencialidad de la vida humana», éste podría ser derrotado si el médico de cabecera de la madre hiciese un juicio «apropiado» señalando que abortar fuese necesario para su «vida o salud».

En *Roe,* la Corte Suprema reconoció que el Estado tiene un interés en la vida humana potencial, pero la Corte Suprema circunscribió aquel derecho y en efecto lo subordinó al derecho de la mujer a abortar, aun (con algunas exigencias) después del momento de viabilidad. En los años subsiguientes a *Roe,* distintas modificaciones al derecho constitucional que este creó fueron agregadas por la cambiante mayoría en la Corte Suprema.

En ciertos aspectos, el derecho reconocido en *Roe* fue protegido y expandido. En *Doe vs. Bolton*[14], también dictada en 1973, la Corte Suprema dejó sin efecto las restricciones que pesaban sobre los lugares que podían ser utilizados para practicar abortos, dando lugar a las modernas clínicas de abortos. Tres años más tarde, en *Planned Parenthood of Central Missouri vs. Danforth*[15], la Corte Suprema denegó a los Estados la facultad para conceder a los maridos poder de veto sobre la decisión de sus esposas de abortar embarazos, y también sostuvo que a los padres de niñas menores solteras no se les podía conceder un veto absoluto sobre los abortos. En 1979, en *Colautti vs. Franklin*[16], declaró su intención de conceder a los médicos amplia discreción para de-

---

[12] La Cláusula del Proceso con todas las garantías establece: «Ningún Estado [...] privará a ninguna persona de la vida, la libertad, o la propiedad, sin un debido procedimiento legal».

* *N. del T.:* Hemos optado por no traducir este término ya que en los sistemas de Derecho continental no existe otro equivalente. El mismo puede ser entendido como la *ratio decidendi* del caso, las consideraciones esenciales de la decisión jurídica que fundamentan lo resuelto.

[13] 410 U.S. 113 (1973), en pp. 164-165.

[14] 410 U.S. 179 (1973).

[15] 428 U.S. 476 (1976).

[16] 439 U.S. 379 (1979).

terminar cuándo un feto puede vivir fuera del seno materno. Los jueces dijeron que aunque un Estado puede buscar proteger a un feto viable, la determinación de viabilidad debe dejarse a los doctores. En 1983, la Corte Suprema estableció límites adicionales a los tipos de regulaciones que los Estados pueden establecer sobre el aborto. En un trío de decisiones, *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health*[17], *Planned Parenthood Association of Kansas City, Missouri vs. Ashcroft*[18], y *Simopoulos vs. Virginia*[19], por una votación de seis contra tres, la mayoría de la Corte Suprema negó a los Estados y a las comunidades locales la facultad de exigir que las mujeres con más de tres meses de embarazo aborten en un hospital y dejó sin efecto las regulaciones que, entre otras cosas, imponían un periodo de espera de veinticuatro horas entre la firma del formulario de consentimiento para el aborto y el procedimiento médico. Tres años más tarde (esta vez por una votación de cinco contra cuatro, que reflejaba el giro conservador de la Corte Suprema que para entonces ya había comenzado) una mayoría simple dejó sin efecto las regulaciones de Pennsylvania que habían exigido a los doctores informar a las mujeres que desean que se les practique un aborto sobre los riesgos potenciales y sobre las facilidades disponibles para el cuidado prenatal y para el parto[20]. En 1987, los jueces se dividieron cuatro contra cuatro en *Hartigan vs. Zbaraz*[21], dejando en consecuencia en pie una decisión de un tribunal inferior que invalidaba una ley de Illinois que podría haber restringido el acceso de algunas adolescentes al aborto.

A pesar del desarrollo y profundización del derecho constitucional de la mujer al aborto llevadas a cabo por estas decisiones, la Corte Suprema había comenzado también a limitar este derecho en diversos modos mucho antes de que la mayoría que sustentó *Roe* comenzara a erosionarse. Un área importante de restricción se refirió al financiamiento de los abortos. En 1977, la Corte Suprema estableció, en *Maher vs. Roe*[22], que los Estados no tenían una obligación constitucional de pagar por abortos «no-terapéuticos», y tres años más tarde, una mayoría de cinco contra cuatro sostuvo, en *Harris vs. McRae*[23], que aun cuando se trate de abortos médicamente necesarios que las mujeres buscan practicarse por su bienestar, ni los Estados ni el gobierno federal se encuentran bajo ninguna obligación constitucional de proveer financiamiento público. En 1979, en la primera de lo que iba a resultar ser una serie de decisiones regulando los derechos al aborto de las menores de edad que se encuentran bajo la custodia de sus padres, una mayoría de ocho contra uno en la Corte Suprema sostuvo en *Belloti vs. Baird*[24] que los Estados pueden exigir que una embarazada menor de edad y soltera obtenga el consentimiento de sus padres para el aborto siempre y cuando el Estado establezca un procedimiento alternativo a la obtención de tal consentimiento, tal como el de permitir a la menor requerir la autorización del juez en lugar del consentimiento de sus padres. En 1981, una mayoría de seis contra tres sostuvo, en *H. L. vs. Matheson*[25],

---

[17] 462 U.S. 416 (1983).
[18] 462 U.S. 476 (1983).
[19] 462 U.S. 506 (1983).
[20] *Thornburgh vs. American Collage of Obstetricians and Gynecologists,* 476 U.S. 747 (1986).
[21] 484 U.S. 171 (1987).
[22] 432 U.S. 464 (1977).
[23] 448 U.S. 297 (1980).
[24] 428 U.S. 132 (1979).
[25] 430 U.S. 398 (1981).

que los Estados pueden exigir a los médicos consultados por algunas niñas que todavía estén bajo la custodia de sus padres y sean demasiado «inmaduras» para decidir tales cuestiones por ellas mismas, que traten de dar noticia a los padres antes de practicarles un aborto. Dos decisiones de 1990, *Hodgson vs. Minnesota*[26] y *Ohio vs. Akron Center for Reproductive Health*[27], desarrollaron más las normas de notificación a los padres. En el caso *Ohio,* una mayoría de seis contra tres respaldó una ley estatal requiriendo la notificación de al menos uno de los padres en tanto establecía una vía alternativa judicial, aunque en el caso *Minnesota* una mayoría de cinco contra cuatro dejó claro que leyes exigiendo que ambos padres sean informados antes de que una menor pueda practicar un aborto no sobrevivirían en el futuro.

En la época de las decisiones de 1990, gran parte del razonamiento subyacente a *Roe* había sido comprometido por la crucial decisión en *Webster vs. Reproductive Health Services*[28] adoptada once meses antes por una Corte Suprema múltiplemente dividida. Con esta decisión, el sustento mayoritario en la Corte Suprema a favor de *Roe* parecía finalmente haberse evaporado —tal como el juez Blackmun reconocía en un amargo voto en disidencia—. En su opinión dominante, la Corte Suprema del caso *Webster* respaldaba una ley de Missouri que exigía que antes de que un médico realizase un aborto a una mujer, de quien tenía razones para creer que estaba embarazada de veinte o más semanas, debía determinar si el feto era viable. Más importante que esta nueva restricción comparativamente menor al derecho de una mujer a un aborto, fue que la mayoría lanzó un ataque frontal sobre la estructura de análisis basada en trimestres de *Roe,* la cual había sido parte del derecho durante la década y media precedente.

La observación incidentalmente realizada por el juez Blackmun en *Roe* según la cual el Estado tiene un interés en «la vida humana potencial» había regresado para atormentarlo. En manos del Presidente de la Corte Suprema, el juez Rehnquist, se transformó en una estaca que él parecía dispuesto a clavar en el corazón de *Roe.* En un voto firmado también por los jueces Kennedy y White, Rehnquist rechazaba de plano el «rígido» esquema de *Roe* como «difícilmente consistente con la idea de una Constitución configurada con términos generales, como está la nuestra, y expresándose por lo general en principios generales». Rehnquist continuaba diciendo que la mayoría «no veía por qué el interés del Estado en proteger la vida potencial debería comenzar a existir recién a partir del momento de viabilidad, ni que debería existir, en consecuencia, una línea rígida permitiendo la regulación estatal después del momento de viabilidad pero prohibiéndola antes del mismo»[29].

La jueza O'Connor había anunciado su oposición al esquema trimestral de *Roe* mucho antes ya, en 1985[30], y la única objeción del juez Scalia a la mayoría en *Webster* era que debería haber ido más lejos y haber hecho explícito lo que, según él insistía, habían hecho implícitamente, a saber, revocar *Roe.* Esto parecía indicar que ahora existían cinco votos a favor de revocar *Roe,* aun si los cinco jueces en cuestión no estaban

[26] 497 U.S. 417 (1990).
[27] 497 U.S. 502 (1990).
[28] 492 U.S. 490 (1989).
[29] 492 U.S. 490 (1989), en pp. 518-519.
[30] Véase su opinión en disidencia en *Thornburgh vs. American College of Obstetricians and Gynecologists,* 476 U.S. 747 (1985), en p. 828.

todavía preparados para alcanzar aquel extremo en la medida que la ley de Missouri en cuestión, de hecho, no intentaba regular los abortos previos a la viabilidad. El principio había sido admitido, aun cuando lo que Scalia descalificaba como la «sobriedad recientemente contraída» por la Corte Suprema significaba que «la mansión de la constitucionalizada normativa jurídica referida al aborto, construida apresuradamente en *Roe vs. Wade,* debe ser desmantelada parte por parte»[31]. No más convencido que Scalia por lo que él veía como «un autocontrol fingido» por parte de la mayoría, el juez Blackmun, escribiendo el voto en disidencia (también por Brennan y Marshall), declaraba que la decisión mayoritaria «implícitamente invita a cualquier legislatura estatal a dictar más y más regulaciones restrictivas del aborto para provocar que más y más casos hayan de estar sometidos a examen, con la esperanza de que alguna vez, al final, la Corte Suprema haga que el derecho referido a la libertad procreativa regrese a las severas limitaciones que por lo general prevalecían en este país antes del 22 de junio de 1973». Blackmun concluía: «De este modo, "sin pena ni gloria" * los votantes por la mayoría acaban por descontar un caso que constituyó un hito fundamental para la última generación, ensombreciendo así las esperanzas y anhelos de todas y cada una de las mujeres de este país que habían llegado a creer que la Constitución garantizaba su derecho a ejercitar algún control sobre su capacidad única de sacar adelante un embarazo»[32].

Que algunas de las propias formulaciones de Blackmun en *Roe* puedan ser usadas para socavar su resultado en *Webster* es característico de la manera fortuita en que la interpretación constitucional a menudo evoluciona en el tiempo. Quizás este mismo hecho debería haber alertado a Blackmun de la posibilidad de que quizá no todo estuviera perdido desde su punto de vista. Aunque el esquema trimestral de *Roe* había sido echado por la borda y una mayoría en la Corte Suprema había abrazado la idea de que el Estado puede afirmar un interés en proteger la vida humana «potencial» aun antes del punto en el cual un feto es viable, esto no necesariamente significaba que la protección constitucional del derecho de la mujer al aborto en breve acabaría, junto al esquema trimestral, en los anales de la historia constitucional. Ahora todo giraría en torno a cuál resulta ser la naturaleza del interés estatal en la vida potencial. Hasta que esto no fuese determinado, cuál sería el impacto de *Webster* sobre el derecho constitucionalmente protegido de la mujer al aborto simplemente no podría ser conocido. Esto permanecería poco claro durante casi tres años.

En retrospectiva, podemos decir que había indicios que existían desde la década de los setenta. En *Maher vs. Roe* (1977), la Corte Suprema había declarado que el derecho reconocido en *Roe* «protege a la mujer de interferencias indebidamente gravosas con su libertad para decidir si termina con su embarazo»[33]. Esta noción de que la interferencia estatal con el derecho de la mujer al aborto no debe ser «indebidamente gravosa» había aparecido primero en *Belloti vs. Baird,* en el cual la Corte Suprema había sostenido que los Estados no pueden «imponer cargas indebidas sobre una menor capaz de prestar un consentimiento informado»[34]. Desde ese momento, varios miembros

---

[31] 492 U.S. 490, en p. 537.

* *N. del T.:* Hemos optado por esta expresión para traducir la expresión inglesa *«not with a bang, but a whimper».*

[32] *Ibídem,* en pp. 538, 557.

[33] *Maher vs. Roe,* 432 U.S. 464, en pp. 473-474 (1977).

[34] *Belloti vs. Baird I,* 428 U.S. 132, 147 (1976).

de la Corte Suprema, inclusive varias mayorías, habían sostenido que ningún Estado puede «indebidamente gravar el derecho de una mujer a que se le practique un aborto»[35], que el derecho constitucional afirmado en *Roe* «protege a la mujer de interferencias indebidamente gravosas con su libertad para decidir si termina con su embarazo»[36], que las exigencias de consentimiento informado para los abortos en el primer trimestre serán mantenidas si no «gravan indebidamente el derecho de una mujer a que se le practique un aborto»[37], y que el interés estatal en proteger la vida humana «no resulta por lo menos hasta el tercer trimestre, lo suficientemente apremiante como para justificar una interferencia estatal indebidamente gravosa...»[38]. En 1983, la jueza O'Connor dejó claro en su voto en disidencia en *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health* que, al menos para ella, la cuestión del aborto giraba en torno a encontrar restricciones que no «infrinjan sustancialmente» o impongan interferencias «indebidamente gravosas» sobre el derecho de la mujer a un aborto[39], una opinión que ella reafirmó en *Hodgson vs. Minnesota* (1990) como parte del argumento para mostrar que sólo cuando la regulación estatal impone una «carga indebida» sobre la capacidad de una mujer para tomar la decisión de abortar, el poder del Estado penetra en el corazón de la libertad protegida por la Cláusula del Proceso con todas las garantías [*Due Process Clause*][40].

A la vista de estas formulaciones, no debió resultar sorprendente que los jueces O'Connor y Kennedy —quienes habían declinado la invitación del juez Scalia para revocar *Roe* en *Webster*— fuesen parte de un bloque de centro en la Corte Suprema (siendo el otro miembro Souter) comprometido con la reformulación del derecho constitucional al aborto por referencia a un estándar de «cargas indebidas» enraizado en la cláusula del proceso con todas las garantías de la Enmienda Decimocuarta. Este fue el paso dado en *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey,* dictado en junio de 1992, en el cual una Corte Suprema, una vez más, múltiplemente dividida, reafirmó el *holding* básico de *Roe,* a la vez separándolo del esquema de análisis basado en trimestres ahora en desuso y vinculándolo en cambio a la noción de cargas indebidas[41]. La decisión *Casey* dejó muchas cuestiones sin resolver. Efectivamente, como veremos, esto creó nuevas áreas de incertidumbre en el derecho constitucional del aborto. Pero dos cuestiones fundamentales sobre las que *Webster* había generado considerable confusión estaban ahora aclaradas. La primera era que «el *holding* esencial de *Roe vs. Wade* debería ser mantenido y una vez más reafirmado»[42]. Esto significaba no sólo que la Constitución garantiza a las mujeres el derecho a abortar que ninguna legislatura tiene el poder de destruir, sino también que la Corte Suprema decidía no rechazar completamente el razonamiento original de Blackmun que había situado la protección constitucional en cuestión en el derecho a la intimidad entendido como derecho derivado de la Cláusula del Proceso con todas las garantías. Éste fue un desarrollo notable, porque el razonamiento de Blackmun había sido muy criticado en la

[35] *Belloti vs. Baird II,* 433 U.S. 622, 640 (1979).
[36] *Maher vs. Roe,* 432 U.S. 464, en pp. 473-474 (1977).
[37] *Belloti vs. Baird I,* 428 U.S. 132, 147 (1976).
[38] *Beal vs. Doe,* 432 U.S. 438-46 (1977).
[39] 462 U.S. 416, en pp. 461-2 (1983).
[40] 497 U.S. 417, en pp. 458-9 (1990).
[41] 505 U.S. 833 (1992).
[42] *Ibídem,* p. 2796.

literatura académica, y muchos de los más recientemente nombrados miembros de la Corte Suprema —por no mencionar al Presidente de la Corte Suprema, Rehnquist— habían abiertamente manifestado no estar nada convencidos del mismo. Ésta fue quizás la razón principal por la que muchos pensaron en *Webster* como el principio del fin de *Roe,* impulsando la introducción de legislación para revertir *Webster* en el Congreso y convirtiendo al aborto en una cuestión política que atrajera sobre sí toda la atención en la carrera para las elecciones presidenciales de 1992.

Como resultado, declarando que «[la] libertad no encuentra protección en una jurisprudencia errática»[43], la mayoría simple invocó la doctrina del *stare decisis.* Esta doctrina descansa en la idea de que «ningún sistema judicial podría hacer su trabajo en la sociedad si considerara desde cero cada cuestión en todos y cada uno de los casos en que aparece» y, consecuentemente, una vez que una decisión pasa a formar parte del Derecho en el cual la gente ha llegado a confiar, no debería ser derribada a la ligera. El *stare decisis* no es un «mandato inexorable» que obligue a ver como vinculante todo precedente, y podría ser razonablemente ignorado si una regla se ha «presentado como intolerable simplemente por desafiar la viabilidad practica», si es «objeto de una especie de confianza que conferiría un carácter especialmente dificultoso a las consecuencias de revocarla y agregaría inequidad a los costos del rechazo», o si «los hechos han cambiado tanto o llegan a ser vistos de modo tan diferente, como para haberle quitado de modo significativo a la antigua regla aplicación o justificación»[44]. Pero la mayoría simple sostuvo que ninguna de estas consideraciones se aplicaban en el caso de *Roe,* por eso éste debería seguir siendo vinculante, sin que «sea necesario decir que cada uno de nosotros de haber sido miembros de la Corte Suprema cuando la valoración de los intereses del Estado (en proteger la vida potencial) llegó ante ella como una cuestión nueva, hubiéra concluido, como la Corte Suprema de *Roe* lo hizo, que su peso es insuficiente para justificar una prohibición sobre los abortos realizados antes de la viabilidad aun cuando esté sujeta a ciertas excepciones»[45]. Apelando a este razonamiento, la mayoría simple en *Casey* sostuvo que una mujer tiene un derecho protegido constitucionalmente a que se le practique un aborto hasta el momento de la viabilidad del feto, y después de ese momento, los Estados tienen el poder para «restringir los abortos», siempre que la ley contenga «excepciones para los embarazos que hacen peligrar la vida o la salud de la mujer»[46].

La segunda cuestión resuelta por la decisión adoptada en *Casey* era que el interés estatal en proteger la vida potencial habría de ser visto como subordinado al derecho constitucionalmente protegido de la mujer al aborto. La discusión de la mayoría simple sobre este punto no equivalía a una explicación definitiva de la naturaleza del interés estatal o del interés de la mujer, pero fijó algunos límites sobre lo que pueden hacer los Estados en la regulación del aborto. Superado el momento de la viabilidad, las amenazas a la vida o a la salud de la mujer pueden triunfar sobre las legítimas restricciones al aborto enraizadas en el interés estatal en proteger la vida potencial. Dependiendo de cuán extensamente se defina «salud» (en particular si se incluye el bienestar psicológi-

[43] *Ibídem,* p. 2803.
[44] *Ibídem,* pp. 2808-2809.
[45] *Ibídem,* p. 2817.
[46] *Ibídem,* p. 2791.

co), y teniendo en cuenta que generalmente será un médico elegido por la paciente quien decida si la salud de la mujer se encuentra amenazada, esto podría llegar a resultar un obstáculo sustancial al poder del Estado aún más allá del momento de la viabilidad.

La decisión de *Casey* significaba un rechazo a la lógica subyacente a *Roe,* no sólo porque fue abandonado explícitamente el análisis basado en trimestres, sino también porque se sostuvo inequívocamente que el interés del Estado en la vida potencial empieza después del momento en el cual el feto es viable. El interés estatal es visto como dotado de mayor fuerza a medida que el feto se desarrolla, justificando el aumento gradual de la interferencia del Estado con los derechos constitucionalmente protegidos de las mujeres embarazadas sobre el curso de sus embarazos. Antes del momento de la viabilidad, el test de la «carga indebida» de la Corte Suprema excluye «normas sanitarias [in]necesarias que tienen el propósito o el efecto de presentar un obstáculo sustancial a la voluntad de una mujer de que se le practique un aborto»[47]. Pero esto no significa que el Estado no tenga poder para tratar de influenciar la decisión de abortar de una mujer durante los estadios tempranos del embarazo. «Lo que está en juego» insistía la mayoría simple en *Casey,* «es el derecho de la mujer a tomar la última decisión, no el derecho a ser aislada de los demás al adoptarla»[48]. En el comienzo del embarazo, el Estado «puede promulgar leyes y decretos diseñados para informar (a la mujer) acerca de cuáles son los argumentos sociales y filosóficos de gran peso que se pueden aducir en apoyo de la continuación del embarazo»[49]. En la medida en que las regulaciones en cuestión no tengan el propósito ni el efecto de colocar una «carga indebida» sobre las mujeres al imponerles un «obstáculo sustancial» sobre sus decisiones a favor del aborto, el Estado puede tratar de lograr que las mujeres reflexionen sobre esa decisión y alentarlas a considerar otras alternativas[50].

Precisamente qué habría de considerarse como una carga indebida en determinados casos no estaba de ningún modo claro y era seguro que provocaría posteriores litigios, tal como los disidentes en *Casey* advirtieron rápidamente. En la misma sentencia de *Casey,* la Corte Suprema sostuvo que una ley de Pennsylvania colocaba una carga indebida sobre las mujeres en tanto que exigía a una mujer casada que había decidido abortar firmar una declaración de que había notificado a su esposo, pero que, sin embargo, otras diversas disposiciones de esa ley de Pennsylvania podrían superar el test. Éstas incluían disposiciones diseñadas para asegurar que la mujer presentara su consentimiento informado al procedimiento, al requerir que reciba determinada información como mínimo veinticuatro horas antes de someterse al procedimiento abortivo, que en el caso de una menor, debe existir el consentimiento informado de por lo menos uno de los padres como mínimo veinticuatro horas antes del procedimiento (con un procedimiento judicial alternativo previsto), y que las clínicas donde se realicen abortos puedan ser obligadas a cumplir con diversas exigencias de información. La exigencia de notificación al esposo fue entendida como diferente de las demás en la medida en que aunque la mayoría de las mujeres contarían voluntariamente a sus esposos cuáles eran sus intenciones, las mujeres que son víctimas de abuso físico y psicológico

[47] *Ibídem,* p. 2821.
[48] *Ibídem.*
[49] *Ibídem,* p. 2818.
[50] *Ibídem.*

por parte de ellos «pueden tener muy buenas razones para no desear informar a sus esposos su decisión de que se les practique un aborto»[51]. Si la Corte Suprema fue clara en que esto inclinaba la balanza de las cargas indebidas mientras que el periodo de espera de veinticuatro horas no lo hacía, el razonamiento detrás de dicha distinción no era del todo comprensible. En particular, la Corte Suprema parecía haber combinado las muy diferentes preocupaciones de, por un lado, tratar de asegurar que la mujer tome una decisión bien meditada (en el sentido de no ser una decisión de la cual ella pudiera más tarde llegar a arrepentirse) y, por otro, el derecho del Estado a promover *su* interés en la vida potencial al regular la elección de abortar de una mujer. Por éstas y otras razones, *Casey* planteaba tantas preguntas como respuestas brindaba, algo que los posteriores litigios comenzaron pronto a revelar[52].

Durante los siguientes ocho, años la Corte Suprema se mantuvo en silencio sobre el problema del aborto, aparentemente satisfecha con el hecho de esperar que bajo el nuevo ordenamiento, los litigios se agotasen en las instancias inferiores. Luego los jueces de la Corte Suprema revisaron el tema en *Stenberg vs. Carhart,* centrándose en el intensamente cuestionado procedimiento llamado por sus críticos «aborto por nacimiento parcial». Este procedimiento, relativamente inusual, fue definido por la ley de Nebraska que lo vedaba, como «extraer intencionalmente de la vagina un niño vivo nonacido, o una porción sustancial del mismo, con el propósito de realizar un procedimiento que los [abortistas] saben que matará al [...] niño y de hecho [...] lo hace»[53]. Leyes similares habían sido promulgadas en treinta legislaturas estatales. La cuestionada ley de Nebraska convirtió en delito practicar un aborto por nacimiento parcial a menos que fuera necesario para salvar la vida de la madre. La condena llevaría al revocamiento automático de la licencia del médico para ejercer su profesión. La Corte de Apelaciones del Octavo Distrito había confirmado la conclusión de la corte de distrito respecto a que la ley era inconstitucional, y la Corte Suprema reafirmó este resultado en una disputada decisión de cinco contra cuatro.

El juez Kennedy, quien había sido parte de la mayoría en *Casey,* votó ahora con los disidentes[54]. La jueza O'Connor, la arquitecta principal del test de la carga indebida de *Casey,* dejó claro que aunque estaba votando para declarar inconstitucional la cuestionada ley de Nebraska, lo hacía porque era excesivamente amplia y carecía de una excepción para el caso de que se viera afectada (además de la vida) de la madre. De otra manera, la habría mantenido como constitucional, lo cual, dada la posición de Kennedy, sugería que la mayoría de cinco contra cuatro en la Corte Suprema podría estar dispuesta a respaldar una ley más restrictiva del aborto por nacimiento parcial con una excepción por razón de la afectación de la salud de la madre. Mucho dependía, por lo tanto, de por qué la mayoría entendía la ley de Nebraska demasiado inclusiva, y de exactamente qué sería necesario para asegurar la protección de la salud de la madre.

---

[51] *Ibídem,* p. 2828.

[52] Véase *Fargo Women's Health Organization vs. Schafer,* 113 S. Ct. 1668 (1993) y *Planned Parenthood vs. Casey II,* 114 S. Ct. 909 (1994).

[53] 530 U.S. 914, en p. 922 (2000).

[54] Esto no afectó al resultado porque el juez White, quien había disentido en *Casey,* en el ínterin, había sido reemplazado por la jueza Ginsburg, quien refrendó la aplicación de *Casey* en *Stenberg.*

Los dos temas son distintos. En *Casey* se había sostenido que antes de la viabilidad, las regulaciones sobre el aborto no deben poner cargas indebidas sobre el derecho de una mujer a abortar. La ley cuestionada podía ser interpretada de modo que incluyera «dilatación y evacuación» (D&E), procedimientos comúnmente usados en abortos durante el segundo trimestre y previos a la viabilidad, así como también el inusual método «dilatación y extracción» (D&X), típicamente usado después de las dieciséis semanas, cuya prohibición perseguía Nebraska[55]. Consecuentemente, la Corte Suprema aplicó el test de la carga indebida de *Casey* y encontró deficiente a la ley porque el método D&E es visto como más seguro que las alternativas disponibles para abortos anteriores a la viabilidad realizados entre las doce y veinte semanas de gestación. Ésta es la parte menos controvertida de la decisión pues Nebraska nunca buscó proscribir el procedimiento D&E. La cuestión que dividía a la mayoría y a los disidentes, era si la Corte Suprema debería haber reconstruido de modo más estricto la ley para tornarla constitucional, o dejarla sin efecto y, en consecuencia, exigirle a Nebraska que promulgara una ley diseñada de un modo más estricto.

Los riesgos comparativos de los diferentes procedimientos abortivos también se encuentran en el centro de la parte más controvertida de la decisión, los que involucran al procedimiento D&X. Esto se refiere a ciertos abortos tardíos donde el procedimiento D&E ya no es efectivo debido al mayor desarrollo del embarazo y por tratarse de casos de presentación podálica*. El doctor tira del cuerpo del feto a través del cuello del útero (de ahí el término «nacimiento parcial»), destruye el cráneo y extrae el feto a través del cuello del útero. Se alegó en juicio que este procedimiento era más seguro que otras alternativas para la mujer en circunstancias que involucran fetos inviables, para mujeres con cicatrices uterinas anteriores, o para quienes el parto inducido sería particularmente peligroso. Como resultado, la mayoría encontró que la falta de una excepción por razón de la afectación de la salud de la madre, volvía inconstitucional la ley de Nebraska.

Entre la mayoría y los disidentes se discutía el carácter de la prueba según la cual el procedimiento D&X es el método más seguro disponible en algunas circunstancias y por lo tanto debe ser protegido a través de una excepción que privilegie la salud de la madre. En *Roe* se había insistido en la inclusión de tal excepción cuando los Estados regulan los procedimientos abortivos, y en *Casey* se había afirmado que deben existir excepciones cuando el aborto es «necesario, según un apropiado juicio médico, para la preservación de la vida o de la salud de la madre»[56]. ¿Pero qué constituye un juicio médico apropiado? *Roe* había sido largamente criticado porque esta cláusula de escape creaba la posibilidad de un aborto a libre petición. «Apropiado juicio médico» había sido interpretado como el juicio del médico de cabecera, y siempre habría un médico dispuesto a decir que llevar un embarazo a término sería de algún modo dañino para la salud física o psicológica de la mujer. Parte de la oposición a *Casey* había derivado de su limitación a esta cláusula de escape al sostener que el Estado puede regular el aborto en tanto esto no implique una carga indebida sobre las mujeres. Los disi-

[55] El procedimiento D&X es a veces nombrado como el procedimiento «D&E indemne» aunque yo usaré aquí D&X.

* *N. del T.:* Hemos optado por traducir la expresión inglesa *«the fetus presents feet first»* como «caso de presentación podálica» para hacer referencia a los casos en que por la postura, el feto no está cabeza abajo.

[56] *Casey,* 505 U.S. 883, en p. 879 (1992).

dentes en *Stenberg* discrepaban unos con otros sobre si la regla de *Casey* debería haber sido adoptada. Sin embargo, coincidían en que *Stenberg* privaría de sentido a la regla de *Casey* porque la interpretación de «apropiado juicio médico» parecía ser lo suficientemente amplia como para posibilitar el aborto «a la carta» otorgando al médico de cabecera un veto sobre toda regulación del aborto.

La objeción aquí no era contra la proposición de que parte de la noción de carga indebida incluye la idea de que una mujer no debería ser obligada a padecer un procedimiento menos seguro cuando uno más seguro está disponible. Con independencia de cualquier otra cosa que pudiera significar, la carga indebida ha de incluir esta idea. Más bien la objeción se dirige hacia este interrogante: ¿quién debe decidir qué es seguro? El juez disidente Kennedy objetó que la mayoría había delegado esto al criterio de un médico de cabecera, posibilitando el aborto a pedido y así quitándole sentido a la modificación de *Roe,* hecha por *Casey.* La jueza Thomas agregó que la mayoría no probó que un «importante grupo» de opiniones médicas apoyara la afirmación de que el procedimiento D&X es más seguro que las alternativas en cualquier circunstancia. ¿Bajo qué lógica o autoridad, se preguntó, debería la Corte Suprema descartar el criterio de la legislatura del Estado de Nebraska en esta cuestión fáctica y definir otro? Y «en una actitud de "te lo dije"», el juez Scalia insistió en que «aquellos que creen que sobre un asunto de política una votación de cinco a cuatro llevada a cabo por abogados no electos no debería prevalecer sobre el criterio de treinta legislaturas estatales tienen un problema, no con la *aplicación* de *Casey,* sino con su *existencia* misma. *Casey* debe ser revocado»[57].

En 1994, los republicanos habían tomado el control de ambas cámaras del Congreso por primera vez en una generación. Esto llevó a la apertura de un nuevo frente en la batalla sobre el derecho al aborto en la política nacional. Habían existido escaramuzas incluso antes de que fuera dictada la sentencia de *Stenberg,* pero la decisión movilizó a las fuerzas pro vida para elaborar una prohibición nacional sobre el aborto por nacimiento parcial que fuera aceptable por la Corte Suprema. La Casa [Blanca] y el Senado habían sancionado prohibiciones sobre el aborto por nacimiento parcial en 1996 y 1997, pero éstas habían sido vetadas por el Presidente Clinton. Cuando George W. Bush asumió el cargo en enero de 2001, las estrellas se alinearon para promulgar una prohibición a nivel nacional. Esto ocurrió el 5 de noviembre de 2003, cuando el Presidente Bush firmó la *Ley de prohibición del aborto por nacimiento parcial,* la cual había sido sancionada en ley por ambas cámaras del Congreso.

La nueva ley federal se ocupó de ciertas debilidades que la Corte Suprema había identificado en la ley de Nebraska declarada inconstitucional en *Stenberg.* El Congreso respondió al problema de la excesiva amplitud excluyendo de manera explícita abortos D&E como así también las extracciones D&X accidentales, en las cuales el médico terminaba realizando un aborto por nacimiento parcial inintencionado. Los políticos respondieron a la cuestión de la salud de la mujer llevando a cabo audiencias sobre la relativa seguridad del procedimiento D&X y luego declarando en la ley que «existe consenso moral, médico y ético» respecto a que el aborto por nacimiento parcial «es un procedimiento atroz e inhumano que nunca es médicamente necesario y debería ser prohibido»[58].

---

[57] *Stenberg vs. Carhart,* 530 U.S. 914, en p. 955 (2000), cursivas en el original.
[58] 18 U.S.C. $$1 1531 (2000 ed., Supp. IV), p. 767.

En los litigios que inevitablemente le siguieron, los tribunales federales inferiores revelaron que no estaban convencidos. La *Ley de prohibición del aborto por nacimiento parcial,* fue revocada por los tribunales de distrito en California y Nebraska. Sus decisiones fueron ratificadas por los tribunales de apelación de los Circuitos Octavo y Noveno en 2005 y 2006. Pero la Corte Suprema concedió el *certioriari,* y en abril de 2007 adoptó una nueva decisión sosteniendo la constitucionalidad de la *Ley de prohibición del aborto por nacimiento parcial* federal, revocando la decisión de los tribunales federales inferiores y revirtiendo así su propio precedente establecido siete años antes en *Stenberg.*

La nueva decisión *Gonzales vs. Carhart,* reflejó parcialmente los cambios en la conformación de la Corte Suprema[59]. La jueza O'Connor había anunciado su jubilación durante el verano de 2005, y el juez Rehnquist había muerto ese otoño, posibilitando al Presidente Bush su reemplazo por el Presidente de la Corte Suprema Roberts y el juez Alito. Ambos habían sido hábilmente imprecisos durante las audiencias de confirmación en el Senado acerca de sus opiniones sobre la constitucionalidad del aborto, pero eran bien conocidos como conservadores católicos y pocos observadores de la Corte Suprema quedaron sorprendidos cuando la mayoría de cinco contra cuatro que había sostenido la constitucionalidad del procedimiento D&X en *Stenberg* fue reemplazada, en *Gonzales,* por una mayoría de cinco contra cuatro que tomó la visión opuesta.

El reemplazo del Presidente de la Corte Suprema Rehnquist por Roberts había dejado la aritmética de la Corte Suprema sobre el aborto intacta, sin embargo la jueza O'-Connor había sido la autora tanto del test de la carga indebida de *Casey,* como del voto decisivo en su aplicación en *Stenberg.* El juez Alito, ahora unido al voto de la mayoría escrito por el juez Kennedy en la cual la Corte Suprema, sostuvo que el Congreso había resuelto el problema de la excesiva amplitud exceptuando el procedimiento D&E y dejando indemnes a los médicos que realizaban accidentalmente procedimientos D&X. Más aún, se sostuvo que la falta de una excepción por razón de la salud de la madre, había sido remediada por la determinación del Congreso acerca de que el procedimiento D&X nunca es médicamente necesario.

La base de la Corte Suprema para su deferencia hacia la determinación del Congreso no era del todo clara. Como lo señaló la jueza GINSBURG en un mordaz disenso, los registros del Congreso estaban repletos de testimonios que contradecían la determinación de la ley en cuestión acerca de que el procedimiento D&X nunca era más seguro que las alternativas —por no mencionar evidencias de otras fuentes profesionales como el *American College of Obstetricians and Gynecologists.* La ley de un modo incorrecto afirma que ninguna facultad de medicina enseña el procedimiento D&X, cuando de hecho muchas de las principales sí lo hacen. Más aún, como para subrayar la naturaleza superficial y sesgada de la audiencias, ninguno de los médicos que atestiguaron que el procedimiento D&X nunca es médicamente necesario lo había, de hecho, practicado[60]. Las cortes federales tienen un largo historial negándose a ser deferentes hacia las determinaciones legislativas manifiestamente implausibles, y los tribunales inferiores siguieron ese precedente en este caso. Pero la nueva mayoría en la Corte Suprema

[59] *González vs. Carhart,* 127 S. Ct. 1610 (2007).
[60] 127 S. Ct. 1610, en p. 1643 (2007).

no lo hizo, sosteniendo en cambio que frente al desacuerdo profesional sobre los méritos médicos del procedimiento, el Congreso era libre de tomar la posición que tomó.

## 2. JURISPRUDENCIA SOBRE ABORTO

Gran parte de la conmoción generada por la controversia acerca del aborto proviene de su rol simbólico en la política estadounidense; argumentos sobre «vida» *versus* «elección» sirven como representaciones de los conflictos sobre el rol de las mujeres en la sociedad estadounidense, el controvertido *status* de los valores «tradicionales» y «familiares», y el lugar de la religión en la política estadounidense[61]. Sin embargo, parte de esta conmoción ha sido generada internamente, por la manera en que *Roe* fue decidido y el argumento de la intimidad sobre el cual descansa. Esta controversia en parte proviene de la naturaleza demasiado radical del *holding* de *Roe,* y en parte del hecho de que el derecho a la intimidad sobre el cual el juez Blackmun basó su argumento no está explícitamente mencionado en la constitución.

Los argumentos acerca de la intimidad y la libertad reproductiva hunden sus raíces en la decisión de *Griswold vs. Connecticut* de la Corte Suprema adoptada en 1965[62]. *Griswold* fue la culminación de una batalla de cincuenta años para organizar una oposición formal a las leyes de control de natalidad[63]. Por una mayoría de siete contra dos, la Corte Suprema derribó una ley de 1879 que había tornado ilegal «el uso de cualquier droga o producto para evitar la concepción», sosteniendo que la relación marital está incluida en una esfera de intimidad, la cual pesa más que cualquier interés estatal legítimo en evitar la inmoralidad sexual[64]. Esta decisión proveyó parte de los fundamentos lógicos del razonamiento del juez Blackmun en *Roe,* en el cual sostuvo que la esfera de intimidad abarca decisiones relativas tanto al aborto como a la contracepción. Pero *Griswold* se aplicaba solamente a las parejas casadas; por sí mismo, esto no podía generar el derecho a la intimidad individual sobre el que *Roe* descansa. El argumento que sirvió como puente fue brindado en *Eisenstadt vs. Baird* en 1972 cuando el juez Brennan, escribiendo el voto de la mayoría, afirmó que en los casos de contracepción «el derecho a la intimidad si significa algo, es el derecho del *individuo,* soltero o casado, a no sufrir la intromisión del Gobierno en materias que afectan tan fundamentalmente a una persona como la decisión de engendrar o la de tener un hijo»[65].

El resultado de *Griswold* ha sido a menudo criticado como una mediocre pieza de jurisprudencia constitucional y la extensión que Blackmun hace de ella a *Roe* nunca ha sido segura. La acusación más importante con la cual sus defensores han tenido que lidiar es que *Griswold* es señalado como un ejemplo de «legislación judicial» —que al dictarlo la Corte Suprema se erigió como una especie de superlegislativo. Existen dos posibles respuestas a esta línea de crítica para aquellos que apoyan el re-

---

[61] Un excelente tratamiento de la materia puede verse en LUKER, *Abortion and the Politics of Motherhood,* especialmente los caps. 3-7.

[62] 381 U.S. 479 (1965).

[63] Para un relato de esta historia, véase D. J. GARROW, 1993: *The Right to Privacy and the Making of* Roe *v.* Wade, New York: Lisa Drew Books.

[64] 381 U.S. 479-84 (1965).

[65] *Eisenstadt vs. Baird,* 405 U.S. 453 (1972), cursivas en el original.

sultado de *Roe.* Una es insistir que lo hecho por la Corte Suprema en *Griswold* no es inusual. Cada cláusula del *Bill of Rights* tiene que ser interpretada a la luz de supuestos filosóficos fundamentales[66]. Más aún, esta línea de respuesta funciona, ya que pocos críticos de *Griswold* querrían vivir con todas las implicaciones que se siguen de abandonar la noción de que hay un derecho a la intimidad constitucionalmente protegido. Efectivamente, quienes critican *Roe,* como el Subsecretario de Justicia del Presidente Ronald Reagan, Charles Fried, por lo general niegan que *Griswold* deba ser revocado[67]. Como R. DWORKIN —quizás quien formula la mejor defensa de *Griswold* y de su extensión a *Roe*— ha destacado, es difícil discernir un fundamento basado en principios para esta posición. Una vez que *Griswold* es aceptado, parece conducir inevitablemente a *Roe,* en parte porque la tecnología de la contracepción y el aborto se superponen (y quizás lo hagan cada vez más con el paso del tiempo)[68], y en parte porque es difícil brindar razones convincentes para distinguir los casos entre sí.

El razonamiento de la Corte Suprema en *Griswold* fue que las decisiones que afecten al matrimonio y al parto son de un carácter tan íntimo y personal que las personas deben ser libres para tomar esas decisiones por sí mismas. Como advirtió DWORKIN, las decisiones en materia de aborto son por lo menos tan privadas como aquellas referidas a la contracepción; efectivamente, en un aspecto son más privadas porque la decisión de abortar «involucra el control de la mujer no sólo de sus relaciones sexuales sino también de las transformaciones que se producen en el interior de su propio cuerpo, y la Corte Suprema ha reconocido de diversos modos la importancia de la integridad física»[69]. Por lo tanto, DWORKIN defiende tanto *Griswold* como *Roe,* así como el rediseño hecho por la Corte Suprema de la doctrina de *Roe* en *Casey* a través del estándar de la «carga indebida» que coloca cargas gradualmente más severas a medida que el embarazo avanza sobre aquellas mujeres que desean interrumpir el mismo, que están diseñadas para lograr que ellas reflexionen sobre la seriedad de su intención de abortar y para favorecer el interés del Estado en proteger la vida humana potencial[70].

Defender *Roe* sobre las bases de que no puede distinguirse de *Griswold* basándose en principios es recurrir a lo que en ultima instancia es un argumento *ad hoc,* algo que conservadores como Robert Bork se aprestan a señalar. Desde la izquierda, la doctrina *Griswold* ha sido también rechazada por feministas radicales en cuanto que ideología masculina que contribuye a la subyugación de las mujeres[71]. Efectivamente, en

---

[66] Véase R. DWORKIN, 1977: *Taking Rights Seriously,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 14-80.

[67] Como ha mantenido en un debate oral frente a la Corte en *Webster* en 1990. La excepción aquí es Robert Bork, quien argumentó en su audiencia de confirmación para la Corte Suprema que ambos *Roe* y *Griswold* deben ser revocados. Esta visión tiene el mérito de ser internamente consistente, pero está aún tan lejos de la corriente principal de la opinión jurisprudencial conservadora que llevó a muchos demócratas y republicanos conservadores en el Senado a oponerse a su nominación.

[68] Algunos dispositivos intrauterinos y muchas populares píldoras de control natal destruyen el óvulo fertilizado si fallan en evitar la fertilización.

[69] DWORKIN, *Life's Dominion,* p. 107.

[70] Aunque DWORKIN quisiera aplicar el estándar de un modo más permisivo del que lo hace la Corte. Por ejemplo, su posición es que la Corte debió haber derribado el período de espera compulsivo que afirmó en *Casey* (DWORKIN, *Life`s Dominion,* pp. 172-174).

[71] Véase C. MACKINNON, 1987: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law,* Cambridge Mass.: Harvard University Press, pp. 93-102, y R. WEST, 1988: «Jurisprudence and Gender», *University of Chicago Law Review,* vol. 55, n.º 1, pp. 67-70.

otros contextos —tales como en la discusión por la promulgación de leyes sobre violación dentro del matrimonio— las feministas se han preocupado de debilitar la presunción del *common law* según la cual las relaciones maritales ocultan al Derecho penal los comportamientos «íntimos»[72]. En parte por estas razones, una línea alternativa de respuestas para lo que es percibido como la debilidad de *Griswold* y *Roe* ha sido propuesta por los defensores del derecho al aborto, una que echa por la borda totalmente el argumento de la intimidad y se apoya en cambio en el compromiso constitucional a la igual protección jurídica, explícita en la Enmienda Decimocuarta, e implícita en la Cláusula del Proceso con todas las garantías de la Enmienda Quinta.

El argumento de la igualdad gira en torno a la afirmación de que las restricciones sobre el aborto discriminan a las mujeres colocando límites a su libertad que, sin embargo, los hombres no tienen que soportar. Ésta fue la posición sostenida por la entonces jueza de la Corte Federal de Apelaciones, R. B. GINSBURG, en su *Madison Lecture* dictada en 1993 en la Universidad de New York. Dicha posición provocó un agudo interrogatorio en su audiencia de confirmación para la Corte Suprema porque revelaba su desacuerdo en relación con la doctrina de la intimidad de *Roe*[73]. A juicio de GINSBURG, las regulaciones sobre el aborto afectan «al control autónomo de una mujer sobre el completo curso de su vida —su capacidad para posicionarse en relación con el hombre, la sociedad y el Estado— como una ciudadana independiente y autosuficiente»[74]. En opinión de GINSBURG la Corte Suprema de *Roe* debería haberse «concentrado de un modo más preciso en la dimensión de la igualdad de la mujer de dicho problema», permitiéndole sostener que «el trato desventajoso a una mujer por razón de su embarazo y por razón de su capacidad de elegir en materia de reproducción es un caso paradigmático de discriminación por razón de sexo»[75]. Es cierto que los argumentos de igual protección han sido de una efectividad decreciente en las Cortes Supremas de Burger y Rehnquist, pero GINSBURG señala que en el mismo periodo en que *Roe* fue dictada la Corte Suprema tuvo un caso en su agenda que podría haber servido como puente, «vinculando la elección reproductiva con el trato desventajoso de las mujeres basado en su sexo»[76]. Siguiendo este orden de ideas, vio la decisión de optar por la línea de razonamiento de *Griswold* en *Roe,* como una oportunidad

---

[72] Sobre la cambiante legislación de la violación marital en los Estados Unidos, véase M. FREEMAN, primavera 1981: «If you Can`t Rape Your Wife, Who[m] can You Rape? The Marital Rape Exception Re-examined», *Family Law Quaterly,* vol. 15, n.º 1, pp. 1-29; D. RODHE, 1989: *Justice and Gender,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 249-251; R. I. AGUSTINE, 1990-1991: «Marriage: The Safe Heaven for Rapists», *Journal of Family Law,* vol. 29, n.º 3, pp. 559-590; y S. RYDER y S. KUZMENKA, invierno 1991: «Legal Rape: The Marital Exception», *John Marshall Law Review,* vol. 24, pp. 393-421. Sobre la evolución en Inglaterra de la excepción, véase P. M. BROMLEY y N. V. LOWE, 1987: *Family Law,* 7.ª ed., London: Butterworths, pp. 109-112.

[73] GINSBURG, 9 de marzo de 1993: «Speaking in Judicial Voice», *Madison Lecture,* New York University Law School, *mimeo.* Por las audiencias, véase «Nomination of Ruth Bader Ginsburg to be an Associate Justice of the United States Supreme Court: Report Together with Additional Views», Exec. Report 103-6-93-1 United States Senate, pp. 17-19.

[74] «Nomination of Ruth Bader Ginsburg», p. 17.

[75] GINSBURG, *Madison Lecture,* pp. 24, 28. Para una defensa más elaborada de la opinión basada en la igualdad, véase S. A. LAW, 1983-1984: «Rethinking Sex and the Constitution», *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 132, n.º 2, pp. 1002-1013.

[76] GINSBURG, *Madison Lecture,* p. 24. El caso, *Struck vs. Secretary of Defense,* 409 U.S. 947 (1973), fue remitido por considerar que la cuestión se tornó abstracta.

desperdiciada para situar el derecho al aborto sobre una base conceptual y constitucional más firme[77].

Cualesquiera que sean los fundamentos jurisprudenciales para el derecho al aborto, se podría afirmar que la manera en que *Roe* fue decidido —tanto como el contenido de la decisión— era lo que iba a volver sospechosa su legitimidad. Después de todo, en *Roe* la Corte Suprema hizo mucho más que revocar una ley de Texas sobre el aborto. El voto por la mayoría presentó un test detallado que establecía las condiciones bajo las cuales podría esperarse que una ley sobre aborto fuera aceptable; de hecho, el juez Blackmun fue autor de su propia ley federal sobre aborto. GINSBURG defiende fuertemente la idea de que decisiones de este tipo tienden a socavar la legitimidad de la Corte Suprema. Cree que algunas veces es necesario para la Corte Suprema estar un paso «adelante» del proceso político a fin de lograr reformas que la constitución requiere, pero que en caso de adelantarse demasiado puede producir una reacción negativa y provocar acusaciones de que está excediéndose de su lugar apropiado en un orden constitucional democrático[78].

Esta línea de razonamiento acerca del rol de la Corte Suprema ha sido desarrollada en forma más completa por R. BURT[79]. Este autor contrasta el tratamiento de la Corte Suprema del problema del aborto con el enfoque que la Corte Suprema adoptó en los casos de segregación racial escolar de la década de los cincuenta. En *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954), los jueces declararon que la doctrina de «separados pero iguales» era una violación inconstitucional de la Cláusula de Igual Protección [*Equal Protection Clause*][80], pero no describieron las condiciones de escolaridad que serían aceptables. Más bien, devolvieron el problema a los legisladores de los Estados sureños, exigiéndoles que diseñaran por ellos mismos remedios aceptables[81]. Estos remedios llegaron ante la Corte Suprema como resultado de los posteriores litigios, fueron examinados en tales ocasiones y frecuentemente fueron considerados deficientes[82]. Pero la Corte Suprema evitó diseñar ella misma el remedio, y con ello la acusación de que estaba usurpando la función legislativa. En *Roe,* en cambio, como lo expone GINSBURG, la Corte Suprema «no invitó a los legisladores al diálogo. En vez de esto, parece más bien que apartó la pelota completamente del campo de los legisladores» aniquilando virtualmente cualquier forma de regulación del aborto existente por entonces[83].

Según GINSBURG y BURT, el *holding* radical de *Roe* disminuía la legitimidad democrática de la Corte Suprema, al mismo tiempo que se anticipaba a una variedad de esquemas que habían estado diseñándose en diferentes Estados para hacer más liberales las leyes sobre el aborto. Entre 1967 y 1973, en diecinueve Estados fueron aprobadas

---

[77] Por supuesto que es posible que Blackmun hiciera campaña por esta posibilidad y que pudiera no encontrar apoyo para ella entre sus compañeros miembros de la Corte aunque, dado su fracaso, sólo por mencionarlo, parece más probable que, como R. DWORKIN, Blackmun simplemente pensó que *Griswold* era obligatorio.

[78] GINSBURG, *Madison Lecture,* pp. 30-38.

[79] R. A. BURT, 1992: *The Constitution in Conflict,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 344-352.

[80] *Brown vs. Board of Education I,* 347 U.S. 483 (1954).

[81] *Brown vs. Board of Education II,* 349 U.S. 294 (1955).

[82] BURT, *Constitution in Conflict,* p. 348.

[83] GINSBURG, *Madison Lecture,* p. 32.

leyes que hicieron más liberales los motivos que permitían el aborto. Muchas feministas habían estado insatisfechas con el ritmo y el alcance de esta reforma y lanzaron la campaña que ayudó a provocar el resultado de *Roe.* BURT admite que en 1973 estaba «poco claro si las leyes estatales recientemente promulgadas significaban el comienzo de una tendencia nacional hacia la derogación de todas las restricciones sobre el aborto o incluso si en los denominados Estados más liberales, las nuevas promulgaciones aumentarían significativamente el acceso al aborto para cualquiera». No obstante, insiste en que «el problema del aborto era discutido abierta y ávidamente en un importante cantidad de foros públicos, y a diferencia del ordenamiento existente en una fecha tan reciente como 1967, ya no era claro quién estaba ganando la batalla»[84]. Siguiendo el modelo de *Brown,* la Corte Suprema podría haber anulado la ley de Texas sobre el aborto en *Roe* (ya sea apelando al argumento de la intimidad de Blackmun o al de la igualdad apoyado por GINSBURG y otros) sin proceder a desarrollar y aplicar el esquema trimestral de Blackmun. Esto habría establecido algunos límites sobre lo que las legislaturas podrían hacer en materia de regulación del aborto sin involucrar a la Corte Suprema directamente en el diseño de la misma. En opinión de GINSBURG y BURT, esto habría dejado espacio para que el conflicto se resolviera democráticamente, lo que habría asegurado la supervivencia del derecho al aborto, preservando al mismo tiempo la legitimidad del rol de la Corte Suprema en un orden constitucional democrático[85].

## 3. EL FUTURO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL ABORTO

Es irónico, quizás, que aunque *Casey* fue decidido antes del ascenso de GINSBURG a la Corte Suprema, aquella decisión alineó la posición de la Corte Suprema con la postura de GINSBURG y BURT sobre el modo en que debería enfocarse la problemática del aborto. Al afirmar la existencia del derecho constitucional fundamental de una mujer al aborto, al reconocer la legitimidad del interés estatal en la vida potencial, y al insistir en que los Estados no pueden perseguir la reivindicación de este interés de un modo que sea indebidamente gravoso para las mujeres, la Corte Suprema estableció algunos parámetros básicos dentro de los cuales el legislativo debe a partir de entonces diseñar reglas que reglamenten el aborto. Los disidentes en *Casey* tenían razón al señalar que existiría cierto grado de impredictibilidad y confusión en la medida en que se promulgarían diferentes sistemas normativos en diferentes Estados, y en la medida en que serían examinados por los tribunales[86]. Particularmente dada la dimensión progresiva del

[84] BURT, *Constitution in Conflict,* p. 348.

[85] *Ibídem,* pp. 349-352.

[86] En su opinión parcialmente disidente, Rehnquist —junto con White y Scalia— dijo respecto de la opinión dominante en *Casey:* «El resultado final del himno glorificante de la legitimidad al que apeló la opinión conjunta en este caso es el enunciado de un estándar completamente nuevo para evaluar las regulaciones estatales sobre el derecho de una mujer al aborto —el estándar de la "carga indebida"— *Roe vs. Wade* adoptó un estándar de "derecho fundamental" bajo el cual las regulaciones estatales podían sobrevivir sólo si satisfacían los requisitos del "escrutinio estricto". Aunque estemos en desacuerdo con ese estándar, éste al menos había admitido un fundamento en el Derecho constitucional en la época en que *Roe* fue decidido. Lo mismo no puede decirse del estándar de la "carga indebida", el cual es creado en su totalidad por los autores de la opinión conjunta. Es un estándar que aún hoy no dispone del apoyo mayoritario de esta Corte. Y creemos que no acabará por ser un tipo de "simple limitación" de aplicación fácil, como auspicia la opinión conjunta» [112 S. Ct. 2791, en p. 2866 (1992)].

examen —que permite reglas cada vez más gravosas a medida que avanza el embarazo— esto es inevitable. Quienes consideran que en el desarrollo de la función judicial se ha de dar prioridad a la eficiencia y a la claridad sobre todo lo demás, esto podría parecer una objetable provocación de litigios posteriores[87]. Para la posición GINSBURG y BURT, sin embargo, la tendencia de *Casey* a provocar litigios puede ser un costo que merezca ser pagado. Al igual que *Brown,* sitúa sobre los legisladores democráticamente elegidos la responsabilidad de proponer modos de regular el aborto que no graven indebidamente a las mujeres, y las constriñe a hacer esto con el conocimiento de que las leyes que promulguen serán examinadas por los tribunales y desechadas si son consideradas deficientes. Esto da motivos a los legisladores para diseñar sistemas de reglas que minimicen las cargas colocadas sobre las mujeres cuando ellos procuran defender los intereses legítimos de los Estados en proteger la vida potencial. También asigna a los tribunales federales un rol legítimo en una democracia constitucional. «Sin dar grandes zancadas y por ello arriesgarse a una reacción negativa demasiado fuerte de contener, la Corte Suprema, a través de la adjudicación constitucional, puede reforzar o dar luz verde al cambio social»[88].

Adoptando el enfoque de GINSBURG y BURT sobre el modo en que son encaradas las regulaciones del aborto, la Corte Suprema ha comenzado probablemente a desmentir la afirmación de A. MACINTYRE —mencionada en el comienzo de este trabajo— de que las diferentes partes de la controversia respecto del aborto actúan desde visiones inconmensurables de la vida entre las que es imposible la evaluación racional. Por el contrario, como el debate se ha trasladado desde imponderables metafísicos —respecto de cuándo comienza la vida y si el feto es una persona— hacia consideraciones acerca de qué constituye una carga indebida sobre los derechos constitucionalmente protegidos de una mujer, ha quedado claro que existe un amplio espacio para los argumentos racionales sobre el derecho legal al aborto. Que el aborto *pueda* ser un asunto políticamente polarizador no significa que *tenga* que ser polarizado. Es ciertamente una ventaja del enfoque de *Casey* el que empuje el debate lejos de problemas que no pueden ser resueltos en una cultura pluralista y hacia áreas donde una solución negociada y un acuerdo podrían estar disponibles.

Dejando a un lado los problemas de enfoque, el contenido del estándar de la «carga indebida» ofrece posibilidades para limitar las regulaciones del aborto que pueden ser más robustas de lo que los críticos de *Casey* hayan podido apreciar. Ciertamente parece ser una estrategia interpretativa plausible afirmar como consecuencia de *Casey,* como lo hace R. DWORKIN, que cualquier regulación de las decisiones sobre el aborto debería ser considerada innecesariamente coercitiva y por tanto «indebida» si el mismo «incemento de la responsabilidad en la toma de decisiones sobre si interrumpir o no un embarazo pudo haber sido alcanzado por una vía diferente con consecuencias menos coercitivas»[89]. Esta línea de razonamiento sugiere que si los demandantes pue-

[87] Véanse los comentarios de Rehnquist inmediatamente a continuación de aquellos citados en la nota al pie precedente. Para una defensa más general de la eficiencia en la sentencias de apelación federales, véase R. POSNER, 1985: *The Federal Courts: Crisis and Reform,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, pp. 169-315. Para una crítica a la opinión de POSNER véase mi «Richard Posner`s Praxis», *Ohio State Law Review,* vol. 48, n.º 4, 1987, pp. 1009-26.

[88] GINSBURG, *Madison Lecture,* p. 36.

[89] DWORKIN, *Life's Dominion,* p. 173.

den mostrar que regulaciones menos restrictivas pueden alcanzar los objetivos estatales perseguidos al regular el aborto, las regulaciones existentes tendrán que ser anuladas. Conociendo esto, las legislaturas que se encuentran contemplando la posibilidad de sancionar leyes sobre el aborto tendrán motivos para no adoptar regulaciones más restrictivas que aquellas que puedan ser justificadas como necesarias.

Pero, quizás el rasgo más importante y menos tenido en cuenta del estándar de la «carga indebida» alrededor del cual ha comenzado a girar la normativa constitucional sobre aborto desde *Casey* sea su potencial para estimular las consideraciones igualitaristas que Blackmun soslayó cuando recurrió a la doctrina de la intimidad de *Griswold* como el fundamento para su opinión en *Roe.* La razón es que probablemente resultará extremadamente difícil forjar una jurisprudencia de las cargas debidas e indebidas sin aludir a consideraciones igualitaristas. Un indicio de esto puede encontrarse en los votos de *Casey.* Los disidentes en ese caso señalaron que es difícil encontrar un fundamento basado en principios para sostener, por un lado, que las exigencias de la notificación conyugal imponen cargas indebidas sobre las mujeres porque algunas mujeres posiblemente enfrenten maridos abusivos y al mismo tiempo sostener, por otro lado, que las exigencias del consentimiento de los padres no lo hacen, aun cuando, presumiblemente, algunas adolescentes embarazadas enfrentarán padres abusivos[90]. DWORKIN extiende esta crítica, señalando que es no menos difícil encontrar un fundamento basado en principios para el rechazo de la Corte Suprema a la pretensión de que un periodo de espera de veinticuatro horas no supera el test de la carga indebida, aun cuando es admitido por la Corte Suprema que sitúa una carga comparativamente pesada sobre las mujeres pobres. En su opinión, si una restricción que no hace al aborto imposible en la práctica para ninguna mujer, no obstante «lo hace lo suficientemente más caro o dificultoso de modo que disuadirá a algunas mujeres de practicarse un aborto que, luego de reflexionar, quieren hacer», no tendría que superar el test de la carga indebida[91]. La lógica de DWORKIN es difícil de resistir una vez que la Corte Suprema ha adoptado la idea según la cual una regulación que pueda imponer altos costos sobre *algunas* mujeres no es constitucionalmente aceptable por esa razón. Aunque este argumento no es explícitamente igualitarista, implícitamente lo es porque sugiere que, para subsistir, las regulaciones del aborto no deben imponer cargas sobre las mujeres de bajos ingresos por el mero hecho de ser pobres.

El razonamiento de DWORKIN está enraizado en el hecho de que es difícil —quizás imposible— dar sentido a la idea de «lo debido» sin referencias a la idea de igualdad. Esto, seguramente, no está mejor ilustrado en ningún lugar más que en la evolución del concepto de debido proceso en el procedimiento penal estadounidense, y podría ser esclarecedor aquí mencionar algunas semejanzas posibles entre esa historia y un futuro posible para el estándar de la carga indebida en la normativa constitucional sobre aborto.

El famoso caso de 1963 *Gideon vs. Wainwright* estuvo centrado en el problema de si los Estados debían proveer de asesoramiento legal pagado por el gobierno a los criminales indigentes acusados en casos de delitos castigados con la pena de muerte[92]. La

[90] 120. L. Ed. 2d 674, en pp. 774-97 (1992).
[91] DWORKIN, *Life's Dominion,* p. 173.
[92] Para una descripción excelente, véase A. LEWIS, 1966: *Gideon's Trumpet,* New York: Vintage.

Corte Suprema sostuvo que debían hacerlo, parcialmente sobre la base de que los acusados adinerados están claramente en posición de contratar asesoramiento[93]. En las décadas siguientes a *Gideon,* la noción de que las personas pobres no deberían soportar aquellas cargas en la persecución de sus derechos constitucionalmente protegidos que las personas ricas no tienen que soportar, quedó enclavada en la noción de debido proceso penal. Como resultado, robustas protecciones fueron incorporadas a la legislación del procedimiento penal en las décadas de los sesenta y setenta en relación con el derecho al asesoramiento tanto en apelaciones como en juicios, para delitos no castigados con la pena de muerte si el acusado va a ser encarcelado en caso de ser considerado culpable, y ámbitos relacionados[94]. Es verdad que las lecturas igualitaristas de la Cláusula del debido proceso [*Due Process Clause*] en el procedimiento penal fueron posteriormente reducidas por las Cortes de Burger y Rehnquist[95]. Esto enfatiza el hecho de que el Derecho no siempre evoluciona en una dirección. De ningún modo es necesario que las interpretaciones fuertemente igualitaristas de la idea de «lo debido» prevalezcan siempre en este ámbito o en cualquier otro. No obstante, las consideraciones igualitaristas no han sido completamente abandonadas por la Corte Suprema en este ámbito y, a veces, aun cortes conservadoras las han desarrollado —como en 1985 cuando sostuvieron que a un acusado indigente que ofrece una excusa por enfermedad mental debería concedérsele tener su propio psiquiatra designado por la corte a cargo del gobierno[96]. Una vez más la idea de «lo debido» de la Cláusula del Proceso con todas las garantías fue desentrañada por referencia a la igualdad.

No requiere gran cantidad de imaginación discernir las posibilidades creativas que tendría para un razonamiento análogo que los tribunales federales vayan desentrañando el significado de «carga indebida» en la normativa constitucional sobre el aborto. Que una carga no puede considerarse debida si impone costos sustanciales sobre *algunas* mujeres es algo que tiene asidero en el lenguaje de la opinión dominante en *Casey,* como hemos visto, aunque, como sucedió en el caso del debido proceso en el procedimiento penal, las implicaciones de esto son contradictorias en las opiniones de la Corte Suprema y todavía tienen que ser completamente desarrolladas. Un área obvia que podría ser explorada se refiere al financiamiento del aborto. Así como se sostuvo que el derecho constitucional a ser asesorado de Clarence Earl Gideon exigía al gobierno designar un asesor jurídico a cargo del Estado para los acusados indigentes en ciertas circunstancias, uno puede imaginar argumentos análogos siendo explorados en el contexto del aborto. Cuáles resultarían ser las clases de circunstancias semejantes es difícil de saber por adelantado, pero casos de violación —en donde la embarazada no tiene ninguna responsabilidad presunta por su embarazo— son un lugar obvio para comenzar. Desde el punto de vista de las feministas radicales, esto podría parecer una ganancia potencial pequeña dado lo que se ha perdido desde *Webster* y *Casey,* pero dado que la Corte Suprema en el pasado nunca ha visto favorablemente a los demandantes que

[93] 372 U.S. 335 (1963).

[94] Para ejemplos, véase *Douglas vs. California,* 372 U.S. 353 (1963) y *Argesinger vs. Hamlin,* 407 U.S. 25 (1972).

[95] Véase *Ross vs. Muffitt,* 417 U.S. 600 (1974); *Scout vs. Illinois,* 440 U.S. 367 (1979); *United States vs. Cronic,* 466 U.S. 648 (1984); y *Strickland vs. Washington,* 466 U.S. 668 (1984).

[96] *Ake vs. Oklahoma,* 470 U.S. 68 (1985).

buscan financiación para abortar, una ganancia potencial en esta área no debería ser considerada insignificante desde su punto de vista.

Las posibilidades igualitaristas no se agotan por extraer las implicaciones de la tesis según la cual ha de considerarse que las regulaciones que imponen cargas sustanciales sobre *algunas* mujeres no superan el test de la «carga indebida». *Casey* identifica dos fuentes del interés del Estado en regular el aborto: para asegurar que la mujer ha dado su consentimiento informado al procedimiento abortivo, y para defender el interés del Estado en la protección de la vida potencial. El primero de estos intereses toma en consideración al individuo en el sentido de que el Estado puede alentar a la mujer que está considerando practicarse un aborto a reflexionar sobre la gravedad del curso de acción que se ha propuesto y a considerar alternativas, en tanto esto no grave innecesariamente su decisión. El interés estatal aquí reside en la calidad de la decisión de la mujer: ésta debería ser genuina e informada. Como he señalado, las consideraciones igualitaristas implícitamente afectan la evaluación de las regulaciones diseñadas para alcanzar este objetivo porque las mismas regulaciones que pueden no ser gravosas para mujeres adineradas pueden, sin embargo, imponer costos importantes sobre las mujeres de bajos ingresos.

Un tipo diferente —y potencialmente más fuerte— de consideración igualitarista surge, sin embargo, una vez que reflexionamos sobre la regulación del aborto por parte del Estado para reivindicar su interés en la vida humana potencial. Esto abre la posibilidad de recuperar las consideraciones sobre igual protección que GINSBURG, C. MACKINNON, R. WEST y otros piensan que fueron perdidas cuando Blackmun decidió basar *Roe* en la doctrina de la intimidad de *Griswold.* ¿Por qué, puede y será preguntado, deberían los Estados tener permitido defender *este* interés de un modo que pueda suponer imponer desproporcionadamente los costos de este accionar sobre algunas mujeres o, efectivamente, sobre las mujeres en vez de sobre los hombres? Las posibilidades ofrecidas por esta línea de pensamiento son difíciles de percibir en abstracto. La Corte Suprema en la década de los noventa y en la primera década de 2000 se mantuvo claramente impermeable a la visión feminista de que virtualmente cualquier regulación del aborto discrimina a las mujeres y debería ser rechazada por esa razón [97]. Pero la oportunidad para un argumento basado en la igual protección está al acecho en la lógica de *Casey,* si acaso no lo hace en su lenguaje, y parece al menos posible que esta lógica pudiese generar importantes restricciones a las regulaciones del aborto en el futuro.

Ocho años después de *Casey* había indicios de que las consideraciones igualitaristas estaban moldeando la jurisprudencia sobre el aborto de la Corte Suprema. El párrafo introductorio del voto por la mayoría del juez Breyer en su polémica decisión sobre el aborto por nacimiento parcial, *Stenberg vs. Carhart* (2000), señala que millones «temen que una ley que prohíba el aborto condenaría a muchas mujeres estadounidenses a vidas que carecen de dignidad, privándoles de *igual libertad* y llevando a aquéllas con menos recursos a someterse a abortos ilegales con los riesgos concomitantes de muerte y sufrimiento» [98]. La decisión en *Gonzales vs. Carhart* (2007), que revirtió el re-

[97] Véase nota al pie 71.
[98] 192 F. 3d 1142, la cursiva es mía.

sultado de *Stenberg,* no repudió esta lógica igualitarista. Ciertamente, aspectos del voto por la mayoría del juez Kennedy podrían ser interpretados como paternalistas, si no condescendientes, hacia las mujeres —tal como la afirmación de que las mujeres que no aprecian completamente lo que el procedimiento D&X involucra podrían posteriormente quedar traumatizadas si se enterasen de lo que involucra luego del hecho—. Como la jueza GINSBURG señaló en su voto en disidencia, esto difícilmente sea una base para distinguir el procedimiento D&X del D&E, y supone que las mujeres están de algún modo incapacitadas para tomar decisiones según sus propios y mejores intereses[99]. Pero la mayoría no puso en cuestión la idea de que la carga indebida exige que todas las mujeres tengan acceso al procedimiento abortivo más seguro disponible, afirmando de ese modo, al menos implícitamente, un compromiso con la igualdad de las mujeres.

El debate era sobre si el procedimiento D&X es más seguro en algunas circunstancias. En *Stenberg,* los tribunales inferiores habían encontrado que existía, en efecto, un conjunto importante de opiniones procedentes de autoridades médidas favorable a la opinión del médico generalista acerca de que el procedimiento D&X era el más seguro disponible en ciertas circunstancias. Esta supuesta mayor seguridad fue discutida por los jueces disidentes Rehnquist, Kennedy, Thomas y Scalia. Antes que debatir las opiniones controvertidas acerca de la ciencia con los disidentes, la mayoría habría hecho mejor en adoptar la posición de que, como se trata de una controvertida cuestión de hecho, es mejor que sea dirimida por el tribunal que haya de conocer del caso particular en cuestión. Si la legislatura de Nebraska hubiese tenido en cuenta la evidencia de la seguridad relativa de los distintos procedimientos, el momento oportuno para establecer esto era el juicio, y si el doctor Carhart cuestionaba el fundamento científico sobre el que se basaba el dictamen, él, también, habría tenido que persuadir al tribunal que estuviera conociendo del caso en cuestión. Quizás la legislatura de Nebraska no tuvo en cuenta la cuestión en absoluto, en cuyo caso la idea de que ella está mejor posicionada que una corte de apelación para hacer esta determinación, como alegaron los disidentes, sería irrelevante.

Las cortes de apelación no escuchan a los testigos ni a los testimonios de expertos. Como resultado, en general no se supone que revisen las determinaciones fácticas del tribunal inferior. A menos que los registros contengan evidencia abrumadora de que las determinaciones del inferior no pueden ser creídas, las determinaciones fácticas tienen que ser generalmente aceptadas tal cual. Y aun cuando haya una razón para dudar de ellas, el remedio apropiado es remitir el caso al tribunal que conoció el caso en cuestión para un nuevo examen de la causa, no hacer una determinación diferente de los hechos durante el proceso de revisión por un tribunal de apelación. Desde esta perspectiva los disidentes en *Stenberg,* no la mayoría, inapropiadamente confiaban en su propia (falta de) habilidad en la resolución de las cuestiones de hecho controvertidas.

El Congreso elevó la apuesta en respuesta a *Stenberg* entrando en el juego con la determinación de que el procedimiento D&X nunca es médicamente necesario, e introduciendo esta determinación en su *Ley de prohibición del aborto por nacimiento parcial.* Pero los tribunales federales nunca han deseado en exceso mostrar total deferen-

[99] 127 S. Ct. 1610, en 1648-9 (2007).

cia a las determinaciones legislativas relativas a cuestiones de hecho. Como lo expresaba el juez Thomas mientras se desempeñaba en el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia antes de su ascenso a la Corte Suprema, «[Si] una legislatura pudiera hacer constitucional una ley simplemente por "determinar" que el negro es blanco o que la libertad es esclavitud, la revisión judicial sería una sofisticada farsa. Al menos desde *Marbury vs. Madison* (1803) [...] ese no ha sido el Derecho»[100]. En vista de las afirmaciones infundadas, los errores fácticos y los testigos parcialmente competentes que acompañaron esta determinación del Congreso, es poco sorprendente que los tribunales inferiores no hayan sido convencidos. En efecto, el voto por la mayoría del juez Kennedy en *Gonzales* no defiende la práctica según la cual corresponde al Congreso establecer los hechos. Más bien, toma la postura de que hay «incertidumbre médica» respecto de la cuestión de si el procedimiento D&X es más seguro para la mujer en algunas circunstancias, y que esta incertidumbre «no excluye el ejercicio del poder legislativo»[101]. En efecto, quizás no lo excluye, pero tampoco implica que los tribunales deberían mostrar deferencia hacia ese poder cuando está basado en determinaciones fácticas manifiestamente implausibles.

No quedó claro si el resultado en *Gonzales* de hecho había acercado a la Corte Suprema a abandonar la reafirmación de *Casey* del derecho constitucionalmente protegido de una mujer a un aborto. La disidencia de GINSBURG sugería que sí lo había hecho y comentarios de académicos pro elección tales como DWORKIN no auguran nada bueno al respecto[102]. Fiel a las formas, dadas sus opiniones previas, la jueza Thomas escribió un conciso voto concurrente reiterando su postura de «que la jurisprudencia sobre aborto de la Corte Suprema, incluyendo *Casey* y *Roe vs. Wade* [...] no tiene fundamentos en la Constitución»[103]. El juez Scalia se unió al voto concurrente de Thomas. Esto, tampoco fue una sorpresa. Pero en tanto que en el pasado el nombre de Rehnquist habría estado allí también, ninguno de los dos nuevos jueces —Roberts y Alito— optaron por unirse a la opinión de Thomas y Scalia. Esto puede haber indicado un acuerdo con Kennedy acerca de que la garantía del derecho al aborto de *Casey* permanece intacta si bien el test de la carga indebida no resultaba satisfecho en este caso en cuestión. Pero puede haber significado que ambos o uno de los nuevos jueces se encontraban indecisos sobre el asunto más amplio o, si decididos, estaban poco dispuestos a poner sus cartas sobre la mesa por el momento. Sólo el tiempo lo dirá.

*(Traducción de Hugo O. Seleme, Cristián A. Fatauros y Natalia Arreguine)*

---

[100] *Lamprecht vs. FCC,* 958 F. 2d, 382, 392 (DC Circuit 1992).

[101] 127 S. Ct. 1610, en p. 1618 (2007).

[102] DWORKIN, 31 de mayo de 2007: «The Court and Abortion: Worse Than you Think», *New York Review of Books,* vol. 54, n.º 9, pp. 20-21.

[103] 127 S. Ct. 1610, en pp. 1639-1640 (2007).

# EL CONCEPTO DE AUTONOMÍA *

Jan-R. Sieckmann **

*Universidad de Bamberg*

**RESUMEN.** Las concepciones normativas basadas en la autonomía plantean un dilema. Literalmente, autonomía significa auto-legislación, lo cual implica que los destinatarios de una norma deciden, ellos mismos, hacer válida dicha norma. Pero si una norma es válida sólo porque sus destinatarios así lo deciden, cabría decir que no puede ser vinculante para ellos. La idea de autonomía como auto-legislación, por tanto, parece ser incoherente. Pues bien, en este trabajo esbozaré primero el problema de la idea de autonomía como auto-legislación; en segundo lugar propondré, como solución al dilema que suscita la autonomía, un modelo de argumentación o razonamiento autónomo en el que el juicio normativo se entiende como libre a la vez que exigido por argumentos normativos; y, por último, explicaré el significado de la validez objetiva y de la obligatoriedad (o carácter vinculante) de las normas dentro de este modelo.

**Palabras clave:** autonomía, ponderación, argumentos normativos, objetividad.

**ABSTRACT.** Normative conceptions based on autonomy pose a dilemma. Taken literally, autonomy means self-legislation, which implies that the addressees of a norm themselves choose to render the norm valid. But if a norm is valid only because its addressees so choose, then one could say that it cannot be binding on them. Thus, the idea of autonomy as self-legislation seems to be incoherent. In this paper, I will, firstly, outline the problem of the idea of autonomy as self-legislation, secondly, suggest as a solution to the dilemma posed by autonomy a model of autonomous reasoning whereby normative judgement is understood as free while at the same time required by normative arguments, and, thirdly, explain the meaning of the objective validity and the bindingness of norms within this model.

**Keywords:** autonomy, balancing, normative arguments, objectivity.

---

* Fecha de recepción: 1 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

** Catedrático de Derecho Público (Otto-Friedrich-Universität Bamberg) y profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Título original: «The Concept of Autonomy», en *Law and Legal Cultures in the 21st Century: Diversity and Unity,* Plenary Lectures of the XXIII IVR-World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy, Cracow: Oficina (Kluwers), 2007, pp. 149-170.

## 1. LA PARADOJA DE LA AUTONOMÍA

La idea de autonomía es central para la filosofía práctica moderna[1], así como para la filosofía jurídica[2] y para el Derecho. Proporciona un fundamento normativo para el Estado constitucional, en particular a través de las ideas de autonomía política, de autonomía individual o personal y de dignidad humana. También es crucial para el tema de la diversidad y la unidad en el Derecho y la moral. La diversidad es posible porque, de acuerdo con la idea de autonomía, las normas no están determinadas por estándares ya dados, sino que dependen, en cambio, de los juicios normativos de los individuos o de las comunidades morales o jurídicas. Por otra parte, la autonomía es la única idea que puede crear unidad entre las diversas concepciones normativas del Derecho o de la moral, ya que sólo una concepción autónoma de la validez normativa puede lograr la aceptación de agentes que se consideran a sí mismos autónomos, como al menos harán algunos agentes. Es sólo la idea de autonomía, por tanto, la que permite articular una concepción comprehensiva del razonamiento normativo.

Las concepciones normativas basadas en la autonomía plantean, sin embargo, un dilema[3]. Literalmente, autonomía significa auto-legislación[4], lo que implica que la validez[5] de una norma depende de que sus destinatarios decidan hacerla válida. Ahora bien, si una norma es válida sólo a causa de la decisión de sus destinatarios, cabría decir entonces que no puede ser vinculante para ellos[6] ni, por tanto, ser válida en un sentido normativo.

¿Debemos, pues, abandonar la idea de de autonomía por ser conceptualmente confusa y carente de sentido? En este trabajo, esbozaré primero el problema de la idea de autonomía como auto-legislación; en segundo lugar propondré, como solución al dilema que suscita la autonomía, un modelo de argumentación autónoma en el que el juicio normativo se entiende como libre a la vez que exigido por argumentos normativos; y, por último, explicaré el significado de la validez objetiva y de la obligatoriedad (o carácter vinculante) de las normas dentro de este modelo.

## 2. PROBLEMAS DE LA IDEA DE AUTONOMÍA

### 2.1. Concepciones de la autonomía

El primer problema de la idea de autonomía proviene de la ambigüedad del término. Lo que interesa aquí es la noción de auto-legislación, por cuanto indica que

---

[1] *Cfr.* HABERMAS, 1998, y RAWLS, 1980.

[2] *Cfr.* ALEXY, 1996; NINO, 1989, y RAZ, 1986.

[3] *Cfr.* WOLFF, 1973: 180 y ss.; REATH, 2006: 93; BITTNER, 1983: 118 y ss.; BAUMANN, 2001: 11). *Cfr.* también BECK, 1960: 123, quien, no obstante, niega que exista una paradoja.

[4] *Cfr.* BITTNER, 1983: 120, y PATON, 1958: 180.

[5] Validez quiere decir, aquí, que una norma debe ser efectivamente aplicada y observada, esto es, significa validez normativa, y no validez formal o empírica en el sentido de que se cumplan ciertos criterios de pertenencia a un sistema de normas.

[6] Se podría sugerir una concepción de la autonomía conforme a la cual la validez dependa de una decisión que, sin embargo, deba conducir necesariamente a un resultado en particular. Pero esto podría ser, a lo sumo, un caso dudoso de autonomía, y además privaría de contenido a la idea de autonomía.

los propios agentes establecen las normas que son vinculantes para ellos. Tenemos que distinguir tajantemente esa noción de la noción de autodeterminación, de la capacidad y el derecho de efectuar los propios juicios morales, y de la noción de libre albedrío[7].

Autodeterminación significa guiar la propia conducta de acuerdo con los objetivos, normas o máximas que uno mismo elige, lo que incluye decidir por uno mismo si seguir la ley moral o no. La autodeterminación no equivale a la auto-legislación, puesto que aquélla es compatible con la existencia de una ley moral predeterminada que sea vinculante para los individuos pero no hecha por ellos[8].

La capacidad y el derecho de efectuar los propios juicios morales tampoco equivalen a la auto-legislación, puesto que ambos son compatibles con una concepción de la moral que entienda que la ley moral es independiente de su reconocimiento por parte de los individuos[9].

El problema del libre albedrío suscita la cuestión de si las decisiones o juicios morales están determinados por factores causales y empíricos, o bien deben entenderse en otros términos, distintos de los de la causalidad empírica[10]. Esta idea, con ser una preocupación principal de la filosofía kantiana[11], así como de la filosofía práctica en general[12], tampoco tiene ninguna conexión conceptual con la idea de auto-legislación, pues la independencia respecto de factores empíricos ni implica ni presupone que las normas sean establecidas por sus propios destinatarios[13].

## 2.2. Posiciones filosóficas acerca de la autonomía

El tema de este trabajo es cómo entender la autonomía en tanto que auto-legislación. La moderna idea de autonomía individual se atribuye[14] a I. KANT[15]. En varias

---

[7] *Cfr.* también PAUER-STUDER y NAGL-DOCEKAL, 2003: 17, y NAGL-DOCEKAL, 2003: 307. Esta noción también es distinta, por ejemplo, de los usos del término «autonomía» en el sentido de la independencia del derecho respecto de la moral, o del razonamiento jurídico respecto del razonamiento moral.

[8] *Cfr.* SCHNEEWIND, 1998: 4.

[9] Esta idea iba dirigida contra la sujeción del juicio moral a las órdenes de las instituciones religiosas o políticas, pero no pretendía rechazar la idea de una ley moral que existiese con independencia del juicio de los individuos. *Cfr.* SCHNEEWIND, 1998: 4.

[10] KANT, 1996a, 4: 400, 410, 412, 452, 454; 1996b, 5: 30, 45, 51.

[11] *Cfr.* PATZIG, 1994: 176; SCHNEEWIND, 1998: 515, 520, y ALLISON, 2006: 381 y ss.

[12] *Cfr.* MELE, 1995, y NIDA-RÜMELIN, 2006.

[13] Con todo, NAGL-DOCEKAL, 2003: 307, indica que, cuando se hace abstracción de los factores materiales en la determinación de la voluntad, sólo resulta ya relevante la forma de la legislación, o sea, la generalidad. Pero esto no aclara cómo puedan los propios individuos establecer la validez de las normas.

[14] BAUMANN, 2001: 9 y ss.; PATZIG, 1994: 174, y SCHNEEWIND, 1998: 3, 6. KANT estaba influenciado, ciertamente, por la concepción de la autonomía política de ROUSSEAU, pero desarrolló la idea de autonomía con mucha más profundidad y la extendió a los individuos. En la filosofía antigua, la autonomía se entendía como autonomía política, y sólo rara vez se atribuía a los individuos (*cfr.* PATZIG, 1994: 174).

[15] KANT, 1996b: 5: 33, define la autonomía, negativamente, como la independencia de la voluntad respecto de los factores empíricos y, positivamente, como la determinación de la decisión mediante la mera forma de ley universal, de la que debe ser susceptible una máxima (*durch die bloße allgemeine gesetzgebende Form, deren eine Maxime fähig sein muß,* KpV 58). Por el contrario, KANT habla de heteronomía si la materia de volición, esto es, el objeto de deseo, se incorpora a la ley práctica como condición necesaria de su posibilidad (*in das praktische Gesetz als Bedingung der Möglichkeit desselben hineinkommt,* KpV 59). «El único principio de la moralidad consiste en la independencia respecto de toda materia de la ley (o sea de un objeto deseado) y, no obstan-

formulaciones, KANT caracteriza la autonomía como auto-legislación, esto es, piensa que somos autónomos en el sentido de que nosotros mismos legislamos la ley moral[16]. Al mismo tiempo, KANT sostiene la existencia de un imperativo categórico, es decir, de una ley moral que no depende de la auto-legislación, sino que se considera necesaria y universal[17]. Pareciera que esto deja margen para la auto-legislación moral, en la medida en que una norma concreta resulta de aplicar el imperativo categórico (en sus diversas fórmulas)[18] a máximas auto-escogidas[19]. Ahora bien, si varias máximas satisfacen este criterio, ¿por qué debería una de ellas ser considerada como norma vinculante? Y si sólo una máxima es moralmente posible, no puede haber una elección individual. KANT, en cualquier caso, no ofrece una concepción de la autonomía como auto-legislación.

Los filósofos posteriores están preocupados principalmente por demostrar una ley moral objetiva. En la filosofía de FICHTE, uno encuentra el intento de derivar la validez de la ley moral a partir de la estructura del «yo» de los seres razonables[20], mientras que HEGEL trata de encontrar la moralidad objetiva *(Sittlichkeit),* no en la autonomía individual, sino en la racionalidad superior de las instituciones supraindividuales[21]. De tal suerte, la autonomía queda limitada a la capacidad para reconocer la ley moral y actuar de acuerdo con ella[22]. Y L. NELSON descarta explícitamente la creencia de que la autonomía implica subjetivismo, porque esto significaría que no podrían existir normas morales vinculantes[23].

Por el contrario, algunos autores rechazan la existencia de normas morales vinculantes, precisamente, como consecuencia de la idea de auto-legislación individual. Por ejemplo, G. RADBRUCH propone una concepción de la libertad que sólo permite justificar las normas de la propia conciencia de cada cual, pero no normas vinculantes para otros[24]. R. P. WOLF piensa que los principios morales universalmente válidos no se pueden justificar sobre la base de la autonomía individual, y que las normas morales sólo

---

te, al mismo tiempo en la determinación del arbitrio por la sola forma legislativa universal de que debe ser capaz una máxima [...]. Cuando la materia del querer —que no puede ser otra que el objeto de un apetito unido a la ley— se involucra con la ley práctica como condición de su posibilidad, resulta de ahí heteronomía del arbitrio» (*Crítica de la razón práctica,* Buenos Aires: Losada, 1961, p. 39).

[16] *Cfr.* KANT, 1996a: 4: 431, 432, 440, 461; 1996b: 5: 31. *Cfr.* también REATH, 2006: 92, y SCHNEEWIND, 1998: 6, 483.

[17] KANT, 1996a: 4: 428. *Cfr.* también KANT, 1996a: 4: 389, 408, 412, 414, 420, 447; BECK, 1960: 124; BAUMANN, 2001: 154 y ss., y SCHNEEWIND, 1998: 486.

[18] *Cfr.* PATON, 1958: 129; WOOD, 2006: 358, y REATH, 2006: viii-ix.

[19] *Cfr.* PATON, 1958: 183.

[20] *Cfr.* WILDT, 1982: 199.

[21] *Cfr.* HEGEL, 1975: § 135 *obs.,* que niega que el reconocimiento de la voluntad (en tanto que determinada por la ley moral) sea posible desde un punto de vista meramente moral. Esto se ajusta a una interpretación usual, aunque disputada, de Hegel. Para una visión contraria, vid. WILDT, 1982: 11, que defiende la tesis de que la filosofía de Hegel no implica una negación o devaluación de la autonomía individual sino que intenta mostrar que la validez objetiva no puede establecerse en el plano de la moralidad individual. En esta interpretación pueden encontrarse algunos paralelismos estructurales con el modelo de razonamiento autónomo propuesto más abajo.

[22] NELSON, 1970: 55; HEGEL, 1975: § 135 *obs.*; HABERMAS, 2002: 148; BAUMANN, 2001: 154; WOOD, 2006: 343. *Cfr.* también, a propósito de HEGEL, WILDT, 1982: 173, y, para una visión de conjunto, KAUFMANN, 1996: 269 y ss. *Cfr.,* por otra parte, SCHÖNECKER y WOOD, 2004: 143, 145, 159, quienes interpretan la autonomía como la instancia que establece las leyes que uno va a seguir.

[23] NELSON, 1970: 402 y ss.

[24] RADBRUCH, 1914: 68. *Cfr.* ADACHI, 2005: 88.

pueden resultar de las obligaciones libremente asumidas[25]. De manera semejante, R. BITTNER entiende que la autonomía individual y la obligatoriedad moral son incompatibles[26]. Y P. BAUMANN considera equívoca la idea de autonomía como auto-legislación individual, y concluye que no debería seguirse[27].

Pero también hay intentos de dar sentido a la idea de auto-legislación[28]. Concretamente, A. REATH ofrece una interpretación de KANT que plantea dos puntos interesantes: el primero es la distinción de la ley moral formal frente a las normas morales sustantivas, siendo estas últimas el terreno donde opera la autonomía; y el segundo es la remisión a un proceso deliberativo como criterio de validez, en lugar de a una norma determinada[29]. Hacer hincapié en este proceso, sin embargo, no supone una gran diferencia. Continúa habiendo un problema tanto si el proceso deliberativo puede tener más de un resultado como si conduce siempre a un único resultado. Si son posibles diferentes resultados, parece que ninguno de ellos podría considerarse como vinculante; y si sólo es posible un resultado, no puede haber elección autónoma[30].

La paradoja de la autonomía, en suma, no ha encontrado todavía una solución satisfactoria. Algunos autores niegan que tal paradoja exista[31], o no discuten el tema[32]; y otros consideran la autonomía individual como una simple metáfora[33] que se refiere a la autonomía política de las comunidades[34]. Pero se echa en falta una explicación plausible de cómo combinar las ideas de auto-legislación individual y moral vinculante.

## 3. ARGUMENTACIÓN AUTÓNOMA

Defenderé la idea de moral autónoma por medio de una determinada concepción de la argumentación autónoma. El problema de la idea de autonomía como auto-legislación es cómo puede uno estar vinculado por una norma cuya validez depende del juicio de uno mismo. Si uno puede decidir[35] qué norma es válida, obviamente esta norma no puede ser vinculante para la decisión que uno tome. Y como uno es libre de cambiar su propia visión normativa, tampoco puede estar vinculado por una decisión pre-

[25] WOLFF, 1973: 181, 219 y ss.

[26] BITTNER, 1983: 167.

[27] BAUMANN, 2001: 11.

[28] *Cfr.* PATON, 1958: 182 y ss.; BECK, 1960: 123; HILL, 1992: 76 y ss.; BRANDOM, 2005: 101 y ss., y NAGL-DOCEKAL, 2003: 307.

[29] REATH, 2006: 92 y ss.

[30] Cabría sostener que el resultado del proceso está abierto antes de que la decisión sea tomada, pero que, una vez tomada, la decisión es vinculante. Sin embargo, esto significaría que queda excluida una deliberación ulterior y que la decisión correspondiente es autoritativa. De donde la obligatoriedad o carácter vinculante se seguiría entonces de la autoridad, y no de la argumentación autónoma.

[31] BECK, 1960: 123.

[32] PIEPER, 1990: 61 y ss.; SCHÖNECKER y WOOD, 2004: 142-147; 153-161, 201, y WOOD, 2006: 342 y ss.

[33] PATZIG, 1994: 174, y BAUMANN, 2001: 11. *Cfr.* REATH, 2006: 93.

[34] PATZIG, 1994: 174, y BAUMANN, 2001: 11.

[35] Los términos «juicio autónomo» y «decisión autónoma» se usan aquí como sinónimos. El juicio autónomo incluye un elemento de elección o decisión, porque no está determinado por criterios ya dados, y la decisión autónoma incluye un elemento de juicio, porque es una decisión respecto de qué norma está justificada como moralmente válida.

via por la que consideró que una norma era válida. La dicotomía entre elección y obligatoriedad parece ineludible mientras concibamos la validez de las normas como algo parecido a su existencia objetiva. O bien una norma existe objetivamente, esto es, con independencia de su reconocimiento por parte de sus destinatarios, y en tal caso no hay autonomía, o bien la norma no existe objetivamente, en cuyo caso no puede ser vinculante para éstos. ¿Hay alguna alternativa a esta dicotomía? Si hemos de ser capaces de encontrarla, debemos evitar ciertas asunciones comunes.

1. No debemos presuponer que las normas morales existen independientemente de su reconocimiento por parte de agentes autónomos. Por consiguiente, en el plano de la argumentación normativa debemos evitar el compromiso con el realismo moral[36].

2. Debemos rechazar la idea de que los argumentos normativos implican pretensiones de corrección moral en sentido cognitivo. Los agentes autónomos deben presentar argumentos normativos acerca de qué norma debería considerarse válida, pero no pueden establecer individualmente normas que sean vinculantes para otros agentes autónomos. Por lo tanto, no pueden pretender conocer por sí mismos lo que sea moralmente correcto[37].

3. Debemos evitar tanto una interpretación descriptiva como una interpretación prescriptiva de las oraciones normativas usadas como argumentos normativos[38]. De acuerdo con una interpretación descriptiva, las oraciones normativas expresan enunciados o proposiciones normativas. Los enunciados normativos implican la pretensión de que la norma enunciada existe. Sin embargo, en el curso de su argumentación, los agentes autónomos no pueden elevar tal pretensión razonablemente, porque no pueden presuponer la existencia de una norma sin considerar las visiones normativas de otros agentes autónomos. En sus argumentos, sólo pueden elevar pretensiones acerca de qué norma *debería ser aceptada* como válida[39]. Y también debemos evitar una inter-

[36] Esto no excluye el realismo moral, tomado en el sentido de que existen normas social o institucionalmente establecidas (*cfr.* SEARLE, 1997). Pero esta forma de realismo no tiene relevancia directa para la argumentación normativa.

[37] Por tanto, en la argumentación autónoma los agentes no pueden elevar pretensiones de corrección en el sentido en que se las atribuye R. ALEXY. Sobre la tesis de la corrección, *cfr.* ALEXY, 1989, 1996: 209 y ss. *Cfr.* también mi crítica, así como la réplica de ALEXY, en PAVLAKOS, 2007. La relación entre las pretensiones cognitivas y la justificación procedimental también se discute en NINO, 1997: 165, quien insiste en la incompatibilidad entre ambas, pero empleándola como un argumento en contra de la teoría del discurso. RAWLS propone un principio de abstinencia epistémica, si bien sólo para la teoría política. En contra de este principio, RAZ, 2001: 74 y ss.

[38] Las teorías de la norma se dividen usualmente en concepciones descriptivas y prescriptivas de las normas (*cfr.* STUHLMANN-LAEISZ, 1983; 23; VON WRIGHT, 1970: 119 y 146, y ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 173. No obstante, conviene notar que la concepción descriptiva de las oraciones normativas es ambigua: una interpretación, que es la que está en juego aquí, se refiere a oraciones normativas que describen normas válidas normativamente; y otra entiende las proposiciones normativas como enunciados descriptivos de que una norma ha sido promulgada (VON WRIGHT, 1970: 119 y 146), o como enunciados que contienen información sobre normas o sobre sus implicaciones (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1974: 173). Éstos son enunciados descriptivos de hechos empíricos, no de normas. Los enunciados descriptivos sobre normas carecen de interés para el presente análisis del razonamiento normativo.

[39] Por consiguiente, el concepto de argumentos normativos difiere de la forma habitual de entender los argumentos como conjuntos de premisas de los que se deduce cierto resultado. Los argumentos normativos son prácticos por cuanto exigen una determinada acción, en particular que una norma concreta se acepte como definitivamente válida. La razón en favor de tal aceptación es que esa acción está exigida. Esta visión parece ser especialmente adecuada para una concepción procedimental de la argumentación en la que ésta se conciba como un tipo de actividad cuyos resultados no se siguen de inferencias lógicas, sino que son establecidos mediante actos de argumentación.

pretación prescriptiva de las oraciones normativas usadas como argumentos normativos, porque los agentes autónomos no están en condiciones de establecer prescripciones frente a otros agentes autónomos.

En una palabra, al analizar la argumentación autónoma, el primer paso es olvidar todas las discusiones habituales sobre las normas y el razonamiento normativo. En su lugar, deberíamos analizar qué sucede cuando los agentes autónomos aducen argumentos normativos en un intento de establecer nuevas normas como válidas y vinculantes[40].

### 3.1. La estructura de la argumentación autónoma

El núcleo de la argumentación autónoma radica en la ponderación de argumentos normativos basados en los intereses de agentes autónomos[41]. Los argumentos normativos exigen un resultado concreto de esta ponderación, un resultado consistente en un juicio normativo que establece que una cierta norma es definitivamente válida[42] y, por tanto, ha de ser aplicada y observada. Un ejemplo ilustrará la estructura de este razonamiento, incluyendo los elementos precisos para definir la autonomía como auto-legislación.

#### *3.1.1. Un ejemplo*

Consideremos un caso en el que la caricatura de un líder religioso ofende a los miembros de su confesión. La situación normativa es como sigue. Algunos agentes pretenden que cualquiera debe tener el derecho a la libertad de expresión, una pretensión basada en un interés en la libertad de comunicar actitudes y opiniones. Otros agentes pretenden que los actos ofensivos para los sentimientos religiosos deben estar prohibidos, una pretensión basada en un interés en proteger los sentimientos religiosos. Cada una de las pretensiones constituye un argumento normativo válido. En el caso de las expresiones ofensivas para los sentimientos religiosos, esas pretensiones entran en conflicto porque exigen la validez de dos normas que no pueden ser, ambas a la vez, definitivamente válidas. Por tanto, se debe establecer una prioridad sobre la base de una ponderación de las pretensiones en conflicto cuyo resultado determine qué norma es válida definitivamente. Por ejemplo, el resultado podría ser que las expresiones ofensivas para los sentimientos religiosos deben permitirse si forman parte de un debate sobre asuntos públicos. Aunque también son posibles otros resultados, por supuesto.

---

[40] Conviene notar, sin embargo, que no toda instancia de razonamiento normativo constituye un razonamiento autónomo en este sentido, ya que las normas establecidas se podrían aplicar sin discutir su validez.

[41] *Cfr.* SIECKMANN, 1992: 296; 2006.

[42] Validez definitiva significa que una norma es resultado de una ponderación de todos los argumentos e informaciones relevantes. Es decir, la validez definitiva marca la transición desde la argumentación al establecimiento de una norma que guía directamente la conducta. Siendo más exactos, el resultado de la ponderación incluye dos elementos: primero, un juicio normativo de que una norma en concreto *debe ser* definitivamente válida; y, segundo, un enunciado normativo de que una norma *es* definitivamente válida.

### *3.1.2. Características de la argumentación autónoma*

El ejemplo de ponderación esbozado antes muestra cuatro características de la argumentación autónoma.

1. El resultado de la ponderación no puede inferirse a partir de normas ya dadas, sino que debe ser establecido mediante un juicio autónomo.

Si hubiera que decidir el caso de acuerdo con normas preestablecidas, no quedaría espacio para la autonomía[43]. De ahí que la argumentación autónoma sea opuesta al razonamiento interpretativo[44]. También se opone a las concepciones que consideran la ponderación de argumentos como alguna forma de cálculo[45]. De nuevo, si hubiese suficiente información disponible para efectuar dicho cálculo, tampoco quedaría margen para una decisión o elección autónoma. Es importante, pues, distinguir la argumentación autónoma tanto respecto de la interpretación como del cálculo.

2. Los argumentos normativos son resultado de pretensiones que elevan los agentes autónomos basándose en sus intereses.

El esquema de tales pretensiones es que uno quiere que una norma sea válida y, por tanto, exige o pretende que debe ser válida. Las pretensiones basadas en intereses son legítimas, y constituyen argumentos normativos válidos, sencillamente, porque un agente autónomo ha elevado esa pretensión[46]. No se requiere ninguna justificación adicional[47]. La validez como argumento normativo implica que todos los demás agentes están obligados a dar la debida consideración a este argumento en su razonamiento[48]. No obstante, hay límites a la validez de tales argumentos. Los argumentos normativos sólo pueden exigir aquellos resultados de la ponderación que sean posibles. Y dado que los resultados dependen de los juicios de agentes autónomos, sólo son posibles aquellos que sean razonablemente aceptables para todos los demás agentes. Por tanto, rige aquí un criterio de universabilidad. En general, uno no puede negar la relevancia de los intereses de otros agentes autónomos para una argumentación, y tampoco

---

[43] Cabría objetar que los conflictos pueden resolverse mediante reglas ya establecidas. Por ejemplo, los tribunales podrían haber establecido una regla conforme a la cual el derecho a la libre expresión tiene prioridad sobre derechos contrapuestos cuando la expresión constituye una contribución adecuada al debate de los asuntos públicos, y entonces podría argumentarse acerca de lo que haya de contar como «adecuado» en este contexto. Sin embargo, la respuesta a esta cuestión ya no habría sido establecida por la mencionada regla, e incluso aun cuando lo hubiera sido, la regla podría cuestionarse ante cualquier nuevo caso. Por tanto, sigue tratándose de un problema de ponderación.

[44] Esto es así en la medida en que la interpretación se entienda dirigida a determinar el significado ya existente de una norma. La argumentación autónoma no excluye aquellas concepciones que consideran la interpretación como atribución de significado a las oraciones o a otras entidades lingüísticas. Tal atribución de significado puede ser resultado de una ponderación de argumentos normativos.

[45] *Cfr.* ALEXY, 2002. La argumentación autónoma es compatible con las reglas de la ponderación correcta, pero presupone que tales reglas no determinan el resultado de la ponderación.

[46] Esto no niega la posibilidad de relaciones más complejas entre intereses y argumentos normativos. Pero una simple pretensión basada en intereses, cuando es legítima, resulta suficiente para constituir un argumento normativo.

[47] Frente a lo que sostiene NINO, 1989: 268, uno no necesita justificar el propio interés para construir argumentos normativos válidos.

[48] Por consiguiente, la argumentación autónoma implica un poder normativo en el sentido de Hohfeld, que capacite a los agentes autónomos para crear obligaciones argumentativas para otros agentes. Sobre HOHFELD, *cfr.* ALEXY, 1993: 202 y ss.

puede transformar un interés en un argumento normativo cuando dicho interés persigue, por su propio contenido, una injerencia injustificada en los intereses de otros agentes. Por ejemplo, los intereses en el asesinato, la violación o el robo no pueden constituir argumentos normativos válidos que otros agentes tengan que considerar en su deliberación.

3. Los argumentos normativos incluyen exigencias de validez, esto es, demandan que una norma concreta sea aceptada como definitivamente válida.

El *quid* de la argumentación autónoma es qué norma debería aceptarse como resultado de la argumentación. Por consiguiente, los argumentos normativos incluyen exigencias de que una norma concreta sea aceptada como resultado de la argumentación, luego incluyen exigencias de que una norma concreta sea definitivamente válida. Empleando «O» para expresar el operador deóntico «deber», «$VAL_{DEF}$» como predicado para «es válido definitivamente», y «$N_i$» como variable para las instancias particulares de normas, los argumentos normativos presentan esta estructura:

$$O\ VAL_{DEF}\ N_i$$

Es importante que tales exigencias de validez no se interpreten como proposiciones o enunciados normativos. Pues para contar como argumento dentro de una ponderación de argumentos en conflicto, un argumento normativo ha de reconocer la validez de los argumentos contrapuestos al tiempo que mantiene su fuerza argumentativa en la situación de conflicto. Esto es, los argumentos normativos no sólo deben ser objetos de la ponderación, sino que deben contar también como razones dentro de la ponderación[49]. Esto no sería posible si los argumentos normativos tuviesen el carácter de enunciados o proposiciones[50]. Por el contrario, las exigencias de validez mantienen su validez como argumentos a favor de un resultado concreto incluso en una situación de conflicto con otros argumentos normativos.

4. La estructura de las exigencias de validez implica que los juicios normativos incluyen la pretensión de que el resultado establecido es normativamente necesario.

Por consiguiente, los agentes autónomos elevan la pretensión *de la necesidad normativa* de sus juicios:

NN) Cualquiera que sea la norma que un agente, a resultas de la ponderación de argumentos normativos contrapuestos, establezca como definitivamente válida, debe pretender que la validez de dicha norma está exigida por el argumento más fuerte.

Esta pretensión de necesidad normativa es crucial para la estructura de la autonomía. En el ejemplo anterior, el posible resultado de la ponderación —conforme al cual las expresiones ofensivas para los sentimientos religiosos deben estar definitivamente

[49] Por tanto, los argumentos normativos deben distinguirse de los mandatos de optimización, así como de los mandatos que deben ser optimizados —en el sentido de ALEXY, 1993: 86-87, y 2003: 294 y ss.

[50] Uno podría pedir una caracterización positiva de la estructura lógica y del tipo de validez de los argumentos normativos, más allá de la diferencia pragmática entre usar una oración normativa para construir un argumento y usarla para enunciar el resultado de una argumentación. La respuesta es que los argumentos normativos tienen la estructura de mandatos reiterativos de validez, esto es, de conjuntos de mandatos de validez en los que cada mandato de validez está respaldado por otro de orden superior. Véase, al respecto, más detalladamente, SIECKMANN, 2005.

permitidas si forman parte de un debate sobre asuntos públicos— estará, pues, amparado por el argumento a favor de la libre expresión que exige que la expresión debe estar permitida definitivamente. El argumento a favor de la libre expresión también exige, entonces, la validez de la norma condicional resultante.

Cuando un agente considera como definitivamente válida una norma, cualquiera que sea, debe pretender también que este juicio es normativamente necesario. La norma se acepta como válida porque *debe ser* válida. Incorpora una pretensión de validez normativa en el sentido de que ha de ser aplicada y observada, y pretende ser, por consiguiente, un acto de legislación.

El agente considerará su decisión como libre porque no se deduce de normas ya dadas. Él podría haber decidido de manera diferente. Pero siempre que mantenga su actual visión normativa, debe considerar que su decisión está normativamente vinculada, y que la norma resultante es válida en el sentido de que debe ser aplicada y observada. De ahí que los juicios basados en la ponderación de argumentos normativos sean libres, pero pretendan expresar al mismo tiempo aquello que está exigido normativamente. Por tanto, muestran cómo puede uno entenderse a sí mismo como autolegislador, esto es, como alguien que establece una norma válida mediante su propia decisión.

### 3.2. La definición de autonomía

Ahora podemos definir el concepto de autonomía más precisamente. La idea general de autonomía como auto-legislación puede formularse como sigue:

A) «Autonomía» significa establecer la validez definitiva de una norma mediante el juicio normativo de uno mismo.

Esta definición no dice que uno establezca una norma vinculante para sí mismo, como pudiera sugerir cierta forma de entender la idea de auto-legislación. Los juicios normativos pretenden establecer una norma que debería ser aplicada y observada por todos sus destinatarios. Limitar la autonomía a establecer una norma sólo para uno mismo no se ajustaría al carácter general o universal de la justificación normativa. Si tal justificación ha de ser válida, no puede referirse a individuos particulares. Una restricción de la validez de las normas establecidas autónomamente se logra sólo a través de la autonomía de los demás agentes. Pero esto es un problema que atañe ya a la validez objetiva u obligatoriedad de la normas, y que será abordado más adelante.

Conforme al análisis anterior, la autonomía es un rasgo del proceso de toma de decisiones o formación de juicios normativos. Una decisión normativa establece que una norma es definitivamente válida. Y como aquélla resulta de la ponderación de argumentos normativos, un agente tiene autonomía si está en la posición de tomar una decisión normativa basada en la ponderación de argumentos normativos. Tal decisión se encuentra vinculada por argumentos, pero no está determinada, en cuanto al resultado, por criterios ya dados. Se puede definir la autonomía de un agente de este modo:

AA) Un agente tiene autonomía si está en la posición de tomar una decisión normativa que no esté determinada en cuanto a su resultado, sino vinculada por argumentos normativos.

Por consiguiente, la autonomía, como *estructura decisoria* específica, queda caracterizada en términos de balance o ponderación de argumentos normativos[51]:

AB) Existe autonomía si alguien está en la posición de tomar una decisión normativa que no está determinada en cuanto a su resultado, sino vinculada por argumentos normativos.

Se debe distinguir este concepto de autonomía respecto de la autonomía en el sentido de la capacidad y el derecho a decidir autónomamente. La autonomía como *capacidad* requiere que un agente sea capaz de tomar decisiones autónomas, esto es, que sea consciente de que debe establecer prioridades entre pretensiones o argumentos normativos contrapuestos, y que sea capaz de ponderar estos argumentos correctamente. El *derecho* a tomar decisiones autónomamente es un tema demasiado complejo como para ser discutido aquí, pero lo que resulta de especial interés para el siguiente análisis de la validez objetiva es que implica una obligación, de parte de todos los agentes autónomos, de considerar en su razonamiento los argumentos normativos y los juicios aducidos por todos los demás agentes autónomos. Por consiguiente, no se pueden establecer las normas definitivamente válidas sin atender a los juicios y argumentos normativos de cada agente autónomo. En este sentido, ningún agente autónomo está sujeto a los juicios normativos de los otros agentes, y todos tienen igual posición o estatus. El derecho a no estar sujeto a los juicios normativos de otros agentes, sin embargo, suscita dudas acerca de que puedan establecerse normas vinculantes por medio de la argumentación autónoma.

## 4. AUTONOMÍA Y OBJETIVIDAD

La concepción de autonomía planteada aquí muestra cómo los agentes autónomos pueden entenderse a sí mismos como autolegisladores, esto es, como sujetos que mediante una decisión o elección libre establecen una norma que consideran vinculante. Esta pretensión, no obstante, posee tan sólo validez subjetiva, pues explica simplemente las exigencias o pretensiones normativas del propio agente, sin que nadie más resulte vinculado por ellas. Queda por resolver la cuestión de si la argumentación autónoma puede establecer la validez objetiva de normas, o si resulta en efecto incompatible con la idea de moralidad objetiva o con la de normas generalmente vinculantes. Antes de abordar esta cuestión es preciso clarificar el significado de la validez objetiva; después de hacerlo, discutiré cómo, y en qué sentido, puede la argumentación autónoma establecer la validez objetiva de normas o de juicios normativos.

[51] Esta definición de autonomía no requiere que los argumentos normativos estén basados en intereses individuales. El punto crucial es la ponderación de argumentos normativos. No obstante, si los argumentos normativos que han de ponderarse no se establecen mediante pretensiones basadas en intereses, la concepción de la argumentación autónoma queda incompleta.

### 4.1. Concepciones de la objetividad

A efectos del presente análisis, nos interesan las concepciones estrictas y mínimas de la objetividad[52]. Validez objetiva en sentido estricto quiere decir necesidad racional; exige, pues, que cualquier agente razonable debe reconocer como válida la norma o juicio en cuestión. La objetividad en sentido estricto excluye la autolegislación individual, porque la validez de una norma está ya determinada por criterios dados. Las normas que cualquier agente razonable debe reconocer como válidas no se establecen mediante un razonamiento autónomo, sino que actúan como restricciones al mismo.

Validez objetiva en un sentido mínimo significa que la aceptación de una norma o juicio no es meramente subjetiva; se requiere que la validez sea, de algún modo, *independiente de la aceptación* individual. Esta independencia puede reflejarse en un sentido negativo o en un sentido positivo. Negativamente, una norma podría no ser válida a pesar de ser aceptada individualmente como tal, como por ejemplo cuando un juicio normativo individual es sometido a la crítica racional y se muestra que es incorrecto. Positivamente, una norma podría ser válida pese a no ser individualmente aceptada como válida. La objetividad, en este sentido, significa que la norma en cuestión es *vinculante* para sus destinatarios.

Los juicios autónomos cumplen algunos requisitos mínimos de validez objetiva. Son objetivos en el sentido negativo de que están sujetos a crítica racional de acuerdo con los estándares de la ponderación correcta[53]. Por consiguiente, su corrección puede evaluarse conforme a criterios que son independientes del juicio individual mismo.

Los juicios autónomos incluyen, además, una exigencia o pretensión de necesidad normativa. Esta pretensión es una pretensión de objetividad en el sentido positivo de la obligatoriedad o carácter vinculante, pero es una pretensión válida sólo subjetivamente. Así y todo, permite aplicar aquellos requisitos de justificación racional de normas que deben cumplirse si la pretensión de validez objetiva ha de ser justificada. Por tanto, la pretensión de necesidad normativa amplía la posibilidad de crítica racional.

Queda aún por tratar, sin embargo, la interesante cuestión de si la argumentación autónoma puede establecer normas que sean objetivamente válidas en el sentido positivo de ser vinculantes para sus destinatarios.

### 4.2. Establecimiento de normas vinculantes

De acuerdo con el análisis precedente, el carácter vinculante u obligatoriedad de una norma se define como sigue:

V) Una norma es vinculante para un individuo destinatario de la misma si es válida con independencia de la aceptación de su validez por parte de dicho individuo.

---

[52] Aquí no son relevantes otras concepciones de la objetividad, en particular la de objetividad como verdad y la de objetividad como referencia a un mundo externo.

[53] En especial, los juicios autónomos se basan en premisas empíricas relativas a los intereses individuales y a cómo éstos resultan afectados por las opciones normativas alternativas. Sobre los criterios de la ponderación correcta, véase ALEXY, 2002, y SIECKMANN, 2006.

Una característica central de la argumentación autónoma es que no pueden establecerse normas vinculantes por medio de un razonamiento individual[54]. Puesto que la autonomía incluye el derecho al propio juicio normativo, ningún agente puede, sólo mediante su juicio normativo individual, pretender o exigir que una norma sea vinculante para un agente que rechaza la validez de dicha norma. Por consiguiente, vale la siguiente tesis:

VI) Los juicios normativos individuales no pueden pretender que una norma sea vinculante para otros agentes.

Si ha de ser posible establecer normas vinculantes, serán necesarias la argumentación autónoma colectiva y la aceptación colectiva de tales normas por parte de agentes autónomos. Tienen que considerarse, en este punto, dos formas de aceptación: el consenso y la convergencia.

### *4.2.1. El criterio del consenso*

Uno podría pensar que el consenso es el criterio relevante para la obligatoriedad de las normas, porque representa no sólo el grado más alto de aceptación de una norma, sino también la única manera de evitar que un agente esté sujeto a una norma en contra de su voluntad. El consenso, sin embargo, no puede establecer una norma vinculante para los agentes autónomos[55], toda vez que cualquier agente que haya consentido en esa norma podría cambiar de parecer y rechazar su validez, destruyendo con ello el consenso.

### *4.2.2. El criterio de la convergencia*

Una alternativa al consenso es el criterio de la convergencia razonable. La convergencia de los agentes autónomos acerca de la validez de una norma consiste en la aceptación mayoritaria y creciente de esa norma por parte de dichos agentes.

Por ejemplo, en un conflicto entre la libertad de expresión y la protección de los sentimientos religiosos, algunos agentes podrían conceder una prioridad incondicional

---

[54] Siendo más precisos, deben distinguirse dos tipos de juicio normativo individual: los juicios de primer orden resultantes de la ponderación de pretensiones basadas en intereses, y los juicios de segundo orden que abordan la cuestión de qué norma debe ser definitivamente válida en relación con las visiones normativas contrapuestas de otros agentes autónomos. Cabría denominar juicios «consideradas-todas-las-cosas» a los primer tipo, y juicios «consideradas-todas-las-perspectivas» a los del segundo. Como nadie puede, por sí solo, establecer una norma válida para otros agentes autónomos, un juicio relativo a qué norma es definitivamente válida debe tomar en cuenta las visiones normativas de otros agentes autónomos y sólo puede ser, por tanto, un juicio de segundo orden. Seguirá siendo, no obstante, un juicio normativo individual sobre la validez definitiva, pero no la constatación de una norma vinculante y por tanto objetivamente válida.

[55] Esto vale también para otras variantes del criterio del consenso, como el criterio de que cualquier agente razonable podría posiblemente consentir en una norma, o el criterio de que cualquier agente razonable consentiría en la norma. El primero es demasiado débil para establecer una norma vinculante, porque varias normas incompatibles podrían cumplir este criterio. El segundo, si se usa como criterio de validez normativa y no como predicción empírica, presupone criterios que determinan el resultado de una forma que excluye la autonomía como auto-legislación.

a la libre expresión; algunos otros conceder una prioridad incondicional a la protección de los sentimientos religiosos, y la mayoría de ellos conceder una prioridad condicional a la libre expresión cuando concurre una causa adecuada a favor de la libertad de expresión, pero conceder dicha prioridad a la protección de sentimientos religiosos si la expresión trata sólo de ofender o ridiculizar. Dada esta distribución de opiniones, y en la medida en que una norma vinculante común parece ser necesaria aquí, algunos agentes pueden llegar a aceptar, como norma a la que debería asignarse validez definitiva, una solución intermedia. Cuando esto ocurre, aumenta el apoyo a la solución intermedia, lo que posiblemente motivará aún a más agentes a aceptarla.

De tal modo, puede reforzarse la tendencia a la aceptación creciente de un cierto resultado. Para establecer una norma vinculante, esta convergencia debe asimismo ser razonable, esto es, debe ser el resultado de un proceso de reflexión intersubjetiva que no sólo incluya una ponderación individual correcta, sino también la consideración recíproca de las concepciones normativas de otros agentes autónomos[56]. De acuerdo con esto, podemos introducir la siguiente definición de convergencia razonable[57]:

CR) Una norma está apoyada por convergencia razonable si una mayoría creciente de los agentes afectados acepta la norma como válida sobre la base de un proceso de reflexión intersubjetiva.

### 4.3. Objetividad y convergencia

¿En qué sentido y hasta qué punto puede establecer objetividad la convergencia razonable? Dado que ésta constituye una forma de validez objetiva, las perspectivas de los partidarios y de los oponentes de una norma difieren en este punto.

Los partidarios de una norma respaldada por convergencia pretenderán que esta norma es vinculante para ellos y que, desde su punto de vista, es válida con independencia de los juicios de agentes individuales. Aunque alguien cambiase de opinión, ello no afectaría a la validez de la norma respaldada por convergencia. Por lo tanto, cabe sostener la siguiente tesis:

VC) Los destinatarios de normas que apoyan una norma respaldada por convergencia razonable pretenderán que esta norma sea vinculante para ellos.

La convergencia razonable, sin embargo, es insuficiente para sustentar la pretensión de que una norma es vinculante para quienes se oponen a ella y rechazan su validez. Por ejemplo, restringir la libertad de expresión, como forma de protección frente

[56] Una idea similar propone RAWLS, 1998; 88, n. 17. El requisito de la reflexión intersubjetiva es crucial para esta definición. Sin esa reflexión intersubjetiva, la aceptación general de una norma no proporciona una razón para seguir la norma. Si, por el contrario, una norma está apoyada por convergencia razonable, hay al menos una razón para considerarla vinculante. La tendencia creciente a apoyar una determinada norma podría revertirse mediante contraargumentos, o por cambios en las circunstancias relevantes para la justificación. Pero si no hay argumentos que puedan revertir una tendencia creciente y estable a la aceptación, la norma queda justificada de acuerdo con el criterio de convergencia razonable.

[57] En SIECKMANN, 2003, he introducido un criterio para determinar la fuerza de la aceptación racional. El criterio de convergencia razonable no intenta ser un criterio diferente, pero lleva al punto de la argumentación más relevante aquí.

a los insultos contra las creencias religiosas, puede estar respaldado por convergencia razonable; pero así y todo, alguien podría sostener razonablemente, después de considerar todos los argumentos y diferentes visiones normativas sobre el tema, que la ponderación correcta entre la libre expresión y la protección de la religión debería permitir incluso tales insultos. Para quien sostenga esto, el hecho de la convergencia razonable constituirá sólo un argumento en sus deliberaciones. Pero si, en contra de este argumento, niega razonablemente la validez definitiva de la norma, la convergencia razonable tampoco podrá servir como argumento para que la norma que rechaza sea vinculante para él. Una pretensión semejante no lograría respetar su autonomía.

La pretensión de que una norma es vinculante incluso para quienes no la aceptan requiere, entonces, una justificación adicional. Cabría mostrar que los agentes deben aceptar la convergencia razonable como criterio último de validez, y que deben por tanto restringir su autonomía individual. Esto puede resultar apropiado con respecto a la validez jurídica, pues el Derecho no es un asunto de autonomía individual, sino que pretende proporcionar normas colectivamente vinculantes. Aquí, sin embargo, no continuaré por esta línea de argumentación.

En lugar de eso, cabría defender que quienes se oponen a una norma, aunque rechacen su obligatoriedad, deben aceptar razonablemente la *corrección de la pretensión de obligatoriedad* que elevan los partidarios de dicha norma. Esta conclusión se basa en dos tesis: 1) La condición de convergencia razonable excluye la obligatoriedad de las normas que compiten con las normas apoyadas, pero no establece la obligatoriedad de éstas, ya que puede darse el caso de que ninguna de las normas en conflicto pueda imponerse como vinculante. Sin embargo, 2) esta posibilidad queda excluida si se necesita una norma vinculante común[58], en cuyo caso se debe establecer una norma que sea obligatoria para todos los agentes. Incluso aquellos que rechazan una norma respaldada por convergencia razonable tienen que reconocer entonces la corrección de la pretensión de que dicha norma es vinculante. De aquí resulta la siguiente tesis:

VCN) Se puede pretender correctamente que una norma sea vinculante incluso para quienes no la aceptan si se satisfacen dos condiciones:

1. Que la norma esté respaldada por convergencia razonable.
2. Que sea necesario tener una norma vinculante común[59].

Esta pretensión de obligatoriedad se sigue de un razonamiento correcto, de modo que está *justificada objetivamente* en sentido estricto[60]. Cualquiera debe reconocer la corrección de la pretensión de que la norma respaldada por convergencia razonable es vinculante si se necesita una norma común. Conviene notar, con todo, que la corrección de la pretensión de obligatoriedad no equivale a la objetividad en el sentido de que cualquier agente razonable deba aceptar la norma como vinculante. Los que se oponen

[58] Esto se corresponde con la tesis liberal de que las normas no se pueden justificar meramente sobre la base de concepciones de la vida buena, sino sólo si es necesario para regular conflictos entre individuos.

[59] La necesidad de tener una norma vinculante común es un problema normativo, como el de la validez de una norma, sobre el que puede discutirse. Este tipo de discusión se puede encontrar, por ejemplo, a propósito de la demarcación de los asuntos públicos y privados.

[60] La justificabilidad o corrección de una pretensión de obligatoriedad significa que se cumplen todos los requisitos de la argumentación racional; equivale a una pretensión de posibilidad discursiva (*cfr.* ALEXY, 1989) o defendibilidad de la pretensión de validez objetiva —que, sin embargo, no es análoga a la verdad.

a ella pueden seguir haciéndolo y criticar el juicio generalmente aceptado con la pretensión de que una norma rival sea reconocida como válida[61].

## 5. CONCLUSIÓN

La autonomía puede definirse como una estructura de decisión normativa que consiste en establecer un juicio normativo que resulta de la ponderación de argumentos normativos. Por consiguiente, la autonomía es un concepto formal relativo a una estructura particular de justificación normativa que incluye tres elementos básicos.

1. El juicio individual de agentes autónomos como criterio de validez normativa. La argumentación autónoma presupone que ninguna norma válida determina el tema en cuestión. Por lo tanto, la validez de las normas sólo puede establecerse mediante juicios individuales de agentes autónomos.
2. Argumentos normativos basados en intereses individuales. Los agentes autónomos pueden efectuar exigencias o pretensiones normativas basadas en sus legítimos intereses, pretensiones que cuentan como argumentos normativos en la argumentación autónoma. No puede negarse la relevancia de tales argumentos, porque si las pretensiones basadas en sus propios intereses se consideran irrelevantes, los agentes no tendrán ninguna razón para aceptar una argumentación como procedimiento justificatorio.
3. Juicios normativos basados en la ponderación de argumentos normativos. Cuando los argumentos normativos entran en conflicto unos con otros, los agentes autónomos deben establecer prioridades entre exigencias o pretensiones rivales para determinar una norma definitivamente válida. Deben formar juicios normativos y pretender que éstos vienen exigidos por los argumentos más fuertes. En este sentido, debe pretenderse que los juicios normativos autónomos son normativamente necesarios.

Conjuntamente, la indeterminación de la ponderación y la pretensión de que los juicios normativos son normativamente necesarios implican que el juicio de una persona debe entenderse como libre, puesto que no puede ser derivado de normas ya dadas, pero al mismo tiempo como un juicio que establece una norma válida que debe ser aplicada y observada. Por lo tanto, entraña una decisión autónoma en el sentido de la autolegislación individual.

Asimismo, si se requiere una norma vinculante común y una norma concreta está apoyada por la convergencia razonable de agentes autónomos, entonces los agentes que la apoyan pretenderán que esta norma es vinculante para ellos, y que está objetivamente justificado, además, que extiendan esta pretensión incluso a quienes rechazan la validez de la norma.

Para concluir, me gustaría hacer algunas anotaciones. El concepto de autonomía, en el sentido formal definido más arriba, no está restringido a la autonomía moral, sino que es aplicable a cualquier decisión normativa en la que un agente deba establecer un

[61] Esto cuadra con la tesis de que uno no puede demostrar la validez de una ley penal ante un delincuente de conciencia o por convicción, por más que pueda obligársele a aceptar la condena. Acerca de este problema, véase RADBRUCH, 1999: 101-102.

juicio normativo basándose en la ponderación de argumentos normativos. Puede aplicarse, por ejemplo, a los conflictos de competencias entre órganos jurídicos o a los conflictos entre sistemas jurídicos opuestos. Además, la autonomía en sentido formal no presupone que todas las posiciones y visiones normativas de los agentes autónomos hayan de respetarse *por igual.* El modelo de razonamiento autónomo podría funcionar sin esta presuposición. Sin embargo, salvo que se preste igual consideración a todos los agentes autónomos[62], no es posible pretender correctamente que las normas sean vinculantes para ellos. Por último, convendría reparar también en que la concepción formal de la autonomía propuesta aquí no guarda una relación conceptual con el concepto de dignidad humana. Aunque es normal que los agentes autónomos consideren la autonomía como un valor último, e incluso como el valor absoluto, ello no es necesario. Y no hay ninguna razón para circunscribir la dignidad humana a aquellos que poseen la facultad de la autonomía. No obstante, estos temas quedan más allá del propósito de este trabajo.

*(Traducción de Daniel Oliver Lalana)*

## BIBLIOGRAFÍA

ADACHI, H., 2005: *Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung zur Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs,* Baden-Baden: Nomos.

Alchourrón, C. E., y Bulygin, E., 1974: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Buenos Aires: Astrea.

Alexy, R., 1989: *Teoría de la argumentación jurídica,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— 1993: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— 1996: «Discourse Theory and Human Rights», en *Ratio Juris,* 9, pp. 209-235 [«Teoría del discurso y derechos humanos», en *Teoría del discurso y derechos humanos,* Bogotá: Univ. Externado, 1995, pp. 63-138].

— 2002: «Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 66, pp. 13-64.

— 2003: «On the Structure of Legal Principles», en *Ratio Juris,* 16, pp. 294-304 [«Sobre la estructura de los principios jurídicos», en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* Bogotá: Univ. Externado, 2003, pp. 93-137].

ALLISON, H. E., 2006: «Kant on the Freedom of the Will», en P. GUYER (ed.), *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy,* Cambridge: Cambridge Univ. Press, pp. 381-415.

BAUMANN, P., 2001: *Die Autonomie der Person,* Paderborn: Mentis.

BECK, L. W., 1990: *A Commentary on Kant's Critique of Practical Reason,* Chicago & London: Chicago Univ. Press.

BITTNER, R., 1983: *Moralisches Gebot oder Autonomie?,* Freiburg/München: Alber.

BRANDOM, R. B., 2005: *Hacerlo explícito: razonamiento, representación y compromiso discursivo,* Barcelona: Herder.

DWORKIN, R., 1984: *Los derechos en serio,* Barcelona: Ariel.

[62] Sobre este requisito, *cfr.* DWORKIN, 1984.

HABERMAS, J., 1998: *Facticidad y validez,* Madrid: Trotta.

— 2002: *Verdad y justificación,* Madrid: Trotta.

HEGEL, G. W. F., 1975: *Principios de la Filosofía del Derecho,* Buenos Aires: Ed. Sudamericana.

HILL, Th. E. Jr., 1992: *Dignity and Practical Reason,* Ithaca NY: Cornell Univ. Press.

KANT, I., 1996a, «Groundwork of The Metaphysics of Morals», en *Practical Philosophy. The Cambridge Edition to the Works of Immanuel Kant,* trad. y ed. por M. J. GREGOR, Cambridge *et al.*: Cambridge Univ. Press [*Fundamentación de la metafísica de las costumbres,* Madrid: Tecnos, 2005].

— 1996b, «Critique of Practical of Reason», en *Practical Philosophy. The Cambridge Edition to the Works of Immanuel Kant,* trad. y ed. por M. J. GREGOR, Cambridge *et al.*: Cambridge Univ. Press [*Crítica de la razón práctica,* Buenos Aires: Losada, 1961].

KAUFMANN, M., 1996: *Rechtsphilosophie,* Freiburg/München: Alber.

MELE, A. R., 1995: *Autonomous Agents. From Self-Control to Autonomy,* Oxford: Oxford Univ. Press.

NAGL-DOCETAL, H., 2003: «Autonomie zwischen Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung», en H. PAUER-STUDER y H. NAGL-DOCETAL (eds.), *Freiheit, Gleichheit, Autonomie,* Wien/Berlin: Oldenbourg-Akademie Verlag, pp. 296-326.

NELSON, L., 1970: *System der philosophischen Ethik und Pädagogik-Gesammelte Schriften V,* Hamburg: Meiner.

NIDA-RÜMELIN, J., 2004: «Warum Entscheidungen notwendig frei sind», en *ARSP,* 90, pp. 498-515.

NINO, C. S., 1989: *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación,* Barcelona: Ariel.

— 1997: *La constitución de la democracia deliberativa,* Barcelona: Gedisa.

PATON, H. J., 1958: *The Categorical Imperative. A Study in Kant's Moral Philosophy,* 3.ª ed., London: Hutchinson.

PATZIG, G., 1994: «Philosophische Bemerkungen zum Begriff der Autonomie», en *Gesammelte Schriften I: Grundlagen der Ethik,* Göttingen: Wallstein Verlag, pp. 174-189.

PAUER-STUDER, H., y NAGL-DOCETAL, H., 2003: «Einleitung», en H. PAUER-STUDER y H. NAGL-DOCETAL (eds.), *Freiheit, Gleichheit, Autonomie,* Wien/Berlin: Oldenbourg-Akademie Verlag, pp. 7-20.

PAVLAKOS, G. (ed.), 2007: *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy,* Oxford and Portland: Hart Publishing.

PIEPER, A., 1990: «Freiheit als philosophisches Problem. Zur Frage der moralischen Selbstbestimmung», en R. BATTEGAY y U. RAUCHFLEISCH (eds.), *Menschliche Autonomie,* Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht, pp. 52-64.

RADBRUCH, G., 1914: *Grundzüge der Rechtsphilosophie,* Heidelberg: Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 2, 1993, pp. 9-204.

— 1999: *Filosofía del Derecho,* Granada: Comares.

RAWLS, J., 1980: «Kantian Constructivism in Moral Theory», en *The Journal of Philosophy,* 77, pp. 515-572.

— 1998: «Réplica a Habermas», en J. HABERMAS y J. RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político,* Barcelona: Paidós/UAB, pp. 75-143.

RAZ, J., 1986: *The Morality of Freedom,* Oxford: Clarendon Press.

— 2001: «Enfrentar la diversidad: la causa a favor de la abstinencia epistémica», en *La ética en el ámbito público,* Barcelona: Gedisa, pp. 73-108.

REATH, A., 2006: *Agency & Autonomy in Kant's Moral Theory. Selected Essays,* Oxford: Clarendon.

SCHNEEWIND, J. B., 1998: *The Invention of Autonomy,* New York: Cambridge Univ. Press.

SCHÖNECKER, D., y WOOD, A. W., 2004: *Kants «Grundlegung zur Metaphysik der Sitten». Ein einführender Kommentar,* 2.ª ed., Paderborn *et al.*: Schöningh.

SEARLE, J. R., 1997: *La construcción de la realidad social,* Barcelona: Paidós.

SIECKMANN, J. R., 1992: «Legal System and Practical Reason», en *Ratio Juris,* 5, pp. 288-307.

— 2003: «On the Tension between Moral Autonomy and the Rational Justification of Norms», en *Ratio Juris,* 16, pp. 105-122.

— 2005: «Principles as Normative Arguments», en Ch. DAHLMAN y W. KRAWIETZ (eds.), *Values, Rights and Duties in Legal and Philosophical Discourse, Rechtstheorie Beih. 21,* pp. 197-210.

— 2006: «Ponderación autónoma», en *El modelo de los principios del derecho,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 115-157.

STUHLMANN-LAEISZ, R., 1983: *Das Sein-Sollen-Problem,* Stuttgart/Bad Cannstatt.

WILDT, A., 1982: *Autonomie und Anerkennung. Hegels Moralitätskritik im Lichte seiner Fichte-Rezeption,* Stuttgart: Klett-Cotta.

WOLFF, R. P., 1973: *The Autonomy of Reason,* New York: Harper & Row.

WOOD, A. W., 2006: «The Supreme Principle of Morality», en P. GUYER (ed.), *The Cambridge Companion to Kant and Modern Philosophy,* Cambridge: Cambridge Univ. Press, pp. 342-380.

VON WRIGHT, G. H., 1970: *Norma y acción. Una investigación lógica,* Madrid: Tecnos.

# CASTRACIÓN QUÍMICA Y DETERMINISMO *

Josep M. Vilajosana **

*Universidad Pompeu Fabra*

**RESUMEN.** En este trabajo se plantea el desafío que el determinismo puede plantear a la justificación de la pena en los casos de los violadores compulsivos. Ello se hace poniendo de relieve las relaciones que existen entre las respuestas a las preguntas siguientes: ¿por qué castigar?, ¿cuánto castigar?, ¿a quién castigar?, ¿cómo castigar? Se muestra que respecto a los posibles objetivos de la pena (¿por qué castigar?), sólo cabe una justificación basada en la incapacitación, pero esto supone no poder justificar un tiempo determinado de imposición de pena (¿cuánto castigar?). El examen del problema del determinismo, por su lado, muestra que no podemos prescindir del retribucionismo en la distribución (¿a quién castigar?). Todo lo anterior llevará, por último, a formular un dilema respecto a la llamada «castración química» (¿cómo castigar?).

**Palabras clave:** justificación de la pena, retribucionismo, determinismo, castración química.

**ABSTRACT.** This paper analyzes the challenge that determinism brings to the justification of punishment in the cases of the compulsive rapists. This is made by showing the relations that exist among the answers to the following questions: why to punish?, how much to punish?, to whom?, how to punish? It is held that with respect to the possible goals of punishment (the why of punishment), there is only a justification based on the incapacitation, but this implies not being able to justify a determinate time of imposition of punishment (the how much to punish). The examination of the problem of determinism, in turn, shows that we can not do without retribution in the distribution (to whom can we punish?). This analysis will lead, finally, to formulating a dilemma with respect to the possibility to impose «chemical castration» as a punishment (the how of punishment).

**Keywords:** justification of punishment, retributionism, determinism, chemical castration.

* Fecha de recepción: 28 de abril de 2008. Fecha de aceptación: 22 de mayo de 2008.

** Presenté una versión anterior de este trabajo en una conferencia pronunciada en la Universidad Carlos III el día 15 de diciembre de 2007. Agradezco las observaciones de los participantes, en especial las de los profesores J. DOPICO, R. ESCUDERO y J. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI.

## 1. ALGUNOS INTERROGANTES SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

El 20 de agosto de 2007 el presidente francés, Nicolas Sarkozy, anunció medidas más duras contra los pederastas, como la creación de un hospital especial para ellos al que deberán ir obligatoriamente y aseguró que ninguno lo abandonará hasta que un comité de médicos dictamine que han sido curados. Sarkozy también se mostró favorable a la castración química de los pederastas. El Gobierno francés reaccionaba así después de que un hombre condenado en tres ocasiones por abusos sexuales a menores reincidiera con un niño de cinco años al que mantuvo secuestrado durante varios días. El jefe del Estado francés afirmó que los delincuentes sexuales sólo saldrán de prisión cuando hayan cumplido su pena, sin posibilidad de reducción, y tras un examen de su peligrosidad por un comité médico. El tratamiento será de tipo hormonal o «castración química», dijo Sarkozy, quien empleó un lenguaje firme: «No se puede dejar en libertad a depredadores, a gentes que pueden matar y destrozar la vida de niños» (*La Vanguardia,* 20 de agosto de 2007).

Por su lado, en España, un editorial de *El País* titulado «Violadores de riesgo», escrito después de la puesta en libertad del llamado violador de la Valle Hebrón, nos recordaba «que la cuestión de fondo es qué hacer con éste y con otros violadores patológicos una vez han cumplido condena, salvo que se reclame para ellos no ya la cadena perpetua, que tiene un término, sino la prisión de por vida. Pero entre esta medida aberrante e inconstitucional, que supondría una especie de condena a muerte en vida, y la puesta en libertad sin más, existen posibilidades de actuación tanto en el terreno policial como en el médico-sanitario, sin olvidar el judicial. Unas medidas que deben adoptarse con discreción, prudencia y determinación, evitando presentar alguna de ellas como la panacea; tal es el caso de la castración química. Esta medida adquirió notoriedad hace una docena de años a raíz del caso de un condenado en EE.UU. que solicitó la conmutación de condena a cambio de su castración. Así se hizo, pero meses después violó con un palo a una mujer, asesinándola. A veces, el remedio suele ser peor que la enfermedad» (*El País,* 24 de septiembre de 2007).

Estos ejemplos notorios, referidos a casos de delitos sexuales cometidos por delincuentes reincidentes, ponen en marcha inmediatamente mecanismos de reformas de las leyes penales para intentar atajar de algún modo la alarma social que generan. Así ocurrió en Francia y así está ocurriendo en España. Pero en el momento de poner en práctica tales reformas nos deberían asaltar algunas dudas: ¿Está justificado moralmente que a alguien que ha cumplido condena se le imponga alguna medida posterior? ¿Es posible mantener que la finalidad de la pena es la rehabilitación frente a delincuentes que no quieren o no pueden ser rehabilitados? ¿Es compatible la imposición de penas como retribución de actos delictivos cuando su realización escapa al control del delincuente? Afrontar estos y otros problemas semejantes de forma rigurosa exige antes tomar conciencia de cuáles son las razones que pueden justificar moralmente la imposición de penas a quien ha cometido un delito.

Siguiendo a HART, podemos entender por «pena» un acto que ocasiona un daño, impuesto como consecuencia del incumplimiento de una norma jurídica, que se inflige al responsable del incumplimiento, es administrado intencionadamente por seres hu-

manos distintos a la víctima, y cuya imposición y regulación vienen determinadas por el sistema jurídico, cuyas normas han sido incumplidas (HART, 1968: 5).

Toda sociedad que imponga este tipo de castigos debe justificarlos, por cuanto suponen la acción del Estado a la hora de ocasionar de manera intencionada un daño. Dañar a una persona es, *prima facie,* moralmente incorrecto. Es decir, lo es a menos que exista alguna justificación satisfactoria. La pregunta que nos podemos formular ahora es la siguiente: ¿se pueden ofrecer razones de carácter general para castigar legalmente a las personas?

Antes de responder a este interrogante, sin embargo, hay que advertir que en él se esconden en realidad al menos cuatro preguntas distintas:

1. *¿Por qué castigar?* Esta cuestión hace referencia a los objetivos y aspiraciones que se pretende alcanzar con el castigo institucionalizado.
2. *¿Cuánto castigar?* Aunque se esté de acuerdo respecto al objetivo u objetivos que la pena debe cumplir para estar justificada, hay que inquirir acerca de qué medida del castigo está justificada. ¿Hay que respetar algún principio de proporcionalidad? Ante dos delitos iguales, ¿hay que castigar con las mismas penas?
3. *¿A quién castigar?* Este interrogante tiene que ver con la clase de los destinatarios del castigo. ¿Pueden serlo todas las personas o sólo las que posean ciertas características?
4. *¿Cómo castigar?* Esta pregunta atañe al tipo de pena que se considera justificada y al modo de su implementación.

En ocasiones en los debates acerca de la justificación de la pena, estas cuestiones se hallan mezcladas. Tal vez ello se deba a que las respuestas a estas preguntas no son independientes, de tal modo que, para ser consecuente, al responder de una determinada manera a uno de estos interrogantes hay que responder también de una forma precisa a otros. Pero el hecho de que efectivamente existan estas relaciones entre los problemas no autoriza a mezclarlos. Por el contrario, lo que hay que hacer es mostrar cuáles son esas relaciones y ser consecuente con las respuestas.

En lo que sigue, intentaré poner de relieve algunas de estas relaciones, teniendo en cuenta principalmente los retos que plantean a la justificación de la pena la existencia de delitos cometidos por individuos como los violadores compulsivos y la posibilidad de que sea cierto el determinismo.

## 2. OBJETIVOS DE LA PENA

Los objetivos que se suelen perseguir a través del establecimiento de sanciones pueden resumirse en cuatro: retribuir, disuadir, incapacitar y rehabilitar (a veces, se apunta como un quinto objetivo el carácter simbólico de la pena, pero aquí no me voy a ocupar de éste). Es difícil encontrar un sistema jurídico, cuyas sanciones estén diseñadas para cumplir únicamente una de estas aspiraciones, ya que normalmente se hallan mezcladas. Esta circunstancia, por un lado, resulta inevitable, dadas algunas conexiones entre ellas. Por ejemplo, cuando se castiga a un ladrón con una determinada pena, se le «retribuye» por su acto, al tiempo que el castigo sirve de disuasión para que otros no cometan actos parecidos. Por otro lado, esta superposición de objetivos suele ser fuen-

te de problemas importantes cuando alguien intenta justificar las penas en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos, como después se verá. Ahora es momento de analizar aunque sea brevemente cada uno de estos objetivos. La mayor parte de lo que diré en este apartado es conocido, pero únicamente quiero subrayar lo que considero relevante para responder a las preguntas anteriormente planteadas.

### 2.1. Retribuir

Ésta seguramente es la forma más antigua de justificar el castigo. Ya en el Código de Hammurabi aparecía la fórmula conocida de «ojo por ojo, diente por diente». Se encuentra también en la Biblia y se puede hallar en el Derecho romano bajo la figura de la ley del talión.

Lo primero que hay que decir es que la retribución se orienta al pasado. Pensamos en retribuir a alguien por un acto (acción u omisión) que ya ha tenido lugar. En un primer momento la idea de la retribución podría provenir de los instintos de venganza. Pero esto deja de tener sentido cuando quien impone la pena, como dije antes, es una institución, distinta de la víctima.

KANT fue un defensor a ultranza del retribucionismo. Para él, retribuir el castigo es el único objetivo moralmente valioso de la pena. Por eso, la retribución excluiría las otras posibles formas de justificación. El castigo, nos dice KANT, nunca puede ser administrado simplemente como un medio para promover otros bienes que tengan que ver con el propio criminal (como propugnarían los defensores de la rehabilitación) o con los otros miembros de la sociedad (en lo cual se basarían los que abogan por la disuasión o la incapacitación), sino que debe ser impuesto en todos los casos por el simple hecho de que el delincuente cometió el delito y *merece* ser castigado por ello. La contundencia de las palabras de KANT habla por sí sola: «Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros, antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos» (KANT, 1797: 168-169).

La justificación de la pena basada en la retribución por el acto delictivo cometido puede entenderse desde una perspectiva racionalista. El argumento sería el siguiente. Si descartamos el determinismo (es decir, la doctrina según la cual todo lo que nos sucede en la vida se halla ya predeterminado, y que analizaremos más adelante), los seres humanos gozan de libre albedrío para tomar sus propias decisiones. Por eso, pueden decidir cometer o no un acto delictivo. Si deciden cometerlo, dado que esa decisión ha sido tomada de manera voluntaria, entonces se hacen responsables de las consecuencias de dicho acto.

Es por esa razón que deben recibir la pena que en justicia merecen, basada en la importancia del daño causado. Este es el *principio de justo merecimiento* (sobre el concepto de merecimiento, véase BETEGÓN, 1992: cap. IV). De este principio se sigue otro de no menor relevancia. Se trata del *principio de proporcionalidad de la pena,* que subraya la equivalencia que debe producirse entre el daño causado y la pena que se le asocia. Existen no pocos problemas a la hora de poder establecer una escala aceptable que asegure esta proporcionalidad entre el delito cometido y la pena a la que uno se hace

acreedor, pero no voy a tratarlos aquí (véase VILAJOSANA, 2007: cap. V). Por último, la justificación retribucionista de la pena conlleva también sostener el *principio de igualdad.* Éste supone tratar de manera igual a los iguales. Quien cometa el mismo delito debe recibir la misma pena. Esto implica, entre otras cosas, que las penas correspondientes deben ser aplicadas con independencia del estatus social o personal tanto de los delincuentes como de las víctimas.

Tanto el principio de proporcionalidad como el de igualdad ponen de relieve que la justificación general de la pena (por qué castigar) tiene implicaciones respecto de la justificación de la medida en que está justificado castigar (cuánto castigar). Quien sostenga una justificación general de la pena de carácter retribucionista, está obligado por razones de consistencia a sostener también estos principios. En cambio, como veremos después, ni la proporcionalidad ni la igualdad tienen por qué darse en las demás formas de entender la finalidad de la pena.

### 2.2. Disuadir

Mientras que la retribución se orienta al pasado, la disuasión se orienta al futuro. Con la disuasión se pretende que no se produzcan de nuevo el tipo de hechos para los cuales se establece una pena. Nos dice BECCARIA: «el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ser sensible, ni rectificar un delito ya cometido, sino impedir que el reo ocasione nuevos males a sus ciudadanos y retraer a los demás de cometer otros iguales» (BECCARIA, 1764: 73).

El fundamento que subyace a esta forma de justificar la pena es muy distinto del que está presente en los postulados retribucionistas. La pena, entendida como retribución, se impone porque el delincuente se lo merece, ya que ha incumplido un deber moral. Ello es así con independencia de las consecuencias que pueda tener este castigo en él o en la sociedad. En cambio, la imposición de la pena como disuasión sólo se puede justificar en tanto en cuanto origine consecuencias más beneficiosas que la alternativa de no imponerla. En este sentido, se trata de una justificación consecuencialista, y, más en concreto, utilitarista.

Es importante subrayar que el utilitarismo, y con él la idea de disuasión, también tiene en cuenta la racionalidad humana. Pero, a diferencia del retribucionismo que como vimos la contemplaba básicamente para adscribir responsabilidad a un individuo por sus actos, ahora la racionalidad se toma principalmente como aptitud para tomar decisiones inteligentes valorando los potenciales riesgos y beneficios de las acciones. En la versión de BENTHAM, por ejemplo, esto significaría que los delincuentes tomarían sus decisiones a través de un cálculo hedonista, sopesando las posibles ganancias y los potenciales riesgos de su acción. Entre esos riesgos deberían tener en cuenta la posibilidad de que sean condenados a una determinada pena (BENTHAM, 1789). En la actualidad, la teoría de la elección racional también enfatizaría esta idea, sofisticándola a través de cálculos de preferencias de los individuos.

Asumido lo anterior, si la pena pretende cumplir con su función disuasoria, su imposición debe suponer un coste más elevado para el posible delincuente que los beneficios que espera obtener del delito. Por ello, las medidas penales no se tomarían, al me-

nos de manera principal, para cumplir con el principio de proporcionalidad (aunque hay que reconocer que BENTHAM admitió en su esquema un cierto nivel de proporcionalidad). De hecho, podría argumentarse que en determinadas condiciones, si la pena ha de tener efectos disuasorios, se requieren penas más duras de las que corresponderían según el principio de proporcionalidad. Del mismo modo, en determinadas situaciones, el planteamiento de penas excesivamente duras puede no conseguir este propósito, porque, por ejemplo, los jueces encargados de aplicarlas se muestren muy renuentes a hacerlo justamente porque perciben su desmesurada desproporción.

Este enfoque presenta diversos inconvenientes. Sólo destaco dos. Por un lado, el efecto disuasorio de la pena funciona seguramente de una manera en relación con delitos que exigen planificación y estrategia, por cuanto esta misma forma de operar implica un cierto cálculo (piénsese en el delito de estafa), mientras que es razonable pensar que opera de manera distinta, por ejemplo, en delitos pasionales (por ejemplo, algunos tipos de asesinatos o violaciones). Por otro lado, las diferencias personales pueden ser muy grandes. Baste tomar como punto de referencia la aversión al riesgo. Cada persona tiene un grado distinto de aversión al riesgo e incluso una percepción diferente del mismo (MASSOGLIA; MACMILLAN, 2002). Pero acerca de estas cuestiones, no voy a decir aquí nada más (véase VILAJOSANA, 2007: cap. V).

### 2.3. Incapacitar

Otra de las posibles justificaciones de la pena es la llamada incapacitación. Ésta consiste en identificar y aislar al delincuente de la sociedad a la que pertenece para que no vuelva a cometer delitos. Seguramente es el objetivo más fácil de conseguir. Supone una justificación orientada al futuro, como la disuasión. Al igual que ésta, se centra en la prevención de futuros delitos. Su principal función es proteger la sociedad de aquellos sujetos que le han causado daños, privándoles de la oportunidad de que los vuelvan a ocasionar o al menos restringiendo sus posibilidades al máximo.

A lo largo de la historia podemos encontrar distintos modos de incapacitación, pero esto es entrar ya en la pregunta acerca de cómo castigar. De entre los tipos de incapacitación física, la forma extrema es la ejecución. Otros casos conocidos de incapacitación física son los de mutilación de miembros. También entrarían dentro de esta categoría las penas que suponen la castración en el caso de violadores. Un modo especial de incapacitar que, a diferencia de los anteriores, tiene efectos reversibles consiste en la utilización de sustancias químicas que pretenden reducir los impulsos sexuales. Sobre las posibilidades de utilizar este método que suele recibir el poco apropiado nombre de «castración química» diré algo más tarde. Actualmente, sin embargo, el método más utilizado de incapacitación es la encarcelación.

La justificación de la pena a través de la idea de incapacitación suele coincidir con postulados utilitaristas como en el caso de la disuasión. Los beneficios que la sociedad en su conjunto obtiene por el hecho de que los delincuentes estén encarcelados son que, mientras dura el encierro, éstos no pueden cometer actos delictivos. Pero en esta argumentación no entran en juego consideraciones de disuasión, de retribución por un acto inmoral o de rehabilitación. Tampoco, en principio, tiene por qué respetarse ninguna

proporcionalidad entre el delito cometido y la pena aplicada. Si se es consecuente con este planteamiento, más bien lo que habría que decir es que cuánto más tiempo esté encarcelado un delincuente más tiempo estará segura la sociedad respecto de sus potenciales acciones dañinas. Si a esto sumamos el hecho de que estadísticamente se ha comprobado que las personas con la edad tienden a cometer menos delitos, entonces para quien sostenga esta posición hay una razón muy poderosa en favor de penas de larga duración.

Metodológicamente, existen menos problemas para determinar los efectos de la incapacitación que los que existen para averiguar si se produce disuasión. También es más fácil limitarse a ejercer el control de las personas que a reeducarlas, como requiere la rehabilitación que veremos más adelante. Siempre que sea correcta la presunción de que una persona que ha cometido un crimen, muy probablemente reincidirá, entonces se da con seguridad el efecto esperado con la incapacitación.

Una crítica que se puede hacer a esta forma de justificación del castigo, y que afecta a la pregunta acerca de cómo castigar, es también muy simple: la incapacitación se podría conseguir por otros medios que no resultaran tan lesivos para quien los sufre. Por limitarnos al caso de la imposición de penas privativas de libertad, aunque este tipo de penas se consideren justificadas, el entorno en el cual se cumplen las penas no tendría por qué ser desagradable. Se alcanzaría del mismo modo el objetivo de la incapacitación recluyendo a los delincuentes en un entorno paradisíaco.

Otra crítica, seguramente más decisiva, frente a esta posición sería relativa a la cuestión acerca de cuánto castigar. Ciñéndonos a las penas privativas de libertad, ocurre que quien quiera defender la pena por los efectos incapacitadores que ésta tenga sobre el delincuente, carecerá en principio de un criterio para determinar cuál es el tiempo que debe estar una persona en prisión, salvo que considere que cualquier delito debe ser castigado con prisión perpetua, lo cual no parece muy razonable.

### 2.4. Rehabilitar

Con la rehabilitación se pretende cambiar la intención, la motivación o incluso el carácter del delincuente respecto a su conducta frente al Derecho. Se asume que estos cambios ayudarán a modificar en sentido positivo la percepción de las leyes por parte del que alguna vez las incumplió. Aunque esta posición hunde sus raíces en la Ilustración, no es hasta finales del siglo XIX que alcanza un cierto nivel de aceptación. Se basa en postulados humanistas y propugna el abandono de las formas de castigo más duras. Tiene que ver, en su origen, con el rechazo de la tortura y de los castigos físicos. Con la rehabilitación, la centralidad que habían ocupado durante siglos los castigos físicos, ejemplarizantes, llevados a cabo en muchas ocasiones en público, pasará a ocuparla la persuasión de tipo psicológico.

Sin embargo, lo anterior no debería hacernos perder de vista el hecho de que algunos filósofos de la antigua Grecia propugnaron un cambio decisivo, que puede verse como un antecedente de las modernas doctrinas de la rehabilitación. Se trata de la propuesta de centrarse más en el delincuente que en el delito. Se partía de la base de que si alguien comete un delito lo hace porque tiene algún tipo de desajuste mental o mo-

ral. Si esto es así, lo que debe hacerse es o bien curarle o bien enseñarle. Son emblemáticas en este sentido las palabras que PLATÓN pone en boca de SÓCRATES, según el cual nadie comete un acto inmoral a sabiendas. Dice SÓCRATES: «Hacia los males nadie se dirige por su voluntad, ni hacia lo que cree que son males, ni cabe en la naturaleza humana, según parece, disponerse a ir hacia lo que cree ser males, en lugar de ir hacia los bienes» (PLATÓN, *Protágoras:* 358d).

Este mayor énfasis en el delincuente más que en el delito tiene consecuencias importantes desde el punto de vista de las preocupaciones teóricas de quienes abogan por la rehabilitación como objetivo de la pena. Antes hemos visto que quienes subrayan la importancia de otros objetivos, sobre todo en el caso de la disuasión, fundan sus diagnósticos teóricos en el análisis de la *decisión racional.* En cambio, cuando pasa a primer plano la preocupación por la rehabilitación del delincuente, la principal finalidad será averiguar y entender las *causas* subyacentes a la conducta criminal. De ahí que los estudios que intentan alcanzar esta finalidad se dediquen a investigar los distintos factores que influyen en dicha conducta, desde los biológicos a los psicológicos, pasando por los sociales. Esta posición llevará a negar o al menos a relativizar la premisa que servía de fundamento a las demás doctrinas: la presencia del libre albedrío. La conducta del delincuente es vista como el resultado de una suma de los factores citados que muchas veces quedan al margen del control del individuo. Ello conduce a una visión casi determinista de la acción humana, en el que las acciones escapan en buena medida al control de individuos supuestamente racionales, que como tales toman sus propias decisiones. Sobre esta cuestión volveremos más adelante. Sin embargo, en contraste con lo anterior, se insiste en la posibilidad de reeducar al delincuente, con lo cual se pone un gran énfasis en la labor que en esa dirección pueden llevar a cabo psicólogos, sociólogos o trabajadores sociales.

La rehabilitación, por tanto, está orientada al futuro y su justificación es de carácter utilitarista por cuanto también pretende evitar la comisión de nuevos crímenes. Estas son características que comparte con la disuasión, a diferencia de lo que ocurre con la retribución. Ahora bien, se distingue de ambos (disuasión y retribución) por el hecho de no asumir una completa racionalidad en los delincuentes.

Una consecuencia importante de fijarse más en el delincuente que en el delito, es que la pena no tiene por qué ser uniforme. Cuando el centro de atención es el acto delictivo, una vez determinado el tipo de delito que ha cometido una persona, se le asigna la pena correspondiente que será la misma que se le asignaría a otra persona que ha realizado el mismo tipo de delito. Esto, como vimos, cumple con el principio de igualdad propio de las ideas retribucionistas. Ahora bien, si el punto de mira se desplaza hacia el delincuente y sus posibilidades de rehabilitación, entonces la pena se debe asignar en función justamente de esas posibilidades, con independencia del delito que se haya cometido. Así, podría ocurrir perfectamente que dos personas que han realizado el mismo tipo de delito, con la presencia de las mismas circunstancias atenuantes o agravantes, recibieran una pena distinta, según el distinto período de tiempo que requieran sus respectivas rehabilitaciones.

Desde el punto de vista jurídico, esta consecuencia llevaría al establecimiento de sentencias indeterminadas, basándose en la idea de que individuos distintos requieren períodos distintos de rehabilitación, cuya duración no conocemos de antemano. Ade-

más, como corolario de todo lo anterior, el peso de la decisión se desplaza de los jueces a los expertos en las distintas materias a las que antes he aludido (psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales), los cuales son los encargados de dictaminar cuándo la persona que cometió el delito está rehabilitada y preparada para volver a vivir en sociedad.

El impacto de las ideas sobre la rehabilitación ha sido enorme. Difícilmente encontraremos un país occidental que no mantenga programas de rehabilitación generales o específicos. Es indudable que esta perspectiva tiene componentes humanitarios atractivos que seguramente hay que mantener. Ahora bien, la justificación de la pena basada en la rehabilitación también puede ser objeto de críticas.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, repugna a la idea de seguridad jurídica (porque no sabríamos de antemano qué pena le corresponderá a un determinado delito) y de justicia (precisamente por vulnerar los principios de justo merecimiento y de igualdad).

Además, no parecería muy lógico sostener, basándose en razones humanitarias, que penas como la cadena perpetua no están justificadas y en cambio defender, *por las mismas razones,* que las personas que no consiguen rehabilitarse deben permanecer toda su vida encerradas.

Otros problemas surgen de las disputas acerca de la eficacia de los programas de rehabilitación. No parece haber un acuerdo generalizado al respecto, ya que mientras algunos valoran estos resultados de manera muy positiva, otros se muestran muy críticos. No es posible entrar aquí en un análisis detallado de los distintos estudios empíricos que existen sobre la cuestión. En cambio, es oportuno preguntarse qué ocurre si se admite que al menos algunos tipos de delincuentes no son susceptibles de ser rehabilitados.

## 3. VIOLADOR COMPULSIVO

Para centrar el problema pensemos en lo que podríamos denominar «el caso del violador compulsivo». Los expertos parecen concordar, más allá de las estimaciones sobre el porcentaje de delincuentes que reinciden (que se suele situar entorno al 20 por 100), que existen casos especiales en los que las posibilidades de rehabilitación son prácticamente nulas. Son conocidos los supuestos, como los que se describen al comienzo de este trabajo, en los que un delincuente sexual que ha cumplido su condena o que se halla en una situación de libertad condicional, comete de nuevo agresiones sexuales. Supongamos que esa persona efectivamente no puede evitar cometer esos actos (debido a factores genéticos, por ejemplo), ¿cómo habría que actuar frente a estos casos? Más en general: ¿en qué medida afectaría al razonamiento de los defensores de la justificación de la pena a través de la rehabilitación la existencia de sujetos que no son susceptibles de ser rehabilitados?

Parece que la respuesta es clara. Si la pena se justifica por la rehabilitación del delincuente, en aquellos casos en los que se admite que no hay posibilidades de rehabilitación, no se puede justificar la imposición de una pena. Ahora bien, si de la perspectiva de la rehabilitación pasamos a la de la retribución, tampoco se resuelve el

problema, ya que para determinar que el delincuente merece una determinada pena, tal como exige el retribucionismo, es menester que se muestre que la persona actuó voluntariamente, justamente lo que pone en duda la asunción de que el sujeto no puede hacer otra cosa.

Quedarían por examinar las posibilidades de la disuasión y la incapacitación. Respecto a la disuasión, parece que son de aplicación argumentos análogos a los que ya hemos utilizado anteriormente. Si no es posible rehabilitar al sujeto, mucho menos será posible disuadirlo de cometer este tipo de actos. La incapacitación, entonces, parece ser el último reducto para privar justificadamente de libertad a estos sujetos. Ahora bien, como ya dije en su momento, no se sigue que esta incapacitación deba llevarse a cabo en entornos punitivos, como son las prisiones, pero sí se sigue que no es de aplicación el principio de proporcionalidad, ni el de igualdad, con lo que no hay criterio para determinar penas distintas para distintos delitos. Así mismo, parece que es irrelevante que el comportamiento del individuo sea racional o no.

Llegados a este punto, cabe preguntarse si hemos dado una solución satisfactoria del problema. La respuesta es negativa. _nicamente hemos desbrozado algo el camino, pero nos queda todavía un buen trecho por recorrer. La razón es la siguiente. Hasta ahora he tratado la cuestión desde la perspectiva del primer interrogante que había planteado al inicio (por qué castigar) y, a lo sumo, desde el segundo (cuánto castigar), en la medida que está relacionado con el anterior. Pero, si se quiere avanzar, hay que formular los otros dos problemas pertinentes: a quién castigar y cómo hacerlo. Sólo cuando lo hagamos estaremos en condiciones de ofrecer una respuesta más desarrollada a la cuestión.

Para abordar estos problemas hay que dar un rodeo que pasa por examinar el desafío que el determinismo plantea para la justificación de la pena.

## 4. EL DESAFÍO DEL DETERMINISMO

### 4.1. Preguntas inquietantes

Podemos hacernos dos preguntas filosóficamente muy relevantes que giran entorno al problema del determinismo y la justificación de la pena:

*a)* Si se llegara a demostrar que todos los factores que influyen en la comisión de delitos escapan del control de los delincuentes, ¿estaría justificado moralmente seguir imponiéndoles penas?

*b)* En esas mismas circunstancias, ¿se podría seguir pensando que el establecimiento de penas puede tener un efecto disuasorio o que es posible la rehabilitación?

Como vemos, la primera de las preguntas afecta especialmente a la idea de la pena como retribución, mientras que la segunda tiene que ver directamente con el carácter disuasorio de la pena y las posibilidades de rehabilitación de los delincuentes. Intentemos responder a cada una de ellas.

La idea intuitiva que subyace al determinismo es que si admitimos que todo evento tiene una causa y que el mundo empezó en algún momento, se podría trazar al me-

nos teóricamente una línea que uniera nuestras acciones con todas las causas precedentes. Dicho de otro modo, dado un conjunto de condiciones originarias del universo y dadas las leyes de la física que gobernarían todos los acontecimientos que suceden, existiría una única forma en la que las cosas pueden realmente suceder. Como ha puesto de relieve VON WRIGHT, la discusión que se produce respecto del determinismo guarda cierto paralelismo con las discusiones teológicas. De hecho, cuando fue desapareciendo la idea de un Dios omnipotente y omnisciente, su lugar fue ocupado por la visión determinista del mundo (VON WRIGHT, 1998: 29 y ss.).

Así, podría decirse que el determinismo es la doctrina que sostiene que el mundo es tal que cualquier estado de cosas que en él sucede está completamente determinado por *a)* las leyes de la física y *b)* por los estados de cosas anteriores (VAN INWAGEN, 1982). Por su lado, el libre albedrío exigiría, en principio (lo ha puesto en duda, por ejemplo, FRANKFURT, 1966), que una persona que hizo algo concreto hubiera podido hacer otra cosa. Ejercí mi libre albedrío en un caso determinado si cuando «decido» ir al parque, en realidad hubiera podido decidir ir al cine. Pero parece que si el determinismo es verdadero, entonces la de ir al parque es sólo una aparente decisión libre, puesto que estaba de hecho determinada, aunque yo no lo supiera, por causas sociales, psicológicas, etcétera.

En la discusión de filosofía general hay tres maneras posibles de afrontar el problema del determinismo. Una, que mantiene que el determinismo es verdadero, lo cual supone el rechazo del libre albedrío. Otra, que sostiene que el determinismo es falso y que puede darse el libre albedrío. Estas dos posiciones tienen en común el hecho de entender que el determinismo y el libre albedrío son incompatibles. En cambio, hay quien mantiene una tercera posición según la cual el determinismo y el libre albedrío pueden coexistir. Esta última posibilidad es la que muestra que el problema real del determinismo en relación con la libertad es hallar una respuesta satisfactoria a la probable verdad del determinismo (HONDERICH, 1993: 141). Esta respuesta es la que intentaré ofrecer más tarde.

### 4.2. Razones que avalan la verdad del determinismo

La investigación criminológica a finales del siglo XIX estuvo muy influida por la teoría darwiniana de la evolución. Los estudios de este tipo más conocidos se deben a C. LOMBROSO, un médico italiano que después de examinar a numerosos delincuentes llegó a la conclusión de que en su gran mayoría tenían unos rasgos biológicos muy distintos a los que no eran criminales, de lo cual dedujo que no habían alcanzado los niveles de evolución de sus congéneres (LOMBROSO-FERRARO, 1972). Esta doctrina cayó en desuso en años posteriores porque pareció absurda. Con ella también se arrinconaron supuestos estudios biológicos que pretendían demostrar que existía lo que ahora podríamos llamar un gen hereditario propio de delincuentes. Sin embargo, la línea de razonamiento que subyace a estos estudios no se abandonó nunca del todo. En la década de los años sesenta del siglo pasado resurgió al comprobarse que muchos criminales violentos poseían un cromosoma masculino extra, con lo cual se podría decir que tenían una predisposición genética a cometer actos violentos (HOOK, 1973). Otras investigaciones biológicas contemporáneas han matizado algo la cuestión, pero la línea

de razonamiento sigue presente. Así, se dice que algunos individuos han nacido con factores genéticos hereditarios que los hacen más susceptibles a la influencia de entornos criminales. Algún autor ha sugerido que esos individuos tienen un sistema nervioso autónomo que es más lento a la hora de aprender a controlar su conducta agresiva. Por ello, es más probable que tengan un reiterado comportamiento antisocial (MEDNICK, 1980).

El resultado de este tipo de investigaciones supone un desafío a la justificación de la pena. Por un lado, pone en cuestión directamente la visión retribucionista, ya que ésta presupone el libre albedrío. Por otro lado, puede hacer replantear tanto la doctrina retribucionista como la disuasoria, por cuanto ambas presuponen un comportamiento *racional* del delincuente. En efecto, ¿conseguiremos a través del establecimiento de penas disuadir a alguien de que cometa un delito para cuya realización está predispuesto genéticamente? Tampoco las posibilidades de rehabilitación escapan a este desafío, salvo que se pudiera intervenir en el componente genético de un individuo y se considerara que esta intervención está justificada moralmente.

Si del factor biológico o genético pasamos al psicológico, encontraremos de nuevo explicaciones de la conducta que tendencialmente presuponen el determinismo. Aunque FREUD no tuvo en mente la aplicación de sus doctrinas al ámbito de la justificación penal, la conexión de éstas con la visión determinista es inmediata. Pero las explicaciones freudianas del funcionamiento del cerebro son del tipo de caja negra. Podían explicar lo que entraba y lo que salía del cerebro, pero no los procesos que se desarrollaban en su interior. Este déficit explicativo es el que pretenden subsanar los estudios contemporáneos de neuropsicología. Entre ellos, destaca para nuestros propósitos el dedicado al análisis de las funciones del córtex prefrontal.

De hecho, la literatura sobre esta cuestión es ingente y se remonta a hace más de 150 años. En 1848, Phinneas Gage sufrió un accidente laboral que le destruyó limpiamente esa parte del cerebro. De resultas del accidente, Gage, que había sido hasta entonces una persona digna de confianza y trabajador, pasó por lo visto a tener comportamientos antisociales, de tal manera que no era reconocible por familiares y amigos (sin embargo, el carácter radical de este cambio tantas veces contado ha sido puesto en duda últimamente en MACMILLAN, 2000). Estudios posteriores y diversos experimentos han mostrado, aunque de una manera más sofisticada, que esta parte del cerebro cuando resulta dañada o está poco desarrollada incide en la capacidad de tener respuestas empáticas, por lo que esas personas pueden parecer carentes de sentimientos. Pero nótese una cosa: estos individuos no han elegido ser así; lo son por accidente o por herencia genética. ¿Les seguiremos atribuyendo responsabilidad por sus actos? Y lo que es más importante, a medida que se avance en los estudios de neurociencia, ¿no es de esperar que se hallen otras tantas «causas» de nuestro comportamiento y con ello se acabe desvaneciendo la idea de que somos tan libres en nuestra toma de decisiones como para merecer un castigo por las equivocadas?

En los países de nuestro entorno ya se tienen en cuenta algunas circunstancias de un funcionamiento «anormal» del cerebro por enfermedad, como la epilepsia, o por ingesta de sustancias estupefacientes. Si una persona comete un acto delictivo en estas circunstancias puede atenuarse o incluso excluirse su responsabilidad. En cambio, se marca una diferencia entre ese funcionamiento anormal y el normal, admitiendo que

en este último caso la persona eligió voluntariamente realizar el acto por el cual merece un castigo, amparándose muchas veces en la idea de que era capaz de distinguir el bien del mal. Ahora bien, ya hay algunos científicos que ven ahí una falsa dicotomía (SAPOLSKY, 2006: 239), entre un campo en el que dominarían las causas biológicas y otro en el que todavía existiría libre albedrío. Según estos científicos, lo que mostraría la literatura sobre el córtex prefrontal es que una persona, por razones de constitución orgánica y a pesar de conocer la diferencia entre lo correcto y lo incorrecto, puede ser *incapaz de hacer lo correcto.*

Un argumento en contra de lo anterior podría ser que hasta donde ahora se sabe, el daño sufrido en esta parte del cerebro predispone pero no determina totalmente a la persona a cometer actos delictivos. La prueba es que sujetos que tienen el córtex prefrontal dañado no han cometido ningún delito. ¿Deja resquicio esta duda para argumentar a favor del libre albedrío? Según algunos autores, este tipo de preguntas no están bien formuladas, por cuanto presuponen que hay una distinción clara entre una persona con córtex prefrontal dañado (en el que supuestamente no habría libre albedrío) y otra en que esta parte del cerebro no ha sufrido daños (a la que le podríamos adjudicar una voluntad libre). Parece, más bien, que la ciencia en estos casos se mueve por continuos y no puede trazar una frontera clara entre un caso y el otro, mientras que en el caso del Derecho exigimos dicotomías: o existe justificación o excusa para la conducta tipificada como delito o no es así, sin que quepa hablar de una persona más o menos culpable (SAPOLSKY, 2006: 240).

Además de los factores biológicos y psicológicos (o neuropsicológicos), se argumenta en ocasiones que existen también factores socioeconómicos que ayudan a explicar las causas por las que los sujetos actúan de manera antisocial y a menudo delictiva. En esta línea de pensamiento hallaríamos diversos estudios llevados a cabo en el departamento de sociología de la Universidad de Chicago, en la primera mitad del siglo XX, pasando por las llamadas teorías de las subculturas, que se desarrollaron algo más tarde (véase SHICHOR, 2006: 43-50). El elemento común de este tipo de estudios es justamente el intento de explicar la conducta criminal desde postulados casi deterministas. Para estas doctrinas, las condiciones sociales y la atmósfera cultural de ciertos barrios marginales de núcleos urbanos son tales que para los jóvenes que en ellos nacen resulta si no imposible sí al menos muy difícil no caer en las redes de la delincuencia. Por eso, a pesar de que no se suele defender un extremo determinismo social del mismo modo que se defiende un determinismo psicobiológico, al menos de manera tendencial estas posiciones cuestionan también el papel del libre albedrío de los seres humanos en sociedad.

### 4.3. ¿Cómo hacer frente al desafío?

El determinismo en los factores genéticos, psicológicos y, en menor medida, socioeconómicos, plantea como hemos visto serios problemas para la justificación de la pena. ¿Cuál puede ser la forma de escapar de éstos? Una primera salida puede ser la de renunciar a los postulados retribucionistas y quedarse con los utilitaristas. Es lo que hacen algunos científicos (por ejemplo, GREEN y COHEN, 2004) y algunos juristas que postulan la necesidad de desvincular completamente la culpabilidad de la capacidad de

actuar de otro modo (por ejemplo, GIMBERNAT, 1990). Los defensores de esta posición nos vienen a decir algo así como que si la libertad es incompatible con el determinismo, tanto peor para la libertad (WEATHERFORD, 1991: 93). Ahora bien, pensemos que no toda idea utilitarista puede ser defendida por estos medios. Seguramente, la única que podría resistir el envite determinista sería la idea de incapacitación, pero no así la disuasión ni la rehabilitación.

En efecto, tal como dije en su momento, la disuasión requiere creer en la racionalidad estratégica de las personas. La racionalidad estratégica exige, por su parte, que el sujeto pueda tomar su decisión voluntariamente. Pero si aceptamos como premisas de nuestro razonamiento la verdad del determinismo y la falsedad del libre albedrío, entonces no hay acciones voluntarias y decaen los postulados en los que se basa la racionalidad estratégica, de la que depende el éxito de las políticas de disuasión: las personas hacen lo que hacen porque no pueden hacer otra cosa. Así como el problema que el determinismo plantea para la justificación retribucionista de la pena es vista por todos, el que origina a quienes parten de postulados utilitaristas a través de la racionalidad no parece ser comúnmente reconocida (por ejemplo, en HIERRO, 1989: 595 y ss., parece aceptarse que la justificación de la pena por medio de la prevención no se vería afectada por la verdad del determinismo).

La rehabilitación también sería difícilmente defendible a través de esta argumentación, por cuanto exige igualmente la posibilidad de que nuestras acciones tengan impacto en las de los demás. Sin esta premisa, no es posible la reeducación. Además, también las conductas de los reeducadores (psicólogos, trabajadores sociales) estarían determinadas por causas ajenas a su decisión y por las leyes de la física. No se podría «elegir» tener una política rehabilitadora o no. Estos problemas no parece que tengan solución para quien trate al determinismo y al libre albedrío de manera incompatible. En este caso, la verdad de uno implica la falsedad del otro, con las consecuencias que acabo de mencionar.

Frente a estos inconvenientes, hay otra forma de encarar la cuestión: reconocer que, de alguna manera, la verdad del determinismo puede coexistir con la presencia del libre albedrío. Esto se puede hacer, por ejemplo, mostrando que el determinismo y el libre albedrío se mueven en planos distintos. Se trata de reconocer que, con independencia de que el determinismo pueda ser verdadero (algo que, por lo demás tampoco podemos establecer con total rotundidad), no podemos imaginarnos a nosotros mismos en un mundo que no reconozca la existencia del libre albedrío y, con él, de las ideas retribucionistas. La pregunta, entonces, pasa a ser si es humanamente posible negar nuestros impulsos retribucionistas. En este sentido, STRAWSON desarrolló un argumento que ha sido posteriormente empleado en otros ámbitos y por otros autores (STRAWSON, 1962; recientemente, por ejemplo, PETTIT, 2002) y que merece una cierta atención.

STRAWSON empieza destacando un lugar común central: la gran importancia que damos los seres humanos a las actitudes e intenciones que adoptan hacia nosotros otros seres humanos. Nuestros sentimientos y reacciones personales dependen en gran medida de nuestras creencias acerca de estas actitudes e intenciones o, en todo caso, las involucran. Dice este autor que si alguien nos pisa la mano accidentalmente mientras está tratando de ayudarnos, el dolor podrá no ser menos agudo que si lo hace con despectiva desconsideración hacia nuestra existencia o con el malévolo deseo de herirnos.

Pero, en general, en el segundo caso sentiremos un tipo y grado de resentimiento que no sentiremos en el primero. Si las acciones de alguien nos sirven para lograr una ventaja que deseamos, entonces nos benefician en cualquier caso; pero si su intención es que nos beneficien a causa de una buena voluntad general hacia nosotros, sentiremos con razón una gratitud que no sentiríamos en absoluto si el beneficio fuese consecuencia incidental, no querida o incluso lamentada por nuestro benefactor. Estas reacciones se pueden identificar claramente como actitudes que tenemos al entrar en relación con otras personas, como son por ejemplo las actitudes de resentimiento o gratitud. Estas actitudes pueden llamarse actitudes *participativas.*

Ahora pensemos en qué tipo de reacciones tenemos frente a un agente psicológicamente anormal o moralmente inmaduro, como un neurótico o simplemente un niño. Cuando vemos a alguien desde esta perspectiva, todas nuestras actitudes reactivas tienden a modificarse profundamente. Entonces, STRAWSON compara la actitud de involucrarse en una relación humana, de una parte, con lo que denomina la actitud *objetiva* hacia un ser humano diferente, de otra. La adopción de la actitud objetiva hacia otro ser humano consiste en verle, quizás, como un objeto de estrategia social, como objeto de tratamiento. En definitiva, lo que pretende destacar este autor por encima de todo es la tensión que existe en nosotros entre la *actitud participativa* y la *actitud objetiva.*

Una vez vistos estos dos tipos de actitudes humanas, la pregunta pasa a ser: ¿Podría, o debería, la aceptación de la tesis determinista conducirnos siempre a ver a todo el mundo exclusivamente de la manera objetiva? Pues ésta es la única condición bajo la cual la aceptación del determinismo podría conducir al debilitamiento o al repudio de las actitudes reactivas de participación. Al respecto, STRAWSON cree que no es contradictorio suponer que tal cosa pueda pasar, pero que, conforme somos, nos resulta prácticamente inconcebible.

Una objetividad sostenida en la actitud interpersonal, y el aislamiento humano que llevaría consigo, no parece ser algo de lo que seamos capaces los seres humanos, incluso aunque hubiese alguna verdad general que le sirviera de fundamento teórico. Pero, además, cuando de hecho adoptamos semejante actitud en un caso particular, el que hagamos tal cosa no es consecuencia de una convicción teórica que podríamos denominar «determinismo del caso concreto», sino una consecuencia de que, por razones diferentes en diferentes casos, abandonamos nuestras actitudes interpersonales ordinarias. Piénsese incluso, tal como nos recuerda NINO, que el carecer de distinción entre quienes son imputables y quienes no, afectaría a otras esferas del Derecho, más allá del Derecho penal. Así, si nos pudiéramos tomar en serio la verdad del determinismo y fuéramos capaces de incorporarlo a nuestra forma de ver la vida, deberíamos arrinconar la posibilidad de celebrar contratos válidos: los contratos serían siempre nulos por fuerza mayor, puesto que el consentimiento siempre estaría viciado (NINO, 1980: 379 y ss.).

Finalmente, a la pregunta ulterior de si no sería racional, bajo la convicción teórica de la verdad del determinismo, cambiar nuestro mundo de tal manera que se suspendan en él todas estas actitudes, STRAWSON responde que es inútil preguntar si no sería racional para nosotros hacer lo que no está en nuestra naturaleza poder hacer. Y frente a la idea de que los avances en el conocimiento de los seres humanos (como por ejemplo los producidos en el campo de la neuropsicología, a los que ya hice referen-

cia) llevarían a la desaparición de esas actitudes, este autor responde que podemos razonablemente considerar improbable que una progresivamente mayor comprensión de ciertos aspectos de nosotros mismos conduzca a la desaparición total de esos aspectos.

Por eso, no parece que se vaya muy lejos trazando la distinción entre la posibilidad de adoptar una perspectiva interna (que permite dar cuenta de nuestra forma de atribuir responsabilidad) y otra externa (que permitiría dar cuenta de nuestra visión determinista del mundo), añadir que la externa le está vedada a los seres humanos y en cambio propugnar que se requiere una combinación de ambas (como sugiere, por ejemplo, MOLINA FERNÁNDEZ, 2000: 125 y ss.). Si no somos capaces de adoptar como seres humanos la perspectiva externa, entonces no tiene sentido que digamos que *debemos* combinarla con la interna. Creo que esto justamente es lo que pone de relieve STRAWSON.

La posición de STRAWSON, por cierto, ha recibido un nuevo impulso a través de descubrimientos recientes en el ámbito de las ciencias del comportamiento, que sugieren que existe un sentido intuitivo de equidad incorporado profundamente en nuestros ancestros primates (BROSNAN y DE WAAL, 2003), así como que una tendencia adaptativa hacia la pena en sentido retribucionista puede haber tenido un papel decisivo en la evolución biológica y cultural de la sociabilidad humana (BOWLES y GINTIS, 2004). Parece, pues, que las ideas retribucionistas no sólo pertenecen a nuestras ideas intuitivas del modo en que pertenecen otras y que llegado el caso las podemos abandonar si nos lo proponemos, sino que pertenecen al ser humano de una manera tan profunda que, de no tenerlas, las personas dejarían de ser tal como las conocemos. Además, las ideas retribucionistas han sido evolutivamente útiles en el desarrollo de las sociedades humanas.

La lección que podemos extraer del anterior análisis acerca del determinismo es que, si aceptamos las ideas que he expuesto, entonces la justificación retribucionista de la pena es inevitable, *mientras sigamos siendo como somos.* Mientras sigamos siendo como somos, será imprescindible reconocer la presencia en nosotros de dos tipos de actitudes, de participación y objetivas. Ahora bien, este carácter inevitable de las ideas retributivas no tiene por qué darse respecto a todos los interrogantes que formulé al comienzo del trabajo.

Lo que es inevitable, si tenemos estas actitudes, es que este hecho tenga su reflejo a la hora de responder la pregunta acerca de *quiénes* deben ser los destinatarios de las penas. Así, que tengamos actitudes participativas hace que reconozcamos responsabilidad a los demás por sus actos, que es tanto como decir que la clase de los sujetos responsables no puede ser vacía. Que tengamos actitudes objetivas en algunos casos, lleva, a su vez, a establecer una clase de individuos, cuyas acciones quedan fuera de las reacciones de reproche o de gratitud, que es tanto como decir que nos permite justificar la existencia de una clase de personas inimputables. Y lo que hemos aprendido al respecto, tal vez sea que dentro de esa clase deberían estar no sólo quienes no son capaces de distinguir lo correcto de lo incorrecto, sino aquellos que pudiendo hacer esta distinción, en cambio no son capaces de hacer lo correcto.

Sin embargo, las ideas retribucionistas no necesariamente deben aparecer cuando se plantean las demás cuestiones, como pone de relieve el llamado por HART «principio de retribución en la distribución», que paso a analizar a continuación.

## 5. EL PRINCIPIO DE RETRIBUCIÓN EN LA DISTRIBUCIÓN

### 5.1. Una justificación utilitarista

Este principio, en realidad, puede ser reconstruido como la conjunción de dos principios:

1. Nadie debe ser castigado por un delito que no haya cometido, intentado o planeado. Este principio puede ser llamado el *principio de la persona correcta.*
2. Nadie debe ser castigado por un delito que haya cometido sin *mens rea,* es decir, sin intención o con la presencia de excusas. Este principio puede llamarse el *principio de culpabilidad.*

HART entiende que se puede hacer referencia a la retribución en dos niveles distintos. Por un lado, el que hemos visto como una respuesta a la pregunta de por qué castigar, en el que la retribución designaría el fin general justificativo del sistema penal. Por otro lado, el empleado a la hora de contestar la pregunta «¿a quién se puede infligir la pena?». Esta última es la cuestión a la que HART llama de distribución. Cuando a esta pregunta contestamos diciendo que únicamente podemos infligir el castigo a un transgresor de una norma por su transgresión voluntaria, estamos dando la respuesta que daría un defensor de la retribución en la distribución.

Según este autor, existe una gran confusión entre los utilitaristas y sus adversarios precisamente por no haber distinguido convenientemente entre los dos niveles mencionados: la retribución como fin general y la retribución en la distribución. Por supuesto, existen relaciones entre ambos niveles. Pero, así como el sostener la retribución como fin general justificativo de la pena implica mantener la redistribución en la distribución, la inversa no se da. Por ello, es perfectamente compatible sostener una justificación general de la pena de corte utilitarista y en cambio defender la retribución en la distribución. Así, se puede decir, tal como hace HART, que el fin general que justifica la práctica del castigo es que esta práctica genera consecuencias beneficiosas para la sociedad y añadir a renglón seguido que la consecución de este fin general debe estar condicionado o limitado por el respeto a los principios anteriormente citados (HART, 1968: 11-12).

Para HART, por tanto, la justificación general de la pena es utilitarista (para una versión desarrollada a partir de las ideas hartianas, véase TEN, 1987). Pero, como es sabido, el utilitarismo presenta algunos problemas para su justificación. Entre ellos ocupa un lugar destacado el hecho de que en determinadas circunstancias a través de sus postulados se puede llegar a justificar moralmente que se penalice a un inocente. A esta insatisfacción pretende dar respuesta el principio de la persona correcta. Así, se da cabida a una intuición moral que todos tenemos, aunque pueda parecer que con ello se entra de lleno en una justificación, la retributiva, que es contradictoria con la utilitarista. Pero esto, para HART, no es así.

HART, en efecto, entiende que el *principio de la persona correcta* que parece propio del retribucionismo, puede ser justificado a través de razones utilitaristas. Por esa razón, este autor considera que el principio de la retribución en la distribución tiene un valor casi independiente de una justificación retributiva. Un sistema penal que facultara a las autoridades para castigar a los inocentes, sería visto con tal aprensión y genera-

ría tal inseguridad que cualquier ganancia que pudiera producir el ejercicio de esas facultades se vería contrarrestada por la miseria causada por su existencia. Y este argumento es de corte utilitarista y bastante razonable siempre que se utilice en relación con una sociedad abierta como la que está pensando HART. Sin embargo, el argumento resultaría más débil si se quisiera extender su radio de acción a las sociedades que actuaran con mayor secretismo y sin la presencia de medios de información libres, ya que lo que cuenta para la disuasión no es lo que realmente se hace, sino lo que *parece* que se hace. Pese a este inconveniente, el planteamiento encaja bien con los modernos sistemas penales, en los que podemos hallar muchas disposiciones que están basadas en tales principios.

De todos modos, parece que el *principio de culpabilidad* puede generar mayores problemas dadas sus múltiples variantes de aplicación. Los distintos sistemas jurídicos reconocen razones de varios tipos por las que un individuo, aun habiendo realizado el acto delictivo (por acción u omisión), puede ser considerado no sujeto a responsabilidad. Así, hallamos causas de justificación, como es el caso de la legítima defensa o excusas como el hecho de haber realizado el acto bajo coacción. El sujeto puede haber realizado el acto también sometido a algún tipo de situaciones que hacen que «no sea él mismo», como por ejemplo en estados de epilepsia, o por influencia de un importante desorden mental. Puede suceder, por último, que el acto en cuestión sea realizado por accidente o por alguien que es menor de edad.

Todas estas situaciones pueden presentar problemas. Pero, aunque los resolvamos, un utilitarista puede sostener que a pesar de que se den estas circunstancias, algo se debe hacer para evitar tales actos en la medida de lo posible, por cuanto ocasionan daños. De hecho, muchas veces el incremento en alguno de estos supuestos origina la aparición de nuevos delitos. Un caso paradigmático lo tenemos con el incremento de los accidentes automovilísticos. Ello da lugar a un deseo legítimo por reducir la tasa de siniestralidad. Y para ello, en muchas ocasiones se califica de delito el hecho de poner en riesgo la vida de las personas a través de la tipificación de delitos contra la seguridad en el tráfico. Por tanto, una justificación general de la pena de corte utilitarista parece exigir algo más que la retribución en la distribución.

### 5.2. Una justificación basada en el autointerés

Por todo lo dicho hasta ahora pudiera parecer que lo único que se puede hacer en el ámbito de la justificación de la pena es optar por una visión retribucionista pura, o una visión utilitarista pura, o bien por una combinación de ambas. Sin embargo, puede resultar de interés adoptar una visión que nos permita una justificación de ideas tan intuitivas y tan extendidas en nuestros ordenamientos como las planteadas por el principio de retribución en la distribución, pero a partir de postulados que no son ni retributivos ni utilitaristas. Tal vez con ello se puedan encarar de otra forma algunos de los callejones sin salida que se suelen encontrar en este tipo de debates entre retribucionistas y utilitaristas.

La idea la podríamos tomar de RAWLS y su forma de hallar los principios de justicia que deberían regir las instituciones en una sociedad justa y aplicarla a los supuestos

de justificación de la pena (WALKER, 1991: 92-93). Como es sabido, la propuesta de RAWLS consiste en la realización de un experimento mental. Deberíamos colocarnos en la posición de una persona que decidirá por el propio interés, es decir, sin tener en cuenta consideraciones de carácter altruista y colocada tras un velo de ignorancia. Este velo no le dejará saber si una vez retirado se hallará en una posición privilegiada, si será inteligente o no, si tendrá mayores o menores capacidades o si será incompetente. Tampoco le permite saber en qué estadio económico se encontrará la sociedad en que le tocará vivir. RAWLS argumenta que si esa persona es racional y autointeresada optará por una sociedad organizada de una determinada manera: en un sentido vago, pero que es suficiente para lo que aquí importa, se tratará de una sociedad en la que existirán igualdad de oportunidades de alcanzar un cierto bienestar por parte de todos sus ciudadanos (RAWLS, 1971).

Ahora imaginemos que esta persona que tiene que decidir bajo estos condicionantes desconoce si se encarnará, una vez quitado el velo, en una persona cumplidora de la ley o bien en un delincuente. Supongamos, además, que se le ofrecen dos opciones para poder elegir. Una primera opción consiste en vivir en la sociedad A, en la que se respetarán los principios de la persona correcta y el de culpabilidad. Escoger la segunda opción supone vivir en una sociedad B, en la que no se respetan estos principios. En la sociedad A esta persona podría ser castigada únicamente por los delitos que haya cometido de manera culpable. En la sociedad B, en cambio, podría ser castigada por delitos de los que no es responsable (a tenor de los principios citados). Puesto que por hipótesis la persona en cuestión puede encarnarse en dos roles distintos, cumplidor de normas o delincuente, ¿qué ocurrirá en cada uno de estos casos? Si le toca ser delincuente, en las sociedades A y B se le podrá castigar por los delitos que ha cometido, pero en la sociedad B se le podrá castigar, además, por delitos de los que no sea culpable. Desde esta posición, parece que la elección racional debe ser vivir en la sociedad A. Por el contrario, si se encarna en una persona cumplidora de las leyes, se encontrará que en la sociedad A nunca podrá ser castigado, pero sí que lo podrá ser en la sociedad B. Parece claro que en este caso su elección racional será también vivir en la sociedad A. Por tanto, en cualquier circunstancia, un sujeto racional y auto interesado preferirá vivir en la sociedad A y no en la sociedad B.

Fijémonos bien: esta justificación no es utilitarista. La sociedad que elegiríamos en estas circunstancias no tiene por qué ser la que tenga, por ejemplo, un índice de criminalidad menor. Si la sociedad B presenta un menor índice de criminalidad que la sociedad A, podría estar más justificada que ésta desde un punto de vista utilitarista. En cambio, este dato es irrelevante en el argumento que acabo de dar. Por otro lado, el razonamiento que hemos llevado a cabo no se basa tampoco en razones de merecimiento. Se trata simplemente de una cuestión de elección racional, de individuos que velan por su propio interés.

## 6. EL DILEMA DE LA CASTRACIÓN QUÍMICA

Dejamos aparcada en su momento la cuestión acerca de la justificación de la pena en relación con el caso del violador compulsivo, diciendo que en función de la pregunta de por qué castigar, parecía que la única opción plausible era la relativa a la incapa-

citación. Lo dicho en los anteriores apartados nos permite avanzar una respuesta más elaborada, aunque seguramente más decepcionante.

Ello supone afrontar la pregunta acerca de cómo implementar la pena. Para simplificar, imaginemos que la incapacitación se pueda lograr o bien a través de la privación de libertad o bien a través de la castración química. Aunque consideráramos acertada la primera medida, como ya dije, no hay razón que justifique su implementación en un entorno desagradable y carecemos de criterios para establecer un determinado plazo de cumplimiento de la pena.

Pero por ahora concentremos nuestra atención en la llamada «castración química». Esta alternativa consiste en la administración de medicamentos para suprimir la líbido del individuo. Fue diseñada para el tratamiento del cáncer de próstata avanzado. Lo que hace la castración química es utilizar unas sustancias que bloquean la producción de testosterona en los testículos. El fármaco actúa en el cerebro del individuo, en la glándula hipófisis, inhibiendo la producción de la hormona. La testosterona es una hormona esencial para un correcto funcionamiento de la sexualidad masculina. Por eso, cuando la testosterona desaparece del organismo se produce una disminución del impulso sexual, o líbido, en el hombre. Ello debería de llevar al violador compulsivo a no cometer más agresiones sexuales.

En muchos países, también en el nuestro, desde hace tiempo existen programas a los que los delincuentes sexuales pueden someterse voluntariamente. La primera pregunta que debemos hacernos es si son efectivos estos programas. En primer lugar, los expertos creen que la lista de efectos secundarios, a veces graves, podría disuadir a los delincuentes de continuar el tratamiento. En segundo lugar, diversos especialistas creen que estos medicamentos no son efectivos por sí solos y subrayan, por tanto, que tales tratamientos no pueden ir aislados. Por esta razón, se suelen acompañar con otras terapias, como asesoramiento psicológico y tratamientos antidepresivos. Sin embargo, hasta ahora no se ha logrado obtener pruebas científicas que confirmen que estos tratamientos sean realmente exitosos. Más bien se ha puesto de relieve en diversas ocasiones que el delincuente, aun sujeto a ese tipo de tratamientos, ha reincidido, por ejemplo cometiendo agresiones sexuales con objetos. Pero, si de hecho estos tratamientos son poco eficaces, entonces decae la razón básica para adoptarlos desde el punto de vista de la incapacitación como modelo justificativo de la pena.

Ahora bien, desde el punto de vista filosófico se puede ir más allá. Imaginemos que estos tratamientos son exitosos, en el sentido de que en ningún caso de los que se aplican se produce un nuevo delito, ¿deberemos entonces considerarlos justificados moralmente? Llegamos así a un punto central de la justificación de la pena, en el que se entrecruzan en realidad dos problemas, uno relativo a la justificación de los destinatarios (a quién se castiga) y otro que tiene que ver con la justificación del cómo se castiga.

Respecto a la primera cuestión, se puede decir que, por un lado, está el hecho de considerar responsables de sus actos a los sujetos que cometen de manera reiterada este tipo de delitos. Si lo son, a tenor del principio de retribución en la distribución, entonces deben cumplir la pena correspondiente. Pero, si por el contrario, se les considera inimputables, según ese mismo principio, entonces no se les puede considerar respon-

sables de sus actos. Parece que si se acepta la extensión de la clase de los inimputables, cumpliendo con el principio de culpabilidad, a quienes aun sabiendo distinguir lo correcto de lo incorrecto, no son capaces de hacer lo correcto, estos individuos no podrían ser considerados responsables.

El problema en que nos hallamos ahora, y que subsistirá o incluso se agravará en algunos de los proyectos de reforma que están en marcha, es que se intentan combinar ambos puntos de vista, que en este punto son incompatibles. Puesto en sus crudos términos: o a estos sujetos se les trata como responsables de sus actos y entonces se les condena como a todo delincuente (con sus deberes, pero también con sus derechos), o se les considera inimputables, puesto que se trata de enfermos mentales, en cuyo caso *no cabe la aplicación de ninguna pena en sentido estricto* y hay que intentar la vía del tratamiento médico. El mantener ambas posiciones, simultáneamente (aplicando la pena y el tratamiento al mismo tiempo) o sucesivamente (aplicando primero la pena y después, una vez cumplida ésta, el tratamiento), no parece tener justificación.

En relación con la segunda cuestión y si se acepta todo lo anterior, entonces surge un dilema respecto a qué medida hay que emplear en estos casos.

Si se opta por la imposición de una pena privativa de libertad, la única justificación posible de la misma, como sabemos, sería la relativa al objetivo de la incapacitación. Pero tomar esa medida, tiene el coste de sacrificar el principio de retribución en la distribución, ya que los sujetos a los que se va aplicar son inimputables y además parece que sólo cabría la condena de por vida, al carecerse de un criterio para delimitar temporalmente la pena.

Si se opta por el empleo de la castración química, caben dos opciones: que esa medida se considere la imposición de una pena o que se tome como un tratamiento médico. Si se la considera una pena, no se puede aplicar a los violadores compulsivos, ya que éstos son inimputables (salvo que se quiera de nuevo sacrificar el principio de retribución en la distribución). Si por el contrario recibe la consideración de tratamiento médico, entonces estos sujetos, por una simple aplicación del principio de dignidad, tienen que prestar su consentimiento informado (como cualquier paciente), con lo cual la sociedad se expone a que alguno no quiera recibir tratamiento o que queriendo recibirlo no resulte eficaz.

Debe quedar claro, para finalizar, que lo que aquí he expuesto es relativo a la justificación de la *pena.* He dejado al margen la posibilidad de dar buenas razones a favor de llevar a cabo *medidas de seguridad* en estos casos. Por lo que ahora interesa, se suele entender que respecto a la pena se requiere un juicio de reproche, basado en el principio de culpabilidad, que, en cambio, no se exige para justificar las medidas de seguridad. En este sentido, del mismo modo que se podría intervenir para «curar» a personas que pueden transmitir una enfermedad por hallarse infectados con un virus capaz de provocar una epidemia en una determinada población, análogamente cabría intervenir, aun contra la voluntad de los violadores compulsivos, a través de medidas como la castración química para evitar los males seguros que se originarían de tal omisión. Esto se podría justificar siempre que se probara que este tratamiento es efectivo (lo cual, como hemos visto, no está nada claro) y es el menos costoso tanto para la sociedad como para el individuo al que se le aplicaría.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

BECCARIA, C., 1764: *De los delitos y de las penas.* Traducción castellana de J. JORDÁ, 1983: Barcelona.

BENTHAM, J., 1789: *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, J. H. BURNS y H. L. A. HART (eds.), 1970: London: The Athlone Press.

BETEGÓN, J., 1992: *La justificación del castigo,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BOWLES, S., y GINTIS, H., 2004: «The Evolution of Strong Reciprocity: Cooperation in Heterogeneous Populations», *Theoretical Population Biology,* 65: 17-28.

BROSNAN, S. F., y DE WAAL, F. B. M., 2003: «Monkeys Reject Unequal Pay», *Nature,* 425: 297-299.

FRANKFURT, H., 1966: «Alternate Possibilities and Moral Responsibility», *Journal of Philosophy,* 66: 829-839.

GIMBERNAT, E., 1990: «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho penal,* 3.ª ed., Madrid: Tecnos, 140-161.

GREEN, J., y COHEN, J., 2004: «For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything», en S. ZEKI y O. GOODENOUGH (eds.), *Law and the Brain,* Oxford: Oxford University Press, 207-226.

HART, H. L. A., 1968: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law,* Oxford: Oxford Clarendon Press.

HIERRO, L., 1989: «Libertad y responsabilidad penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* 565-602.

HONDERICH, 1993: *How Free are You? The Determinism Problem,* Oxford: Oxford University Press. Traducción castellana de A. P. MOYA, 1995: *¿Hasta qué punto somos libres? El problema del determinismo,* Barcelona: Tusquets.

HOOK, E. B., 1973: «Behavior Implications of the Human XYY Genotype», *Science,* 179: 139-150.

KANT, I., 1797: *La metafísica de las costumbres.* Traducción castellana de A. CORTINA y J. CONILL, 1989: Madrid: Tecnos.

LOMBROSO-FERRARO G., 1972: *Criminal Man According to the Classification of Cesare Lombroso,* Montclair: Paterson Smith. La publicación original data de 1911.

MACMILLAN, M., 2000: *An Odd Kind of Fame: Stories of Phinneas Gage,* Cambridge: MIT Press.

MASSOGLIA, M., y MACMILLAN, R., 2002: «Deterrence, Rational Choice, and Criminal Offending: A Consideration of Legal Subjectivity», en A. R. PIQUERO y TIBBETTS (eds.), *Rational Choice and Criminal Behaviour,* New York: Routledge, 323-340.

MEDNICK, S. A., 1980: «Primary Prevention of Juvenile Delinquency», en D. SHICHOR y D. H. KELLY (eds.), *Critical Issues in Juvenile Delinquency,* Lexington: D. C. Heath, 263-277.

MOLINA FERNÁNDEZ, F.: «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (Análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* 4: 57-137.

NINO, C. S., 1980: *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito,* Buenos Aires: Astrea.

PETTIT, P., 2002: «The Capacity to Have Done Otherwise», en *Rules, Reasons, and Norms: Selected Essays,* Oxford: Oxford University Press, 257-272.

PLATÓN: *Protágoras.* Citado por la traducción castellana de J. CALONGE, E. LLEDÓ y C. GARCÍA GUAL, 1981: *Diálogos,* vol. I, Madrid: Gredos.

RAWLS, J., 1971: *A Theory of Justice.* Traducción castellana de M. D. GONZÁLEZ, 1979: *Teoría de la justicia,* México: FCE.

SAPOLSKY, R. M., 2004: «The Frontal Cortex and the Criminal Justice System», en S. ZEKI y O. GOODENOUCH (eds.), *Law and the Brain,* Oxford: Oxford University Press, 227-244.

SHICHOR, D., 2006: *The Meaning and Nature of Punishment,* Long Grove: Waveland Press.

STRAWSON, P. F., 1962: «Freedom and Resentment», en *Freedom and Resentment and Other Essays,* London: Methuen, 1974. Traducción castellana de J. J. ACERO, 1995: «Libertad y resentimiento», en *Libertad y resentimiento y otros ensayos,* Barcelona: Paidós, 37-68.

TEN, C. L., 1987: *Crime, Guilt and Punishment,* Oxford: Clarendon Press.

VAN INWAGEN, P., 1882: «The Incompatibility of Free Will and Determinism», en G. WATSON (ed.), *Free Will,* New York: Oxford University Press, 46-58.

VILAJOSANA, J. M., 2007: *Identificación y justificación del derecho,* Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

VON WRIGHT, G. H., 1998: «Of Human Freedom», en *In The Shadow of Descartes. Essays in the Philosophy of Mind,* Dordrecht-Boston-London: Kluwer, 1-45.

WALKER, N., 1991: *Why Punish?,* Oxford: Oxford University Press.

WEATHERFORD, R., 1991: *The Implications of Determinism,* London-New York: Routledge.

# LIBERTAD, DEBER DE JUSTICIA E IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO *

Mariano C. Melero de la Torre
*UNED*

**RESUMEN.** Este trabajo toma como punto de partida un argumento típico de la filosofía política moderna —las normas jurídicas de un Estado razonablemente justo son moralmente obligatorias porque cumplen un papel indispensable en la realización de la libertad de sus ciudadanos—. Frente a su lectura más ortodoxa, basada en la idea del «gobierno por consentimiento», el autor desarrolla el «modelo del deber natural», que afirma una relación objetiva entre el Estado de Derecho y la libertad individual, y donde la base común de la obligación política es el principio de la integridad de la justicia. Dicho modelo se corresponde, a su vez, con una concepción interpretativa del Derecho cuya principal tesis contradice al positivismo jurídico en un aspecto esencial: la identificación de las normas jurídicas depende, en parte, de la justificación moral de su fuerza obligatoria.

**Palabras clave:** libertad, obligación política, positivismo jurídico, identificación de las normas.

**ABSTRACT.** This paper takes as its point of departure a typical argument of modern political philosophy —legal norms of a reasonably just state are morally obligatory because they play an indispensable role in the realization of its citizens' freedom. In contrast with the most orthodox version of this argument, based on the idea of «government by consent», the author develops the «model of natural duty», that presupposes an objective relationship between the rule of law and individual liberty, and where the common basis of political obligation is the principle of integrity of justice. Furthermore, this model corresponds with an interpretative conception of law whose principal thesis refutes legal positivism in an essential aspect: the identification of legal norms does not only depend upon social conventions, but also on the moral justification of their normative force.

**Keywords:** freedom, political obligation, legal positivism, the identification of legal norms.

* Fecha de recepción: 28 de febrero de 2008. Fecha de aceptación: 26 de marzo de 2008.

## 1. LA OBLIGACIÓN POLÍTICA COMO PROBLEMA

La posible justificación de una obligación moral general de obediencia al Derecho, si bien es una cuestión que corresponde dilucidar a la filosofía moral y política, incide decisivamente en la teoría general del Derecho, y más concretamente, en el problema de la identificación y existencia del fenómeno jurídico. Ésta es, al menos, la tesis principal de este trabajo. Plantearé la primera cuestión en el ámbito de la historia de la filosofía política, con el propósito de esbozar un modelo de justificación de la obligación política, para luego entrar a discutir el segundo problema dentro de la filosofía jurídica contemporánea.

En términos generales, las teorías que afirman la existencia de una obligación de este tipo pueden dividirse en dos grandes grupos, según cuál sea la condición que emplean para su justificación. En el primer grupo estarían aquellas teorías que exigen la adquisición voluntaria por parte de los ciudadanos —ya sea mediante la aceptación de los principios que rigen el sistema jurídico, ya sea mediante la obtención de los beneficios procedentes de ese sistema—. Las teorías del segundo grupo, en cambio, serían las que postulan un deber moral de obediencia al Derecho de un Estado razonablemente justo, con independencia de la voluntad de los ciudadanos. A este segundo grupo lo denominaré «el modelo del deber natural de justicia»[1].

El presente trabajo pretende bosquejar un argumento en pro de la obligación política dentro del marco teórico de dicho modelo. Para ser más precisos, la concepción que aquí se defiende afirma la existencia de un deber «natural» —cuyo origen no reside en nada que podamos hacer o decir— de obedecer las instituciones políticas de un Estado de Derecho, entendiendo por tales instituciones la realización jurídica de los principios de justicia de una democracia liberal. Con esta tesis pretendo dar réplica al escepticismo que, sobre este tema, ha llegado a convertirse en un lugar común tanto en la esfera de la filosofía política como en la de la filosofía del Derecho[2]. A mi modo de ver, esta actitud escéptica es la consecuencia de asumir la aceptación voluntaria como la única condición posible de la obligación política; el propósito último de este trabajo es precisamente rebatir dicho presupuesto.

Pero antes de empezar a desarrollar el argumento, permítaseme añadir algo más sobre la noción misma de «obligación política». En primer lugar, un breve comentario sobre su definición. Afirmar la existencia de una obligación moral general de obedecer el Derecho significa defender que todos los ciudadanos de una comunidad política tienen, bajo ciertas condiciones, la obligación de obedecer todas y cada una de las directivas jurídicas de su sistema legal precisamente *porque* forman parte de dicho sistema[3].

---

[1] En el texto se usarán indistintamente los términos «deber» y «obligación». A pesar de los intentos por marcar una diferenciación teórica entre ambos, no existe un consenso generalizado al respecto, por lo que he preferido partir de su equiparación. Para una descripción general de la polémica sobre esta distinción, *cfr.* N. M.ª MARTÍNEZ YÁÑEZ, 2000, *La obediencia al Derecho en la España democrática*, Madrid: Dykinson.

[2] *Cfr.* M. B. E. SMITH, 1973, «Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law?», *Yale Law Journal*, 82; J. SIMMONS, 1979, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton University Press; L. GREEN, 1988, *The Authority of the State*, Oxford: Clarendon Press; J. RAZ, 1994, *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Clarendon Press.

[3] Aquí sigo la práctica habitual de considerar las directivas como el caso modélico de los contenidos del Derecho. Evidentemente, el sistema jurídico modifica nuestra situación normativa de formas muy variadas, es-

Dicho con mayor brevedad, implica aseverar que estamos obligados a obedecer el Derecho por ser Derecho. Lo cual no implica que éste deba ser la única base normativa de las acciones que prescribe. En muchas ocasiones, las normas jurídicas ordenan lo que previamente nos impone la moral, si bien de un modo más concreto y con carácter coactivo. Sin embargo, como ha señalado J. RAZ, un argumento en pro de la obligación política no puede limitarse a mostrar que el Derecho modifica de algún modo nuestras obligaciones morales previas, o que, en general, transforma nuestra situación normativa (mediante la imposición de derechos, permisos, etc.)[4]. Para alcanzar su objetivo, dicho argumento debe mostrar que el Derecho obliga *por sí mismo*, es decir, en virtud de su mera existencia.

No es suficiente, por tanto, con constatar que tenemos una obligación moral de obedecer las normas jurídicas cuando su contenido coincide con lo que nos dicta nuestra conciencia moral[5]. Es cierto que casi todas las teorías de la obligación política asumen que no hay ningún deber de obediencia cuando la injusticia de las normas jurídicas sobrepasa ciertos límites —razón por la cual se suele decir que la obligación política es únicamente *prima facie*—. Sin embargo, dado que ningún sistema jurídico es (ni será nunca) perfectamente justo, no tendría mucho sentido afirmar una obligación general de obediencia si no fuéramos capaces de justificar que, en ciertas ocasiones, existe la obligación moral de obedecer normas injustas —es decir, normas que no se ciñen a nuestra particular concepción de la justicia—. Como veremos, el argumento del deber natural de justicia reconoce este punto.

En segundo lugar, resulta evidente, a partir de su definición misma, que se trata de una cuestión que incide decisivamente en el problema de la identificación del Derecho[6]. En definitiva, no es posible establecer la existencia de una obligación general de obediencia al Derecho sin postular una condición moral intrínseca a la realidad jurídica. Lo cual nos conduce a descartar las teorías de la aceptación voluntaria. Al recurrir

---

tableciendo permisos, títulos, derechos, etc. Por este motivo, algunos autores prefieren hablar de fidelidad, o de responsabilidad, en lugar de obediencia. Para los propósitos de este artículo, sin embargo, no he creído necesario introducir esta complejidad.

[4] *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 234; *Ethics in the Public Domain*, *op.cit.*, pp. 343-344.

[5] Ésta es, de hecho, la forma en que los iusfilósofos españoles han solido defender la obligación política a partir del planteamiento que realizó F. GONZÁLEZ VICÉN1 1979, sobre la cuestión («mientras no hay un fundamento ético para la obediencia la Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia», «La obediencia al Derecho», *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de la Laguna, p. 388). Es el caso, por ejemplo, de M. ATIENZA, 1983, «La filosofía del Derecho de Felipe González Vicén», en *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot; E. DÍAZ, 1984, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Madrid: Debate; y E. FERNÁNDEZ, 1987, *La obediencia al Derecho*, Madrid: Civitas. En sentido contrario, J. C. BAYÓN MOHINO argumenta que la mera coincidencia de contenidos entre las normas morales y jurídicas no es base suficiente para justificar una obligación general de obediencia al Derecho, «porque como es obvio nada garantiza que lo que el Derecho exige sea de todos modos moralmente obligatorio, ni siempre ni tan siquiera generalmente» (*La normatividad del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 703).

[6] J. C. BAYÓN, en sintonía con el punto de partida de este trabajo, afirma que la polémica sobre la obligación política sólo es sustantiva, y no meramente verbal, cuando lo que se discute es si entre el Derecho y la moral existe una conexión necesaria o por el contrario meramente contingente (*ibídem*, p. 698). Creo que la misma idea queda más claramente expresada si se enuncia a la inversa: en la discusión sobre si la identificación del Derecho depende enteramente de la comprobación de ciertos hechos sociales complejos, o si además requiere la intervención del juicio moral, los contendientes presuponen diferentes teorías de la obligación política.

a una cualidad extrínseca a la realidad jurídica, estas teorías establecen únicamente una relación contingente entre las normas jurídicas y la obligación moral de cumplirlas. Desde su perspectiva, la justificación moral de la obediencia al sistema jurídico es una cuestión independiente de la identificación o existencia de las normas que lo constituyen. De ahí que sea el modelo de obligación política que mejor se corresponde con las concepciones iuspositivistas. Las distintas versiones del positivismo jurídico coinciden en afirmar la llamada «tesis de las fuentes sociales del Derecho», según la cual la identificación del Derecho válido de una comunidad política depende enteramente de una práctica social que determina en cada caso las fuentes o lugares de producción de las normas jurídicas[7].

El modelo del deber natural de justicia, por el contrario, propone como condición de la obligatoriedad moral del Derecho una cualidad intrínseca a la naturaleza de las normas jurídicas. Como veremos, este modelo concibe la obligación política como un problema de filosofía moral y política instalado en el corazón mismo de la teoría general del Derecho. Por este motivo es el modelo que presuponen las teorías «interpretativas» del Derecho. Dicha denominación, a falta de otra mejor, remite a una forma de concebir el fenómeno jurídico en la que éste no existe únicamente en un sentido social o convencional, sino en el sentido más fuerte de tener fuerza normativa de carácter moral. Para estas teorías, el Derecho es una realidad que no puede identificarse sin hacer uso del juicio moral y la argumentación racional.

Finalmente, un escueto comentario sobre un problema íntimamente ligado a nuestra discusión. Me refiero a la legitimidad del poder político. En las teorías del consentimiento, la justificación de la obediencia al Derecho significa buscar el modo de hacer compatible la autonomía moral de los individuos con la sumisión a la autoridad política, es decir, con la heteronomía del Derecho. Los autores positivistas, al presuponer la corrección de este planteamiento, afrontan la obediencia al Derecho como un problema relativo a la legitimidad de la autoridad política. En este sentido, aunque nieguen la existencia de una obligación general de obedecer el Derecho por sí mismo, aún pueden afirmar dicha obligación a partir de la legitimidad democrática, siempre que la elaboración de las normas jurídicas cumpla ciertos requisitos de representación política que aseguren su justicia[8]. Como ha señalado L. GREEN, la legitimidad es una con-

[7] Dentro del actual positivismo jurídico se discute si la práctica social que determina qué es Derecho incluye no sólo hechos sociales, sino también principios morales —o, dicho de otro modo, si además de los criterios formales de órgano y procedimiento (relativos al origen o linaje de las normas), existen criterios materiales de validez normativa (que tienen que ver con los principios de justicia o valores morales sustantivos a los que las normas han de ajustarse para formar parte del sistema jurídico)—. Por mor de la claridad expositiva, no introduciré esta dificultad en mi argumento. No obstante, creo que tiene razón DWORKIN cuando afirma que la incorporación de criterios de validez vinculados a la moral desvirtúa la tesis de las fuentes sociales del Derecho («Thirty Years On», en *Justice in Robes*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2006, pp. 188-198). En definitiva, dicha incorporación lleva consigo la posibilidad de identificar las normas jurídicas haciendo uso del juicio moral, lo cual no parece que sea compatible con la concepción del Derecho como práctica social. Por este motivo, centraré mi réplica al positivismo jurídico en la obra de J. RAZ, el cual limita los criterios de validez jurídica a los de carácter formal o de *pedigree*. Para un análisis detallado de esta polémica, *cfr.* R. ESCUDERO, 2004, *Los calificativos del Positivismo Jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Madrid: Civitas.

[8] Sirvan como ejemplos, *cfr.* H. KELSEN, 2002, *Esencia y valor de la democracia*, Granada: Comares; L. GREEN, *The Authority of the State*, *op. cit.*; F. LAPORTA, 1989, «Sobre la teoría de la democracia y el concepto de representación política: algunas propuestas para debate», *Doxa*, 6; R. SORIANO, 1993, *Compendio de teoría general del Derecho*, 2.ª ed., Barcelona: Ariel, 1993.

dición necesaria de la obligación política, pero la misma circunstancia no se da en sentido contrario[9].

Desde el modelo del deber natural, en cambio, el problema no se plantea en estos términos. La obligación política no consiste simplemente en la obediencia a las decisiones formales del poder político. Se trata más bien de guardar fidelidad a un esquema de principios morales que justifican las decisiones colectivas de una comunidad política determinada. Los autores que entienden el Derecho como interpretación presuponen este modelo de obligación política, puesto que para ellos la realidad jurídica no se reduce a las directivas e instrucciones del poder político, sino que incluye los principios que subyacen a esas decisiones en forma de justificación. Desde su punto de vista, la obligación moral constituye una condición «cuasi-necesaria» de la legitimidad política[10].

## 2. EL MODELO DEL DEBER NATURAL DE JUSTICIA

La controversia en torno a la existencia de una obligación general de obediencia es inherente a la práctica de una democracia liberal[11]. La filosofía política moderna, encargada de justificar racionalmente esa práctica, dio por supuesto desde sus orígenes que el ser humano no está subordinado por naturaleza a autoridad alguna, y que, por tanto, el orden social ha de tener en cuenta necesariamente el punto de vista de los individuos. En palabras de J. RAWLS, los ciudadanos de un régimen constitucional «se consideran a sí mismos como fuentes auto-originantes de pretensiones válidas»[12], lo cual implica que se ven a sí mismos como seres libres para actuar en su propio interés; cada uno de ellos puede derivar sus pretensiones a partir de sus propios fines y proyectos, sin tener que respaldar tales exigencias en deberes u obligaciones previos hacia la sociedad u otras personas. En estas condiciones, la justificación de la obligación política no puede limitarse a señalar directamente las ventajas de la cooperación social

[9] L. GREEN, 2002, «Law and Obligation», en *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford: Oxford University Press, p. 522. En el mismo sentido, R. SARTORIUS, 1981, «Political Authority and Political Obligation», *Virginia Law Review*, 67, 3; y K. GREENAWALT, 1987, «Legitimate Authority and the Duty to Obey», en *Conflicts of Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press. Ésta no es, sin embargo, una postura unánime dentro del positivismo jurídico. Como veremos más adelante, RAZ considera que la legitimidad política y el deber de obediencia son dos caras de la misma moneda. Según este autor, la falta de una obligación general de obediencia es reflejo de la legitimidad incompleta del Estado, incluso en una democracia razonablemente justa.

[10] R. DWORKIN, 1986, *Law's Empire*, London: Fontana Press, p. 191.

[11] En la mayor parte de las filosofías políticas premodernas, la sumisión al poder se consideraba un deber inexcusable en la medida en que sus directivas remitían a un «orden natural» en el que todos los entes tenían asignados su lugar y su función. En la medida en que el orden social se adecuaba correctamente a dicho orden, los individuos debían obedecer las leyes positivas, puesto que de este modo no sólo cumplían con los requerimientos de la justicia, sino que al mismo tiempo mantenían las condiciones necesarias para su felicidad —entendida ésta como el desarrollo de las facultades naturales—. El cuestionamiento de ese supuesto orden natural, debido especialmente al avance de la ciencia moderna, supuso la correspondiente desaparición de la coherencia entre los intereses general y particular que dicho orden garantizaba *a priori. Cfr.* E. SERRANO, 2004, *La insociable sociabilidad. El lugar y la función del derecho y la política en la filosofía práctica de Kant*, Barcelona: Anthropos.

[12] 1986, «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como Equidad, Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid: Tecnos (trad. esp., M. A. Rodilla), p. 162.

en la promoción del interés general; por el contrario, tiene que conciliar esas ventajas con el interés esencial que posee todo ciudadano en no obedecer otra voluntad distinta de la suya.

Las primeras teorías políticas de la Modernidad emplearon el consentimiento, o la aceptación voluntaria, como el mejor recurso para justificar las exigencias de un orden social basado en la libertad de los individuos. Según los contractualistas de los siglos XVII y XVIII, la búsqueda del interés general logra conciliarse con el respeto a la libertad individual cuando los términos de la asociación política son racionalmente acordados o, al menos, voluntariamente aceptados por todos sus miembros. Este enfoque, al que denominaremos el «modelo de la autonomía social»[13], se ha usado abundantemente para justificar la obligación de cumplir el Derecho de una sociedad democrática[14]. Sin embargo, sus exigencias de participación popular en la formación de la voluntad política hacen que sea un modelo que difícilmente puede servir de base para justificar la obligación de obedecer el Derecho en las democracias realmente existentes[15]. Sea como fuere, lo que aquí nos interesa destacar es que dicho enfoque no permite justificar la obligación de obedecer el Derecho por ser Derecho[16].

A la vista de estas dificultades, resulta tentador pensar que no es posible fundar la obligación política en la libre voluntad de los ciudadanos. Incluso podríamos llegar a concluir que los aspectos no voluntarios de la vida social —necesarios y deseables para la asociación de individuos racionales incapaces de actuar voluntariamente de forma cooperativa— socavan la posibilidad de la única justificación razonable de la obligación política. Parece como si estuviéramos forzados a elegir entre la postulación de al-

---

[13] La expresión procede de J. COHEN, 1986, «Reflections on Rousseau: Autonomy and Democracy», *Philosophy and Public Affairs*, 15, p. 279.

[14] En el panorama de la filosofía política contemporánea, y a modo de ejemplo, cabe citar a H. PITKIN, 1965, «Obligation and Consent», *The American Political Science Review*, 59; T. H. MCPHERSON, 1967, *Political Obligation*, London: Routledge; P. SINGER, 1973, *Democracy and Disobedience*, Oxford: Oxford University Press; H. BERAN, 1987, *The Consent Theory of Political Obligation*, London: Croom Helm. Entre nosotros, Á. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, 1994, *Consentimiento, democracia y obligación política*, Madrid: Colex.

[15] C. PATEMAN, por ejemplo, afirma que la justificación de la obligación política sólo podrá tener lugar en una democracia «directa o participativa» (*The Problem of Political Obligation*, NJ, John Wiley & Sons Ltd., 1979, p. 18). Otros defensores del modelo de la autonomía social proponen la asimilación de las exigencias del «diálogo ideal intersubjetivo» en el funcionamiento real de las democracias como una condición necesaria para la legitimación del ejercicio del poder político y, como consecuencia, para la justificación de la obligación política. *Cfr.* J. HABERMAS, 1998, *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta; A. CORTINA, 1985, «La justificación ética del Derecho como tarea prioritaria de la filosofía política. Una discusión desde John Rawls», *Doxa*, 2; R. ASÍS, 1991, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales; R. HERRANZ, 1994, «La justificación de la democracia y la obligación moral de obedecer el Derecho», *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2.

[16] Algo similar ocurre con la otra versión de la adquisición voluntaria: el principio de la equidad, o del *fair play* —cuyos más conocidos desarrollos están en H. L. A. HART, 1995 «Are There Any Natural Rights?», *Philosophical Review* 64; y J. RAWLS, 1999, «Legal Obligation and the Duty of Fair Play», en *Collected Papers*, ed. Samuel Freeman, Cambridge: Mass., Harvard University Press—. Según este principio, la obligación política se presenta como una obligación de equidad entre los miembros participantes de un esquema de cooperación mutuamente ventajoso. Sin embargo, este principio no es capaz de explicar por qué se deben considerar obligados a cooperar aquellos otros miembros de la comunidad que no han aceptado, ni expresa ni tácitamente, los beneficios de la cooperación —es decir, aquellos que no pueden ser llamados propiamente «participantes» en la empresa cooperativa—. Las ventajas que proporciona un Estado de Derecho pueden ser consideradas, en efecto, como un producto de la cooperación social, pero es evidente que la mayoría de los ciudadanos se benefician de ellas sin haberlas aceptado voluntariamente (*cfr.* R. NOZICK, 1974, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford: Blackwell; A. J. SIMMONS, *Moral Principles and Political Obligation*, *op. cit.*)

gún tipo ideal de «gobierno por consentimiento» (o de «esquema cooperativo voluntario») y la pura negación de la autoridad moral del Derecho. Sin embargo, existe aún una tercera posibilidad: la idea del «deber natural». Como ha señalado J. WALDRON, resulta extraño el escaso interés que despierta esta noción, habida cuenta del tipo de relación moral que mantenemos con el Derecho. Aunque son pocos los ciudadanos que obedecen todas las normas en todo momento, los que reconocen la existencia de un requisito moral de obediencia parten de la convicción de que las normas jurídicas representan las demandas justas de la vida social, cuyo carácter imperativo no puede depender de ninguna circunstancia contingente como el consentimiento[17].

Con vistas al argumento que vamos a desplegar aquí, lo decisivo es que el deber natural implica un modo «objetivo» de explicar cómo el Derecho justo actualiza o hace real la libertad individual. A diferencia de lo que ocurre en el modelo de la autonomía social, donde dicha realización depende de la aceptación voluntaria de los principios de justicia por parte de los ciudadanos —de modo que, en última instancia, la obediencia al Derecho implica cumplir las normas que ellos mismos se han dado—, en el modelo del deber natural los ciudadanos son libres al obedecer las directivas de un Estado globalmente justo porque con ello garantizan las condiciones sociales que les permiten perseguir sus propios fines con independencia de cualquier otra voluntad distinta de la suya[18]. En este punto, lo que nos interesa no es tanto la diferencia en las concepciones de la libertad que emplean ambos modelos, como el hecho de que cada uno subraye una forma peculiar de vincular el Derecho y la libertad. En el primer caso, la obediencia al Derecho es una forma de relacionarse con el orden social que supone en sí misma una expresión de libertad; en el segundo caso, la obediencia al Derecho implica la posibilidad de ejercer una voluntad independiente[19].

El contraste entre estos dos modelos puede apreciarse, si bien de forma implícita, en *El Contrato Social* (1762) de Jean Jacques ROUSSEAU[20]. Este texto es, como se sabe, una de las más encendidas defensas del modelo de la autonomía social. La re-

---

[17] 1990, «Special Ties and Natural Duties», *Philosophy & Public Affairs*, 22, p. 3.

[18] Con objeto de resaltar lo que aquí se quiere decir, el texto no hace referencia al principio de la equidad. Sin embargo, dado que presupone la adquisición voluntaria de los beneficios sociales, este principio acarrea los mismos defectos que lleva consigo el consentimiento.

[19] Algunos autores combinan ambos modelos en una sola teoría. *Cfr.* E. FERNÁNDEZ, *La obediencia al Derecho*, *op. cit.;* D. D. RAPHAEL, 1976, *Problems of Political Philosophy*, London: The Macmillan Press; G. KLOSKO, 2004, «Multiple Principles of Political Obligation», *Political Theory*, 32, 6.

Sin duda, como se verá más adelante, los dos modelos son perfectamente compatibles, y resultan complementarios en la justificación de un régimen constitucional. Sin embargo, cada uno de ellos es capaz de generar diferentes argumentos justificativos, lo cual es especialmente importante cuando no se discute dicho régimen en su totalidad, sino que se trata de justificar únicamente un aspecto concreto del mismo.

[20] La razón para empezar nuestro argumento con ROUSSEAU radica en que este autor puede considerarse, si hacemos caso a HEGEL, como el primer pensador que fundamenta la filosofía política en el principio de la «voluntad libre» [*Filosofía del Derecho* (1821), Barcelona: Edhasa, 1999, trad. esp., J. L. VERMAL, p. 372]. Para Rousseau, al contrario que para LOCKE, el papel del Estado con respecto a la libertad no se reduce simplemente a preservar y promover una libertad que los individuos pueden disfrutar al margen de su condición de ciudadanos de una comunidad política. Según el ginebrino, los seres humanos nacen libres, pero sólo pueden actualizar o hacer real su libertad dentro de los confines del Estado. No obstante, como ya indiqué al inicio, este trabajo recurre a la historia de las ideas con el único propósito de rescatar los materiales que permiten construir un argumento en pro de la obligación política. Para un desarrollo histórico de la idea de libertad «negativa» como libertad política, *cfr.* Q. SKINNER, «The Idea of Negative Liberty: Philosophical and Historical Perspectives», en R. RORTY, J. B. SCHNEEWIND y Q. SKINNER (eds.), 1984, *Philosophy in History*, Cambridge: Cambridge University Press.

conciliación del interés general y la libertad individual se alcanza, según ROUSSEAU, cuando todos los individuos se identifican conscientemente con la voluntad general, lo cual no sólo requiere que todos alcancen un entendimiento compartido del bien común, sino además que cada uno esté dispuesto a considerar ese bien como su interés más auténtico. Con todo, el libro de Rousseau contiene un par de pasajes que carecen de sentido desde el enfoque del autogobierno. El primero es donde dice que «quien se niegue a obedecer a la voluntad general será obligado por todo el cuerpo [político], lo que no significa sino que se le obligará a ser libre»[21]. El segundo texto se encuentra en la discusión sobre los procedimientos de votación en las asambleas del pueblo. Allí, ROUSSEAU afirma que los ciudadanos de un Estado bien constituido son libres, incluso cuando se les exige que se sometan a leyes particulares que no se ajustan a sus propias opiniones de lo que prescribe el bien común[22]. En ambos casos, la idea parece ser que los ciudadanos alcanzan la libertad cuando están sujetos a la voluntad general, con independencia de que la reconozcan o no conscientemente como la suya propia. En este sentido, que la voluntad general sea la voluntad (profunda o verdadera) de cada individuo no depende de que los individuos reconozcan este hecho como tal.

La clave para entender esta forma de identificación «objetiva» entre las voluntades general y particular nos la da el propio ROUSSEAU al añadir a continuación del «se les obligará a ser libres»: «porque esto [la estipulación de que los individuos sean constreñidos a seguir la voluntad general] es la condición que, al entregarse cada ciudadano a la patria, le protege contra toda dependencia personal»[23]. Para ROUSSEAU, la dependencia respecto de los otros (tanto económica como psicológica) representa el mayor obstáculo para la realización de la libertad. Sin embargo, la estrategia del filósofo no consiste en tratar de erradicar la interdependencia de los seres humanos —algo impracticable dada nuestra naturaleza social—, sino más bien en perseguir su reestructuración, de modo que deje de implicar el sometimiento a la voluntad de los demás. La solución que sugiere ROUSSEAU es transformar la dependencia respecto a personas individuales en una dependencia respecto a la comunidad como un todo. En este sentido, la voluntad general de ROUSSEAU implica el conjunto de instituciones que recomponen la dependencia personal, con la eliminación, o al menos la reducción significativa, de sus consecuencias dañinas para la libertad. En el Estado ético rousseauniano, cada ciudadano se «protege contra toda dependencia personal» mediante la obediencia (forzada o voluntaria) a las instituciones de la voluntad general[24].

Desde esta perspectiva, la voluntad general no significa la realización de la libertad moral (o de la autonomía social), sino una precondición de la «libertad civil»[25]. Como señala F. NEUHOUSER, las instituciones de la voluntad general garantizan a cada ciudadano «no sólo el derecho abstracto, sino la posibilidad real de actuar sin estar restringido por la voluntad de los demás dentro de una esfera de actividad externa a los inte-

---

[21] 1992, *El contrato social o Principios de derecho político*, Madrid: Tecnos (trad. esp., M. J. Villaverde), p. 19.

[22] *Ibídem*, p. 107.

[23] *Ibídem*, p. 19.

[24] *Cfr.* F. NEUHOUSER, 1993 «Freedom, Dependence and the General Will», *The Philosophical Review*, 102, 3.

[25] *El contrato social*, *op. cit.*, p. 19.

reses vitales de la comunidad»[26]. En este sentido, que la voluntad general constituya además la voluntad de cada individuo no depende de una cualidad subjetiva de las voluntades individuales, sino de un rasgo objetivo de la voluntad general misma —a saber, de que su querer tiene por objeto las condiciones que hacen posible la liberación de los individuos respecto de las voluntades arbitrarias de los demás—. El sometimiento a la voluntad general se puede concebir, por tanto, como un deber natural (incondicionado). No sólo su existencia acontece al margen de la voluntad de los ciudadanos, sino que además éstos no pueden zafarse de su cumplimiento sin dejar de ser libres. Cuando alguien «elige» actuar de un modo contrario a lo que exige la voluntad general, impide la realización de su propia libertad (y la de sus conciudadanos), por lo que no puede considerarse que esté haciendo «su» voluntad.

El mismo argumento lo encontramos explícitamente en la filosofía del Derecho de I. KANT —o, lo que es lo mismo, en la primera parte de *La metafísica de las costumbres* (1797)—. La forma en que este autor concibe las relaciones entre la moral y el Derecho representa, aún con mayor dramatismo que en el caso de Rousseau, la tensión entre el enfoque de la autonomía y la perspectiva del «obligar a ser libres». Numerosos autores han puesto de relieve la contraposición entre la ética kantiana, basada en el valor supremo de la autonomía, y el carácter radicalmente heterónomo con que KANT describe el Derecho[27]. Sin embargo, esta oposición desaparece cuando se distinguen los ámbitos propios de, por un lado, la libertad «trascendental» o autonomía en abstracto, y, por otro, la libertad externa —es decir, la libertad en su sentido de «independencia con respecto al arbitrio constrictivo de otro»[28]—. El ámbito de la libertad trascendental es, principalmente, la conciencia individual; sólo como «idea pura práctica» se extiende también a la comunidad ideal del «reino de los fines». Cada miembro del reino de los fines asume por sí mismo una ley que él se da, y que es, a la vez, la ley que todos los demás miembros se imponen libremente. En el ámbito de la libertad externa, sin embargo, se trata de hacer posible la libre determinación de los hombres en la interdependencia del mundo social, donde las acciones de los individuos han de conjugarse forzosamente entre sí. Con este objetivo, dice KANT, el Estado jurídico o civil establece «el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad»[29].

Para KANT, por tanto, el Derecho constituye la condición de la libertad en la coexistencia, es decir, «la condición de la autonomía en el mundo de las relaciones humanas»[30]. El Derecho, entendido como «ley general de libertad», delimita para todos los ciudadanos una esfera igual de acción independiente. Por esta razón, la imposición coactiva de su obediencia no daña la libertad, pues todo lo que se opone al Derecho es un impedimento de la libertad que debe ser eliminado «en virtud del principio de contradicción»[31]. Si un cierto uso de la libertad es un obstáculo para la realización de

---

[26] «Freedom, Dependence and the General Will», *op. cit.*, p. 392.

[27] Sirva como ejemplo el texto de I. BERLIN, 1988, «Dos conceptos de libertad», en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid: Alianza.

[28] I. KANT, 1989, *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos (trad. esp., A. Cortina y J. Conill), p. 48.

[29] *Ibídem*, p. 39.

[30] F. GONZÁLEZ VICÉN, 1977, «La filosofía del Estado en Kant», en I. KANT, *Introducción a la teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, p. 72.

[31] *La metafísica de las costumbres*, *op. cit.*, p. 41.

ésta según leyes generales, dice KANT, «entonces la coacción que se le opone, en tanto que obstáculo frente a lo que obstaculiza la libertad, concuerda con la libertad según leyes universales»[32]. Por tanto, no es la aceptación voluntaria, sino un rasgo objetivo del Estado de Derecho, lo que hace obligatoria la obediencia a las normas y principios jurídicos. Para KANT, existe un deber moral de obedecer el Derecho por ser Derecho, es decir, por ser un orden general y cierto de convivencia que posibilita el ejercicio de la libertad trascendental en el mundo sensible. La obediencia al Derecho no sólo acontece cuando sus normas son justas desde el punto de vista de la conciencia individual; por el contrario, se da siempre que el Derecho es Derecho, esto es, siempre que pretende asegurar mediante reglas abstractas un ámbito de acción dentro del cual los individuos pueden hacer realidad la exigencia de autonomía dirigida a su ser individual.

En la filosofía política contemporánea, el valedor más conocido del deber natural de justicia es J. RAWLS, especialmente en *Una teoría de la justicia*. Este texto pretende ser heredero de la tradición contractual, por lo que la autonomía social es sin duda el modelo que inspira el conjunto de la obra. Sin embargo, es posible apreciar una relación objetiva entre la libertad individual y los principios de justicia allí donde el autor defiende su concepción de la «justicia como equidad» frente al utilitarismo. En la teoría utilitaria, la sociedad maximiza la satisfacción agregada de los intereses que los individuos han elegido previamente y sin restricción alguna. En la «justicia como equidad», por el contrario, los ciudadanos «acuerdan anticipadamente los principios por los cuales tienen que fijarse sus pretensiones mutuas»[33]. Los principios de la justicia reciben, pues, «primacía absoluta», de tal modo que los ciudadanos diseñan y persiguen sus concepciones del bien a partir de ellos. Este «acuerdo previo» sobre los principios de la justicia implica un tipo de congruencia entre la justicia y el bien que no depende de la aceptación voluntaria de los ciudadanos. El sentido de la justicia puede considerarse bueno para los individuos, incluso aunque ellos no lo reconozcan conscientemente como tal, puesto que al actuar bajo sus dictados sostienen las condiciones necesarias para la libre elección de sus proyectos de vida. Los principios constriñen o delimitan «desde el principio» las concepciones del bien de los ciudadanos[34]. Aquellos individuos que no ajustan el contenido y la persecución de sus concepciones del bien a los reclamos de la justicia, actúan de manera inconsistente con lo que hace posible su propia libertad de decisión (junto con la de sus asociados), y, por tanto, no pueden ser considerados como electores de «sus» concepciones del bien.

---

[32] *Ibídem*, p. 40.

[33] J. RAWLS, 1971, *A Theory of Justice*, Cambridge; Mass., Harvard University Press (trad. esp., M. D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 1978), p. 565. Las citas de este libro son traducciones directas de la versión original.

[34] RAWLS subraya este punto en numerosas partes del libro. Así, por ejemplo, afirma que los principios de justicia, y más en concreto, su realización en formas sociales, «definen los límites dentro de los cuales tienen lugar nuestras deliberaciones» (*ibídem*, p. 563); «ponen límites sobre qué satisfacciones tienen valor; imponen restricciones sobre cuáles son las concepciones razonables del bien» (*ibídem*, p. 31); «restringen el contenido de los proyectos [de vida], los fines que persiguen y los medios que usan» (*ibídem*, p. 449). Todos estos textos ponen de manifiesto que, para el RAWLS de *Una teoría de la justicia*, no es posible ejercer la capacidad de formar y perseguir una concepción del bien al margen de los límites de la justicia. Fuera de una sociedad bien ordenada, el bien de los individuos depende únicamente de las circunstancias arbitrarias, sociales o naturales, en que les ha tocado nacer y vivir. Dicho de otro modo, sin justicia no hay lugar para la autoridad de la reflexión individual sobre la formación de la personalidad moral.

De lo dicho hasta aquí no se sigue, sin embargo, la existencia de incompatibilidad alguna entre ambos modelos. La libertad moral (estar sujeto únicamente a las normas que uno se auto-impone) y la libertad civil (no depender de las constricciones impuestas por la voluntad de otros) no son concepciones rivales, sino formas diferentes y complementarias de entender la condición básica de la libertad —esto es, la condición de no obedecer otra voluntad distinta de la propia de cada uno—. Por ello, no hay problema en afirmar simultáneamente los dos modelos de la obligación política. Mientras el primero hace coincidir la esfera de la libertad moral con el dominio del Derecho mismo (mediante el uso de procedimientos democráticos de formación de la voluntad política), el segundo trata de proteger una esfera de acción libre que sólo puede definirse negativamente (como la condición de no estar constreñido a obedecer las voluntades particulares de otros individuos).

Sin embargo, los dos modelos entran en colisión cuando tratan de explicar cómo se realiza la libertad en un Estado globalmente justo —es decir, cómo la sumisión al Derecho justo consigue que los ciudadanos obedezcan únicamente su propia voluntad y por tanto sean libres—. En el caso de la autonomía social, se recurre a la suposición de una relación subjetiva de los ciudadanos con el Derecho, relación que consiste en la afirmación consciente de los principios que informan el sistema jurídico en su conjunto. En el caso del deber natural, por el contrario, la explicación no depende de una cualidad subjetiva de la voluntad de los individuos, sino de un rasgo objetivo del Derecho justo —su capacidad para garantizar las condiciones que liberan a los individuos de la sujeción a las voluntades arbitrarias de otros—. La tensión entre estas dos concepciones de la libertad política se manifiesta en aquellos casos en que los ciudadanos de una sociedad bien ordenada no afirman conscientemente los principios que les gobiernan, principios que, desde el punto de vista objetivo del deber natural, son necesarios para su libertad.

Lo importante para nuestro argumento es que el modelo del deber natural es el único que consigue explicar la obligatoriedad, así como el carácter coercitivo, del Derecho. No obstante, aunque las instituciones políticas logren satisfacer las exigencias de la justicia, estableciendo así las condiciones objetivas que permiten a los ciudadanos actuar libremente, es obvio que la libertad de éstos no será plena mientras ellos mismos no se identifiquen conscientemente con dichos principios. Por eso, aunque el deber natural sea el único modelo relevante para la justificación moral de la obediencia al Derecho globalmente justo, de ahí no se deduce que debamos ignorar la importante función que cumple la autonomía social en nuestra comprensión de la libertad política.

## 3. DEBER DE JUSTICIA Y PLURALISMO RAZONABLE

En *Una teoría de la justicia*, RAWLS reconoce que ni la aceptación voluntaria, ni el principio del *fair play*, pueden justificar una obligación general de obediencia a los principios de justicia[35]. En su lugar, el autor afirma que esta obligación surge de un deber

[35] *A Theory of Justice*, *op. cit.*, pp. 114, 116. Sobre el principio de la equidad o del *fair play*, ver nota 16.

moral anterior a cualquier tipo de acuerdo voluntario: *el deber de tratar a las personas como iguales*[36]. Para RAWLS, los principios que subyacen a un régimen constitucional moderno constituyen la expresión sustantiva de nuestro deber moral, formal y abstracto, de tratar a las personas como iguales. Dicho de otro modo, la normatividad de un Estado de Derecho deriva del deber «natural» de fomentar aquellas instituciones sociales que reconocen y promueven nuestra igualdad moral.

En la tercera parte del libro, sin embargo, RAWLS se centra en el modelo de la autonomía social para explicar por qué debemos preocuparnos por los reclamos de la justicia. Desde la perspectiva de este modelo, el autor concluye afirmando que la normatividad de «nuestro» sentido de la justicia —es decir, la fuerza normativa de los principios que guían el razonamiento y la discusión sobre cuestiones de moralidad política en el seno de nuestras sociedades democráticas— tiene su origen, no en el deber moral de igualdad de trato, sino en el deseo de realizar nuestra naturaleza como seres morales libres e iguales[37]. Vistas así las cosas, la obediencia a los principios de justicia no tiene por objeto mantener las condiciones que hacen posible el ejercicio de una voluntad independiente; en su lugar, la obediencia misma se concibe como un acto de libertad. Lo cual requiere, para llevarse a efecto, presuponer que los ciudadanos asumen la autonomía como un fin en sí mismo, un bien supremo que sólo pueden alcanzar sometiendo el resto de sus fines a las restricciones de la justicia.

Pero semejante presupuesto no es compatible con una sociedad democrática, ni siquiera en las mejores condiciones previsibles. Así lo reconoce el propio RAWLS en el prólogo a su *Liberalismo político*. El desacuerdo en torno a las concepciones del bien es el resultado inevitable del uso libre de la razón en condiciones democráticas, por lo que la legitimidad política en tales condiciones no puede ignorar el hecho del pluralismo moral[38]. No obstante, la solución del «liberalismo político» se mantiene dentro del marco teórico de la autonomía social. Su estrategia se basa en hacer creíble la posibilidad de un acuerdo entre las distintas doctrinas comprehensivas razonables en torno a los principios de justicia —es decir, mostrar la posibilidad de un consenso «por superposición» (*overlapping consensus*)[39]—. Con este objetivo, RAWLS presenta los principios desde una perspectiva «política» que no se identifica con ninguna concepción del bien en particular, permitiendo así que el consenso dependa únicamente del hecho de que los ciudadanos deseen ser gobernados por principios que los demás miembros, movidos por una motivación semejante, puedan aceptar. La congruencia sustantiva de los principios y las concepciones del bien «se deja a los ciudadanos, individualmente —como parte de su libertad de conciencia—»[40].

---

[36] *Ibídem*, pp. 115-116. La base de dicha igualdad —es decir, «los rasgos de los seres humanos en virtud de los cuales han de ser tratados de acuerdo con los principios de la justicia»— no radica en ciertos «atributos naturales», sino en «la capacidad de personalidad moral» (*ibídem*, pp. 504-505), la cual, como mera potencialidad, es idéntica en todos los seres humanos. El ejercicio de esta capacidad nos permite identificar y perseguir lo que, tras la debida reflexión, nos parece una vida valiosa.

[37] *Ibídem*, pp. 572, 574.

[38] J. RAWLS, 1993, *Political Liberalism*, New York: Columbia (trad. esp., A. Domènech, Barcelona, Crítica, 1996), pp. xviii-xxix. Las referencias a esta obra corresponden a la versión original.

[39] En términos de T. NAGEL, la justicia como equidad de RAWLS deja de ser una «teoría del punto de vista común» para convertirse, predominantemente, en una «teoría de la convergencia» («Moral Conflict and Political Legitimacy», *Philosophy & Public Affairs*, 16, 1987, pp. 218-219).

[40] *Political Liberalism*, *op. cit*., p. 140.

Sin embargo, en una sociedad donde se garantiza el uso libre de la razón, es inevitable que exista un desacuerdo razonable tanto en relación a las concepciones del bien como en lo relativo a las concepciones de la justicia. Como han señalado diversos autores, no es posible separar la moralidad política como una subclase independiente del resto de la moralidad[41]. Por mucho que se adelgace el contenido moral del consenso, el modelo de la autonomía social no puede dejar de exigir a los ciudadanos la identificación con el bien común que persigue la voluntad general (o, en terminología rawlsiana, con el bien político que realizan los principios de justicia), así como la predisposición a priorizar ese bien sobre el resto de sus fines en caso de conflicto. La dificultad de semejante identificación unánime en un régimen constitucional me parece evidente, y es la razón última por la que no creo que se deba intentar basar la obligación política en la promesa del consenso[42].

En el modelo del deber natural, por el contrario, la obligatoriedad del Derecho justo no depende de un acuerdo sobre los principios de justicia, por lo que no es necesario presuponer la identificación de los ciudadanos con ningún fin común. El objetivo que se persigue en este modelo es la realización de la libertad, pero no como un fin en sí mismo, sino como una capacidad que permite a los individuos vivir según sus propias convicciones acerca de lo que da valor a sus vidas. Es más, el logro de este objetivo depende de que los ciudadanos pongan entre paréntesis sus propias concepciones de la justicia, y ajusten sus fines y ambiciones a los principios que subyacen bajo el esquema constitucional de su comunidad política. Como señala KANT, la sumisión a la autoridad del Derecho es «en sí mismo un deber, e incluso la suprema condición formal de todos los demás deberes externos», pues nadie puede tener por garantizada su esfera de libertad si cada uno obedece las normas jurídicas únicamente cuando coinciden con su propia concepción de lo que es justo y bueno[43]. Para KANT, el desacuerdo moral es inevitable y, a falta de «una coacción externa legalmente pública», conduce irremisiblemente a un estado de arbitrariedad y violencia[44].

La obligación de obedecer las directivas de un Estado de Derecho se basa, por tanto, en un valor ético: *la integridad de la justicia*, es decir, la aplicación, mediante el uso del poder coactivo del Estado, de una y la misma concepción de la justicia para todos los miembros de la comunidad. La integridad política significa igualdad ante la Ley, pero no únicamente en el sentido formal de que a todos se aplican las mismas normas jurídicas tal y como están escritas, sino en el sentido sustantivo de que todos, legisladores y ciudadanos, están sometidos a los mismos principios de justicia.

---

[41] *Cfr.* R. DWORKIN, 1990, «Foundations of Liberal Equality», *The Tanner Lectures on Human Values*, XI, University of Utah Press; T. MCCARTHY, 1994, «Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue», *Ethics*, 105, 1; M. SANDEL, 1998, «A Response to Political Liberalism», en *Liberalism and the Limits of Justice*, 2.ª ed., Cambridge: Cambridge University Press.

[42] 2008, He desarrollado con más detalle este argumento en «Objetividad, consenso y obligación política», *Daimon*, 43.

[43] I. KANT, 1986, *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»* [1793], Madrid: Tecnos (trad. esp., J. M. Palacios, M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo), p. 26.

[44] *La metafísica de las costumbres*, *op. cit.*, p. 141. Para ver, en este punto, las coincidencias entre KANT y HOBBES, cf. J. WALDRON, 1999, «Kant's positivism», en *The Dignity of Legislation*, Cambridge: Cambridge University Press. Por supuesto, WALDRON también desarrolla las diferencias que separan a ambos autores en cuanto a la explicación que cada uno ofrece del carácter inevitable del desacuerdo moral, así como de su inexorable final violento en ausencia de una autoridad coactiva.

La distinción entre igualdad formal y «sustantiva» es una idea común entre los filósofos políticos. F. HAYEK, por ejemplo, la utiliza para señalar cómo la libertad individual depende esencialmente de la igualdad en el segundo sentido. «Cuando obedecemos las leyes», afirma HAYEK, «no estamos sujetos a la voluntad de otro hombre y por tanto somos libres», pero esto sólo es verdad, añade, cuando las «leyes» no son meras órdenes específicas emanadas de la autoridad legislativa, sino reglas caracterizadas por su generalidad e igualdad[45]. La misma idea es ampliamente desarrollada por R. DWORKIN, para quien la integridad de la justicia garantiza el valor fundamental de la igualdad de condición y respeto de todos los ciudadanos. En la sofisticada teoría de DWORKIN sobre los fundamentos del liberalismo, la igualdad es una idea inseparable de la libertad. El ideal del Estado de Derecho es, según este autor, un esquema neutral de distribución de bienes, oportunidades y libertades en el que todos los ciudadanos pueden perseguir libremente sus propias concepciones de la vida buena, sin que ninguno de ellos pueda verse favorecido por ser más digno de consideración o por poseer una concepción del bien más noble que la de otros[46].

DWORKIN considera la integridad, y no el consentimiento, como la condición que otorga legitimidad moral a la comunidad para ejercer el poder político e imponer obligaciones morales. Por este motivo, creo que su teoría de la obligación política debe ser incluida dentro del modelo del deber de justicia. No obstante, es cierto que DWORKIN define la obligación política como un tipo de obligación asociativa o comunitaria, como una obligación de solidaridad entre los miembros de una determinada comunidad, y que rechaza las teorías del deber natural de justicia por ser incapaces de explicar el carácter particular de este tipo de obligaciones[47]. A pesar de ello, hay buenas razones para respaldar la inclusión que aquí se defiende. Apuntaré las dos que considero más importantes. En primer lugar, el «deber natural» al que se remite DWORKIN es el que existe entre los miembros de una comunidad nacional, pero dicho deber sólo se hace efectivo en la medida en que esa comunidad se rige por el principio de la integridad de la justicia, lo cual lleva consigo una serie de condiciones independientes de las propiedades psicológicas de los asociados[48]. La obligación política no deriva, por tanto, de la identificación voluntaria de los ciudadanos con su comunidad. De hecho, nuestro autor describe el tipo de comunidad propio de la integridad política por contraste con la sociedad que corresponde al principio contractual (y al del *fair play*), y afirma que, mientras los miembros de este segundo tipo de comunidad no se consideran obligados por otras normas que las que han aceptado o negociado expresamente, los del primer tipo asumen que sus destinos están unidos por principios comunes, de tal modo que sus obligaciones políticas no proceden de su voluntad, sino del hecho de que su comunidad ha adoptado una Constitución que remite a un determinado esquema de principios morales[49].

---

[45] 1960, *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press, p. 153.

[46] 1977, «What Rights do we Have?», en *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Mass., Harvard University Press (trad. esp., M Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984); 1985, «Liberalism», en *A Matter of Principle*, Oxford: Oxford University Press; «Integrity», en *Law's Empire*, *op. cit*.

[47] *Law's Empire*, *op. cit*., pp. 190-207.

[48] *Ibídem*, pp. 198-201. Las obligaciones asociativas, además de tener que ser especiales y personales, han de surgir de una preocupación general por el bienestar de los otros miembros del grupo, y de una preocupación igual por todos ellos.

[49] *Ibídem,* pp. 209-211.

En segundo lugar, como ha puntualizado WALDRON, los principios que dan lugar al deber natural de justicia pueden ser perfectamente sensibles al tipo de comunidad política al que van dirigidos[50]. La teoría de la justicia de RAWLS, por ejemplo, se presenta como una concepción aplicable a una comunidad «aislada» de otras comunidades[51]. Es más, el argumento del deber natural aconseja restringir, al menos en primera instancia, el ámbito de aplicación de los principios a las relaciones humanas más cercanas. En efecto, si el marco legal es el instrumento que sirve para garantizar a los individuos una esfera de acción independiente, es obvio que su establecimiento resultará más urgente en la esfera de interacción más inmediata, pues es ahí donde se darán con mayor probabilidad situaciones de dependencia. En definitiva, el deber natural de justicia no es más que la aplicación, en el plano social, del deber moral abstracto de tratar a las personas como iguales, y es obvio que la comunidad nacional es el primer contexto social en el que tiene lugar dicho deber. No obstante, hablar de un deber natural de justicia, en lugar de obligaciones asociativas, tiene la ventaja de no restringir de entrada el posible ámbito de aplicación de los principios de justicia. A medida que se expanda la esfera de la interacción humana, deberá extenderse, o en su caso replantearse, el ámbito de aplicación del marco legal, de acuerdo con el mismo principio del deber natural de justicia.

## 4. INTEGRIDAD POLÍTICA E IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

El argumento que hemos desarrollado hasta aquí pretende establecer una obligación moral abstracta de obediencia al Derecho. Su propósito es justificar la autoridad del Derecho para imponer deberes morales, cualesquiera que sean, y para hacerlos cumplir con la amenaza de la fuerza. No se trata, por tanto, de obtener la generalidad de la obligación política agregando todas las obligaciones específicas de obediencia a cada una de las directivas de un sistema jurídico. Al contrario, el modelo del deber natural de justicia propone un tipo de justificación que discurre, por así decirlo, «de arriba abajo»[52]: se parte de unos principios de justicia que sirven de base a una estructura constitucional, y a partir de ahí se afirma la obligatoriedad de todas las normas que componen el sistema jurídico presidido por dichos principios. En un régimen democrático de Derecho, todos (legisladores, jueces y ciudadanos) deben justificar las instituciones y decisiones políticas apelando únicamente a la concepción de la justicia que encarna la Constitución. Ésta contiene los principios y procedimientos que orientan la producción legislativa hacia dicho estándar de justicia. Sin embargo, esto no garantiza que todas las normas que se promulguen dentro de este marco sean perfectamente justas. En palabras de RAWLS, se trata de un caso de «justicia procedimental imperfecta»[53]. Siempre que la injusticia no exceda ciertos límites, cada ciudadano de un régimen constitucio-

[50] WALDRON denomina a los principios de justicia que tienen un ámbito determinado de aplicación «principios de alcance limitado» (*range-limited principles*), y emplea para su justificación la idea kantiana del Estado de Derecho como resolución de conflictos entre intereses que convergen sobre los mismos recursos («Special Ties and Natural Duties», *Philosophy & Public Affairs*, 2, 1993).

[51] *A Theory of Justice*, *op. cit*., p. 8.

[52] S. PERRY, 2005, «Law and Obligation», *The American Journal of Jurisprudence*, 50, p. 270.

[53] *A Theory of Justice*, *op. cit*., p. 198.

nal tiene un deber natural de obedecer el Derecho, incluso cuando éste cometa errores sobre la justicia[54].

El modelo del deber natural invoca la integridad de la justicia como un criterio intrínseco a la realidad jurídica misma. Dicho criterio permite justificar la obligación moral de obedecer las normas y principios de un sistema jurídico precisamente porque forman parte de ese sistema. Se deduce de este modelo, por tanto, una concepción del fenómeno jurídico en la que éste no puede identificarse con independencia de su obligatoriedad moral. De ahí que se trate del modelo de obligación política que presuponen las teorías del Derecho como interpretación. Estas teorías afirman que la realidad jurídica del Derecho válido depende, en parte, de su justificación moral; dicho de otro modo, que la identificación de las normas y principios jurídicos válidos de una comunidad política no depende exclusivamente de las prácticas sociales, sino también de la argumentación y el juicio moral.

DWORKIN, el autor quizá más representativo de este tipo de teorías, defiende una «lectura moral» del Estado de Derecho, según la cual los preceptos constitucionales invocan principios de justicia que exigen el ejercicio del juicio moral para su aplicación[55]. Esto implica que la «validez formal» o existencia de la norma dentro del ordenamiento jurídico depende, en parte, de la justificación de su «validez normativa»[56]. Dicho en términos de DWORKIN, las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas (*the ground of law*) incluyen la condición de la integridad que fundamenta su fuerza obligatoria (*the force of law*)[57]. En una proposición del tipo «A forma parte del sistema jurídico (de una determinada jurisdicción)» —donde A es una proposición normativa que establece que alguna persona o grupo de personas tiene cierta obligación, derecho, permiso, responsabilidad o poder—, las condiciones de verdad de dicha proposición incluyen la de que A concuerde con la estructura constitucional de ese sistema, es decir, la condición que hace que A sea moralmente obligatoria. En definitiva, como señala S. PERRY, DWORKIN no afronta el problema de la obligación política suponiendo que el contenido del Derecho es algo ya dado, una realidad que podemos identificar mediante un criterio independiente de su obligatoriedad; al contrario, para él la teoría de la obligación política «es una parte integral de la teoría sobre los fundamentos del Derecho (*grounds of law*), y por tanto tiene un efecto en el contenido del Derecho»[58].

---

[54] De aquí se deduce que, en el modelo del deber natural, sólo se considera obligatorio aquellas partes del Derecho que tienen que ver con los principios de justicia. Esto puede parecer demasiado restringido (L. GREEN, «Law and Obligation», *op. cit.*, p. 539). Sin embargo, la conexión con la justicia no predetermina el ámbito material de regulación jurídica sobre el que existe la obligación moral de obediencia. Cualquier aspecto de la vida social puede ser objeto de regulación a partir de los principios de justicia, con tal de que se compruebe que en dicho ámbito está en juego la igualdad de derechos y oportunidades de los ciudadanos. En definitiva, el modelo del deber natural presupone que todas las funciones de un Estado de Derecho tienen como fin último la búsqueda y mantenimiento de un régimen jurídico razonablemente justo.

[55] R. DWORKIN, 1996, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Mass., Harvard University Press.

[56] En la explicación del texto hago uso de dos de las acepciones o aspectos de la validez jurídica que distingue R. SORIANO en su *Compendio de Teoría General del Derecho*, *op. cit.*, p. 94.

[57] La distinción entre *grounds* y *force* del Derecho aparece en *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 108-113.

[58] 2006, «Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law», en *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, Oxford: Oxford University Press, p. 186.

La conexión entre el deber natural de justicia y la interpretación pone en evidencia que la afirmación de una obligación general de obediencia no es incompatible con el reconocimiento de una amplia legitimidad moral a la desobediencia civil. Para una teoría interpretativa del Derecho como la de DWORKIN, la obligación política significa «la fidelidad a un esquema de principios que cada ciudadano tiene la responsabilidad de identificar, en última instancia por sí mismo, como el esquema de su comunidad»[59]. La obligación política es, según esto, un deber que remite la decisión última sobre la obligatoriedad de las normas a la conciencia individual. Sin embargo, como vengo insistiendo, esta «actitud protestante» frente al Derecho no debe confundirse con un enfoque individualista en virtud del cual las normas sólo son obligatorias cuando su contenido coincide con los dictados de la conciencia moral de los individuos[60]. En una comunidad donde rige el principio de la integridad política, los ciudadanos aceptan que las normas jurídicas explícitas de su comunidad presuponen un esquema común de justicia del que deriva su fuerza normativa; asumen que viven bajo el gobierno de unos principios comunes de justicia que justifican las decisiones políticas formales de su comunidad. La obediencia al Derecho depende de que las normas concuerden con los principios que su comunidad ha adoptado históricamente, no de que se ajusten a los principios que el individuo elegiría si la decisión dependiese enteramente de él[61]. La exigencia moral de desobediencia surge, de acuerdo con esta teoría, no cuando la norma se aparta de lo que cada uno cree que es justo, sino cuando el individuo cree en conciencia que la norma no es coherente con el esquema común de justicia que subyace a la Constitución[62].

Hasta aquí el modelo del deber natural de justicia, y su teoría general del Derecho correspondiente. Desde el modelo de la autonomía social, por el contrario, el problema de la obligación política consiste en averiguar en qué medida puede conciliarse la autonomía de los individuos con la sumisión a las directivas de la autoridad política. Con este planteamiento, la justificación de la obediencia sólo puede derivarse de la legitimidad del poder político, la cual constituye un criterio extrínseco al concepto mismo de Derecho. Las teorías iuspositivistas, que niegan cualquier conexión conceptual entre el Derecho y la moral, suelen presuponer este modelo como la teoría correcta de la obligación política[63]. Según estas teorías, la identificación del Derecho válido de una comunidad política puede resolverse siempre a partir de criterios formales, suscepti-

---

[59] *Law's Empire*, *op. cit*., p. 190.

[60] En este mismo sentido, *cfr.* J. DE LUCAS, 1985, «Una consecuencia de la tesis de los derechos: La desobediencia civil según Dworkin», *Doxa*, 2.

[61] *Law's Empire*, *op. cit*., p. 211.

[62] Esta es igualmente la postura de RAWLS. Una consecuencia sorprendente de este planteamiento es que el individuo tiene un fundamento moral para mantener su propio juicio incluso cuando las instituciones autorizadas (normalmente, los tribunales) deciden que es errónea su interpretación de los principios comunes de justicia (*cfr.* R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, *op. cit*., pp. 214-216; la cita remite a la versión original).

[63] Como ya expliqué en la nota 7, prescindo aquí del positivismo denominado «incorporacionista o incluyente». Con todo, los defensores de esta clase de positivismo afirman que la inclusión de los principios de justicia como criterios de validez jurídica no impiden seguir manteniendo una concepción convencionalista del Derecho (*cfr.* H. L. A. HART, 1994, «Postscript», en *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press; J. COLEMAN, 2001, *The Practice of Principle*, Oxford: Oxford University Press). Según estos autores, los principios de justicia pueden servir para la identificación del Derecho válido, no en virtud de su contenido moral, sino porque el propio sistema jurídico así lo ha establecido. De este modo, el positivismo incluyente otorga la primacía a los criterios formales de validez.

bles de ser descritos sin recurrir a ninguna valoración moral. Desde esta perspectiva, la justificación de la obligatoriedad de las normas no forma parte integrante del fenómeno jurídico; ha de proceder, en todo caso, de una cualidad extrínseca a los hechos sociales que determinan la existencia y el contenido del Derecho[64].

Sin embargo, desde una concepción positivista, cabe también negar la existencia de una obligación moral general de obediencia, incluso en un Estado democrático y razonablemente justo. Esta es la tesis de J. RAZ, cuya teoría de la autoridad del Derecho no puede enmarcarse, por este motivo, dentro de lo que aquí hemos denominado el modelo de la autonomía social. Dada la enorme influencia de este autor en el ámbito del positivismo jurídico contemporáneo, y teniendo en cuenta que constituye uno de los máximos exponentes de la posición escéptica respecto a la existencia de la obligación política, quisiera terminar este trabajo tratando de dar réplica a su teoría.

## 5. LA AUTORIDAD MORAL DEL DERECHO

RAZ comparte con el modelo de la autonomía social dos elementos básicos. En primer lugar, plantea el problema de la obligación política como un conflicto entre la autoridad del Estado y la autonomía de los individuos. Tal planteamiento presupone que la libertad tiene un valor intrínseco, de modo que sólo cabe justificar la sumisión al Derecho como un acto de autonomía. El autor, no obstante, se aparta de dicho modelo en el modo de resolver dicho conflicto, puesto que se centra, como veremos, en una concepción de la autoridad política al servicio de la libertad individual. De acuerdo con su concepción, el ejercicio legítimo del poder político se limita a la protección y promoción de la «autonomía o racionalidad» de los individuos en la persecución de sus propios fines. En este sentido, RAZ se acerca al modelo del deber natural de justicia en su concepción de la libertad política, puesto que lejos de identificarla con la participación en la voluntad general, la define como «la libre elección de fines y relaciones», un ideal de vida autónoma que requiere, como condición necesaria, una voluntad independiente —es decir, la posibilidad de un obrar libre de coerción y manipulación[65]—.

En segundo lugar, RAZ considera la aceptación voluntaria como la única condición que podría justificar una obligación general de obediencia al Derecho. Se sitúa así en la tradición contractualista más ortodoxa, aunque su tesis principal afirme, en contra de dicha tradición, que la obligación política no tiene un alcance universal, sino que varía de un miembro a otro de la sociedad. Si esto último es así, asegura el autor, no es por-

[64] Desde un punto de vista positivista, la obediencia al Derecho significa sumisión al poder político, por lo que su justificación depende de la consonancia entre la voluntad política y la voluntad popular. Esta es la postura, por ejemplo, de R. SORIANO, cuya teoría general del Derecho abarca únicamente al aspecto normativo de la realidad jurídica, es decir, «el Derecho como norma y ordenamiento jurídico establecido por los poderes públicos en representación de la comunidad política» (*Compendio de teoría general del Derecho*, *op. cit.*, p. 18). La clave, por tanto, para la fundamentación del deber jurídico, es la representatividad del poder. En un sistema político democrático, argumenta el autor, el ejercicio de la desobediencia a las normas es una «contradicción lógica». No obstante, la desobediencia al Derecho está justificada cuando hay «fisuras entre la voluntad política y la voluntad real de los ciudadanos». Se trata, pues, de arbitrar unas «mínimas condiciones» que aseguren la participación popular en los poderes públicos, así como el respeto de las minorías por las mayorías y la protección de los derechos fundamentales (*ibídem*, p. 230-233).

[65] 1986, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, pp. 369-378.

que su concepción se aparte de la teoría política moderna, sino porque «las sociedades en que vivimos son menos homogéneas, más controvertidas en cuanto a su propia identidad así como sobre el papel que juega el gobierno y el Derecho en la fábrica social»[66].

Para discutir las ideas de RAZ, desarrollaré mi argumentación en torno a tres puntos: i) su teoría sobre la naturaleza del Derecho, donde el autor afirma que, como condición para poder reclamar autoridad general sobre los ciudadanos, todo sistema jurídico debe poder identificarse sin recurrir al juicio moral; ii) el enfoque instrumental del consentimiento y del Derecho, en el que RAZ señala las «condiciones morales» por las que un sistema jurídico puede reclamar autoridad legítima, y por tanto generar obligaciones morales; y iii) el enfoque no instrumental del consentimiento y del Derecho, donde considera el valor intrínseco de la sociedad política, y desde el que deriva la posibilidad de una actitud de «respeto hacia el Derecho».

i) Según RAZ, forma parte de la naturaleza del Derecho reclamar autoridad legítima sobre todos los ciudadanos de una comunidad política. En otras palabras, todo sistema jurídico afirma poseer un poder moral para obligar sistemáticamente a sus ciudadanos mediante directivas moralmente obligatorias[67]. Para ello, es necesario que el sistema jurídico en cuestión sea capaz de autoridad, lo cual exige, afirma RAZ, que los ciudadanos puedan identificar sus directivas sin recurrir al juicio moral. Esta condición refleja, según él, el papel mediador que ha de cumplir la autoridad política. Quien ejerce dicha autoridad se interpone entre los individuos y las razones (morales y no morales) que éstos tienen para actuar, de manera que pesa y valora por su cuenta las consideraciones aplicables en cada caso, emitiendo a la postre una directiva que pretende reemplazar esas razones con una instrucción única y excluyente. En esto consiste esencialmente la concepción de RAZ sobre la autoridad —que el autor denomina de «servicio» (*the service conception of authority*)—. Si los ciudadanos a los que se les aplica las directivas políticas necesitaran deliberar sobre las posibles razones que son aplicables al caso concreto para saber qué deben hacer, entonces la autoridad política no estaría actuando como tal. Aceptar la autoridad significa excluir de la deliberación las razones que la autoridad ya ha calibrado por su cuenta, asumiendo la nueva directiva obligatoria como la única razón para la acción.

Existen diversas críticas contra esta concepción de la autoridad, las cuales subrayan la importancia del juicio moral en la identificación de las normas jurídicas en un régimen constitucional[68]. Por mi parte, sin embargo, quisiera hacer en este punto una crítica inmanente a la teoría de RAZ, puesto que no parece que pueda armonizarse dicha

---

[66] *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, p. 354. RAZ distingue dos clases de consideraciones sobre el consentimiento, y concluye que en la sociedad actual ninguna de ellas permite afirmar una obligación de obediencia que alcance a la totalidad de los miembros de una comunidad política, ni siquiera en un Estado razonablemente justo. La primera clase de consideraciones se engloban dentro del enfoque instrumental del consentimiento, propio del contractualismo de HOBBES y LOCKE, bajo el cual los ciudadanos aceptan la autoridad del Derecho por los beneficios que se derivan de su existencia —es decir, por su papel en la «fábrica social»—. El segundo es el planteamiento no instrumental, característico del contrato social de ROUSSEAU, en el cual el consentimiento se concibe como un elemento constitutivo de la relación entre los individuos y la comunidad —constitutivo al mismo tiempo de la sociedad civil y de la personalidad de quienes pertenecen a ella— (*The Morality of Freedom*, *op. cit.*, p. 80).

[67] *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.*, pp. 215-220.

[68] R. DWORKIN, «Thirty Years On», *op. cit.*, pp. 198-211; J. COLEMAN, *The Practice of Principle*, *op. cit.*, pp. 124-133.

concepción con el ideal de autonomía personal que trata supuestamente de proteger y promocionar. Una de las «funciones primarias» del Derecho que reconoce el autor es «proveer facilidades para los acuerdos privados entre individuos», es decir, ayudar a los individuos en la persecución de los fines de su elección[69]. Con este objetivo, el Derecho establece «las restricciones necesarias para proteger a una de las partes del acuerdo de ser explotada por la otra, y para proteger a terceras partes de las consecuencias injustas que les afectan»[70]. Esta función es propia, en principio, del Derecho civil en general, y del Derecho contractual en particular. Pero creo que no nos apartaríamos demasiado de la teoría de RAZ si recondujéramos a este objetivo las otras tres funciones primarias que señala el autor (a saber, «la prevención de comportamientos indeseables y la protección de comportamientos deseables», «la provisión de servicios y la redistribución de bienes» y «la resolución de conflictos no regulados»), lo cual significaría que, en la medida en que esto es efectivamente así, el Derecho estaría orientado hacia la protección y promoción de la libertad como independencia. En cualquier caso, si ésta es al menos una de las funciones primarias del Derecho, su autoridad no puede consistir en pretender sustituir la deliberación de los ciudadanos con nuevas razones, sino que tendrá como fin el de ofrecer un marco legal dentro del cual sean los propios ciudadanos los que hagan sus acuerdos y persigan sus fines de acuerdo con su voluntad libre[71]. Pero si la autoridad no juega el papel mediador que le asigna RAZ, entonces la concepción de «servicio» no puede servir de base para postular la exclusión del juicio moral en la identificación del Derecho.

ii) Desde un punto de vista instrumental, dice RAZ, existe obligación de obedecer sólo si el Derecho es capaz de justificar su autoridad de manera independiente a la voluntad de sus ciudadanos —por lo que, en este sentido, cabría hablar únicamente de un «consentimiento cualificado»—[72]. Dicha justificación procede de la denominada «tesis de la justificación normal», según la cual sólo es posible afirmar la autoridad legítima de un sistema jurídico en la medida en que los individuos alcanzan mejor sus fines obedeciendo las normas que actuando por su cuenta.

Aunque este modo de fundamentar la autoridad política no remite directamente al consentimiento, sí permite reconciliar la sumisión al Derecho con el respeto a la autonomía de las personas. El Derecho ejerce una autoridad legítima, según RAZ, sólo cuando los individuos tienen más seguridad de actuar conforme a las razones correctas si obedecen las normas jurídicas que si intentan actuar conforme a dichas razones directamente[73]. De donde se sigue que el deber de obediencia al Derecho no tiene la misma

---

[69] *The Authority of Law*, *op. cit*., p. 168. RAZ denomina «funciones directas» del Derecho a aquellas que se satisfacen mediante la obediencia y la aplicación de sus normas. Entre ellas, el autor distingue entre las funciones primarias, que son aquellas «en las que se encuentra la razón y justificación de la existencia del Derecho», y las secundarias, que tienen que ver con el mantenimiento del sistema jurídico mismo.

[70] *Ibídem*, p. 171.

[71] Como señala HAYEK, las normas jurídicas de un Estado de Derecho se diferencian de las simples órdenes respaldadas por la fuerza en el modo en que distribuyen unas y otras la voluntad y la deliberación entre quien manda y quien obedece (*The Constitution of Liberty*, *op. cit*., p. 150). En palabras de RAWLS, «aunque el ciudadano se somete en su conducta al juicio de la autoridad democrática, no somete a ella su propio juicio» (*Collected Papers*, op. cit., p. 181).

[72] *Cfr. The Morality of Freedom*, *op. cit*., p. 90; *Ethics in the Public Domain*, *op. cit*., pp. 364-366.

[73] *Ethics in the Public Domain*, *op. cit.,* pp. 365-366. Toda vez que se cumple la condición de legitimidad, los ciudadanos pueden aceptar la autoridad política sin menoscabo de su autonomía como seres racionales. RAZ

extensión en todos los ámbitos ni para todos los ciudadanos. La tesis de la justificación normal «conduce a la conclusión de que la extensión de la autoridad política varía de individuo a individuo, y en la mayoría de los casos es más limitada de lo que ella misma reclama para sí»[74]. Por otra parte, los Estados cumplen algunas de sus principales funciones sin necesidad de ejercer ningún tipo de autoridad, es decir, sin que el Derecho sea fuente de obligación alguna. Así, por ejemplo, cuando se limita a hacer cumplir lo que la moral exige previa e independientemente, o cuando establece y mantiene esquemas de cooperación social, el Derecho no hace más que imponer obligaciones que ya existen por razones morales independientes[75].

Varios autores han puesto de relieve la falta de sintonía entre, por un lado, la forma parcial y cualificada que tiene la obligación política en la teoría de RAZ, y, por otro, el tipo de autoridad moral que el Derecho reclama para sí[76]. La concepción de la autoridad de RAZ es más teórica que práctica, tiene que ver más con las instrucciones de un experto (o las recomendaciones de un amigo) que con los imperativos de una voluntad legisladora. Por eso no da cuenta ni de la capacidad del Derecho para establecer genuinas obligaciones prácticas, ni del alcance de su autoridad.

En mi opinión, estas críticas están bien fundadas, y pueden servir de base para defender el modelo del deber natural de justicia, así como para cuestionar la tajante distinción que hace el autor entre las consideraciones instrumentales y no instrumentales sobre el Derecho. En efecto, en el argumento que ofrece el modelo del deber natural se dan de la mano ambos tipos de consideraciones. Dicho argumento es, en principio, instrumental. No se trata de defender la obediencia al Derecho justo como un fin en sí mismo, sino como un medio para crear las circunstancias en las que los individuos pueden formar y perseguir libremente sus propios fines. No obstante, al ser un medio institucional esencial para la realización de la libertad como independencia, el Derecho justo posee también un valor básico u originario[77]. En este sentido, su fuerza normativa no puede depender del grado de «servicio» que reporte a los individuos en el logro de sus fines. Parece más razonable pensar que si el Derecho justo tiene un valor originario, sus normas han de ser moralmente válidas, es decir, que las obligaciones que pretenden crear deben ser genuinas obligaciones[78] Conviene recordar que lo que aquí de-

---

añade, no obstante, a esta condición la «cláusula de la autonomía»: el Estado sólo puede tener autoridad legítima sobre aquellas materias en las que es más importante actuar de acuerdo con las razones correctas que decidir por uno mismo. De esta forma, el autor pretende proteger y fomentar la autonomía como ideal de vida buena. Sin embargo, no creo que éste sea el mejor modo de garantizar y promover la autonomía como capacidad para elegir qué es bueno en la vida. En todo caso, la distinción entre una y otra forma de entender el valor de la autonomía es precisamente lo que separa al modelo de la autonomía social del modelo del deber natural de justicia.

[74] *The Morality of Freedom*, *op. cit*., p. 80.

[75] *The Authority of Law*, *op. cit*., pp. 245-249.

[76] S. PERRY, «Law and Obligation», *op. cit*., pp. 280-281; en un sentido similar, P. SOPER, 1989, «Legal Theory and the Claim of Authority», *Philosophy & Public Affairs*, 18, 3.

[77] Aquí me valgo de un argumento que utiliza RAWLS para defender el carácter básico de las libertades políticas. Según RAWLS, a pesar de que el principal papel de estas libertades es la preservación de los demás derechos, las incluye entre las libertades básicas en el Primer Principio de Justicia, puesto que para ello sólo se necesita «que sean suficientemente importantes en tanto que *medios institucionales esenciales* para garantizar las otras libertades» (*Political Liberalism*, *op. cit*., p. 299, la cursiva es mía).

[78] Precisamente por poseer un valor básico o fundamental, el Derecho debe ser obedecido independientemente de las consecuencias efectivas que pueda tener nuestra desobediencia en el sostenimiento de las instituciones justas.

nominamos «Derecho justo» es aquél que satisface el principio de la integridad de la justicia, lo cual supone, como ya vimos, tratar con igual consideración y respeto a todos los miembros de la sociedad. Ésta es la única propiedad moral que permite al Derecho cumplir con la función esencial que le es propia. No hay ninguna otra consideración moral relevante para afirmar la obligación de obedecerlo[79].

iii) Bajo una perspectiva no instrumental, RAZ considera que la obligación política puede surgir a partir del valor intrínseco que tiene la comunidad política como foco de identificación de las personas[80]. Situado en esta perspectiva, el autor reconoce la dificultad de basar en un acto de consentimiento la obligación de obedecer el Derecho. Sin embargo, afirma que aún es posible encontrar otro modo de adquirir obligaciones políticas voluntarias o cuasi-voluntarias. Por analogía con los vínculos familiares o de amistad, donde los individuos se ven obligados a hacer ciertas acciones como expresión de la relación que les une con sus familiares o amigos, los ciudadanos pueden verse obligados a obedecer el Derecho como expresión de una actitud de identificación o lealtad hacia su comunidad política.

Los deberes de lealtad, piensa RAZ, tienen un valor intrínseco —puesto que son parte constitutiva de unas relaciones que los individuos valoran por sí mismas—, pero no por ello dejan de ser cuasi-voluntarios —dado que surgen a partir de relaciones no obligatorias—. En el caso de la identificación con la propia comunidad política, RAZ añade la condición de que la sociedad sea razonablemente justa, pues de otro modo, dice el autor, la identificación no es moralmente valiosa. El «respeto hacia el Derecho» viene a ser, por tanto, un aspecto de ese sentido de pertenencia. Significa que uno asume la obligación de obedecer el Derecho como una medio apropiado para expresar su confianza en la justicia y la razonabilidad de los órganos formales de su comunidad. Esta actitud de respeto no deriva de ningún acto concreto de consentimiento. Al igual que la amistad, necesita tiempo para crecer y desarrollarse. Pero funda una obligación de obediencia cuasi-voluntaria, puesto que nadie está obligado a sentir un vínculo de pertenencia con su comunidad.

Sin embargo, creo que puede asumirse la analogía con la fraternidad o la amistad sin aceptar, por añadidura, que la obligación política es cuasi-voluntaria. De hecho, la concepción de DWORKIN se basa en la misma idea de incluir la obediencia al Derecho entre las obligaciones asociativas, y sin embargo se trata de una concepción perfectamente asumible desde el modelo del deber natural de justicia (o así al menos lo hemos argumentado). Lo decisivo es que ambos autores atribuyen la obligación moral de obediencia a un sentido de lealtad o respeto hacia la propia comunidad política, pero mien-

[79] En este punto disiento de PERRY. Según este autor, el Derecho debe considerarse moralmente obligatorio por ser parte constitutiva de la comunidad política, la cual tiene un «valor intrínseco» para los ciudadanos («Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law», *op. cit*., pp. 200-201). En mi opinión, la comunidad política sólo tiene valor intrínseco en el modelo de la autonomía social, es decir, cuando los ciudadanos valoran el «gobernarse a sí mismos como comunidad mediante normas que ellos mismos crean». Otra cosa distinta es valorar la comunidad política como un «bien único y necesario para que los individuos vivan vidas completas o se desarrollen completamente como seres humanos o racionales». Aunque el autor los equipare, creo que este segundo caso hace referencia a la vida no pública de las personas, donde el Derecho tiene un valor instrumental, aunque decisivo, para los ciudadanos.

[80] *Cfr.* «Respect for Law», en *The Authority of Law, op. cit.,* pp. 250-262; *The Morality of Freedom, op. cit.,* pp. 94-99; *Ethics in the Public Domain, op. cit.,* pp. 353-354.

tras RAZ afirma que dicha lealtad consiste en una actitud meramente permisible, que expresa la identificación cuasi-voluntaria de los individuos con su sociedad, DWORKIN afirma que se trata de es un deber moral, cuyo origen es la integridad política de las instituciones.

Lo cual no quiere decir que el modelo del deber natural no otorgue ningún papel a la identificación cuasi-voluntaria con la propia comunidad política —siempre que ésta sea razonablemente justa—. Los ciudadanos pueden sentirse identificados con los actos políticos formales de sus instituciones mediante lo que DWORKIN denomina un «sentido de integración»[81]. Cuando esto ocurre, los ciudadanos reconocen la importancia que tiene la comunidad política —y, más concretamente, el grado de justicia de las instituciones— en la elección y persecución de sus propios fines. Como bien señala RAZ, la aceptación de ese vínculo transforma la actitud de los individuos hacia el Derecho —cabría decir incluso que su difusión entre los miembros de la comunidad promueve decisivamente el ideal de la autonomía social—. Sin embargo, sentido de identificación no altera en ningún caso la fuerza normativa de las demandas justas de la vida social.

[81] 2000, *cfr.* «Liberal Community», en *Sovereign Virtue,* Cambridge: Mass., Harvard University Press (*La comunidad liberal,* trad. esp. C. Montilla, Santa Fe de Bogotá, Universidad de los Andes, 1996).

# LOS ARGUMENTOS DE EFICACIA EN EL DISCURSO PARLAMENTARIO *

A. Daniel Oliver-Lalana **

*Universidad de Bruselas (HUB)*

**RESUMEN.** Este trabajo aborda la relación entre justificación racional y eficacia de las leyes desde el punto de vista de una teoría de la argumentación parlamentaria. Dentro de este marco me centraré en la cuestión de cómo son tratados y qué relevancia tienen en el discurso de los legisladores los problemas relativos a la eficacia social del Derecho. Intento primero clarificar cuál es el papel de la eficacia en la racionalidad legislativa, para discutir luego, a propósito de la dimensión simbólica de las normas, en qué medida la argumentación durante (y después de) la formación de la ley condiciona su capacidad regulativa. Sobre esta base planteo un modelo para analizar los argumentos de eficacia en la discusión parlamentaria de las leyes y, a modo de ejemplo, lo aplico a los debates sobre la modificación del código civil español en materia de matrimonio.

**Palabras clave:** argumentación legislativa, debate parlamentario, teoría de la legislación, argumentación jurídica, eficacia del Derecho, evaluación legislativa, democracia deliberativa.

**ABSTRACT.** This paper addresses the connection between rational justification and effectiveness of laws under the light of a theory of parliamentary argumentation. Within this framework, here the focus is on how problems concerning legal effectiveness are dealt with and what relevance they may have in legislators' discourse. The paper firstly considers the role of effectiveness in legislative rationality and discusses to what extent argumentation during and after the making of statutes may contribute to their steering or regulatory function (in this respect, the symbolic dimension of norms comes to the fore). Upon this basis, a model is outlined to analyze arguments on effectiveness within parliamentary deliberation about laws. In the last section, I will tentatively apply it to the legislative debates on the Spanish same-sex marriage act.

**Keywords:** legislative argumentation, parliamentary debate, legislation theory, legal argumentation, effectiveness of law, legislative evaluation, deliberative democracy.

---

* Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

** Quisiera agradecer a los profesores J. DELGADO, M. ATIENZA y M. CALVO sus indicaciones bibliográficas y observaciones críticas sobre este trabajo; también estoy en deuda con los participantes en el Taller «Argumentación en el proceso de producción y aplicación del Derecho» (IISJ Oñati, 2008) y el Seminario «Argumentación jurídica y praxis del Derecho en Latinoamérica» (Universidad de Alicante, 2008), donde tuve la ocasión de discutir las ideas fundamentales que se exponen aquí.

Este trabajo aborda la relación entre la justificación racional y la eficacia de las leyes desde el punto de vista de una teoría de la argumentación parlamentaria. Mi asunción de partida es que nuestros representantes —idealmente al menos— sopesan y discuten en el parlamento las razones por las cuales legislan. Sus deliberaciones deberían proporcionar entonces una justificación pública de las normas que aprueban, de modo que los ciudadanos pudiesen valorar la racionalidad y legitimidad de su actuación. Parece obvio que entre los problemas fundamentales que han de considerarse al elaborar una ley están los relativos a su eficacia social, pero ¿qué relevancia se les concede en el discurso de los legisladores? Para intentar responder esta cuestión, y tras introducir varias acepciones del concepto de eficacia [1], señalaré qué papel desempeñan dentro de la racionalidad legislativa [2], y en qué medida la argumentación durante y después de la formación de la ley puede constituir un presupuesto de su capacidad regulativa [3]. Plantearé a continuación un sencillo esquema para analizar los argumentos de eficacia en la discusión parlamentaria de las leyes [4] y lo aplicaré, siquiera a modo de ejemplo, a los debates sobre la modificación del código civil español en materia de matrimonio [5].

## 1. LA EFICACIA DE LA LEGISLACIÓN

Con la expresión «eficacia de las leyes», o «de la legislación», solemos referirnos a ideas diversas, aunque relacionadas entre sí. Pienso que cabría distinguir, por lo menos, seis grandes variantes de eficacia, que pueden manifestarse en diferentes combinaciones y proporciones según cada tipo de ley: el cumplimento, la aplicación, la movilización, la efectividad, la eficiencia y la eficacia simbólica.

El concepto de eficacia (social del derecho) designa, en primer lugar, la realización fáctica, observancia o *cumplimiento* de las conductas prescritas jurídicamente —queda circunscrito, por tanto, a las normas de obligación: mandatos y prohibiciones—. A pesar de que tendemos a manejarla como una categoría unitaria, esta idea puede analizarse de una forma más circunstanciada. Cabría distinguir, por ejemplo, entre la eficacia como «correspondencia» con las prácticas sociales, como mero «acatamiento», o como «cumplimiento» consciente de las normas jurídicas (NAVARRO, 1990: 16); y en esta línea podrían indicarse también otras modalidades subjetivas de eficacia según la clase de motivaciones subyacentes (DE BAKKER, 2003: 221 y ss.). Las prescripciones son eficaces asimismo cuando se aplican regularmente, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios o, en su caso, cuando su incumplimiento es sancionado; esta variante puede denominarse *eficacia como aplicación* (HIERRO, 2003: 139). En una tercera acepción, la eficacia social incluye la *movilización* o invocación del Derecho (COTTERRELL, 1993: 211), y el concepto se extiende, más allá de la observancia de mandatos y prohibiciones, al «uso» de permisos y de normas que confieren poderes (vid. BLANKENBURG, 1977: 37, y DELGADO, 2006: 198). El cuarto significado es el de *efectividad*[1], eficacia «política» (PRIETO, 2005: 85) o eficacia «como éxito» (HIERRO, 2003: 160), que designa la me-

[1] Cuando el término «efectividad» es empleado para designar el grado de cumplimiento o aplicación, se llama «eficacia» al grado de consecución de los fines de la norma; véase, por ejemplo, MADER, 2002: 109, o DÍEZ RIPOLLÉS, 2003: 95.

dida del logro de los cambios sociales pretendidos o el grado de satisfacción de los objetivos y resultados perseguidos con el Derecho. Aunque se puede estudiar por separado (GRIFFITHS, 2005: 8, y MADER, 2002: 111), adscribiré a esta acepción la idea de los *efectos,* las consecuencias o el impacto que provocan las normas jurídicas en la sociedad (FRIEDMAN, 1975: 48). Y con la efectividad pueden vincularse a su vez otras dos variantes de eficacia.

Es posible también entender la eficacia del Derecho como *eficiencia.* El análisis económico del Derecho ha apuntado la eficiencia, en el sentido de maximización de la riqueza, como un criterio normativo para orientar la creación y aplicación de leyes, pero aquí manejaré otras dos lecturas de este concepto[2]. Por una parte, entenderé la eficiencia de un modo más corriente o menos técnico: de entre dos medios idóneos para alcanzar un fin, uno será más eficiente que otro si comporta menos costes en esfuerzo, tiempo, recursos o dinero (HIERRO, 2003: 172). Analizar la *eficiencia como menor coste* presupone la conmensurabilidad de costes y beneficios y, por tanto, es problemático en presencia de diferencias axiológicas. La otra acepción, que llamaré *eficiencia procedimental* u organizativa, resulta de aplicar la *ratio* coste/beneficio a los procesos jurídicos institucionalizados (KIßLER, 1984: 151-152). En el parlamento, el criterio de la eficiencia expresaría el objetivo de optimizar los costes de la tramitación legislativa (votaciones, reuniones, comparecencias, etc.); y en la organización judicial mediría el logro de la mayor cantidad de decisiones no recurridas y ejecutadas con el mínimo coste procedimental posible (tiempo de deliberación, duración de las sesiones, número de instancias, etc.).

La última acepción que consideraré es la de *eficacia simbólica.* En la manera habitual de entender esta modalidad, decimos que una ley *sólo* despliega efectos simbólicos, en tanto que contrapuestos a los efectos «reales», si carece de mecanismos adecuados de aplicación y ejecución que aseguren la realización social de su contenido normativo[3]. En tal caso, la legislación cumple básicamente una función expresiva, de fijación y manifestación pública de (símbolos que encarnan) ciertos valores o propósitos. Pero del carácter simbólico de la legislación se puede hablar también para designar la función semiótica o comunicativa que cumplen algunas leyes al establecer un vocabulario jurídico y un conjunto de *topoi* que posibilitan y orientan el desarrollo ulterior de prácticas discursivas de construcción del significado del Derecho (WITTEVEEN y VAN KLINK, 1999: 131, y VAN DER BURG, 2005: 252). Desde este ángulo, los elementos simbólicos de la legislación son recursos argumentativos que los diferentes actores sociales, políticos y jurídicos podrían emplear para consensuar aplicaciones e interpretaciones puntuales de las normas en casos concretos. Y cuando este proceso se articula discursivamente, los destinatarios de la legislación tenderían a actuar motivados por di-

[2] Sobre la relación entre eficiencia y Derecho puede verse, por ejemplo, HIERRO, 2002, o CALSAMIGLIA, 1989.

[3] KINDERMANN, 1988: 230 y ss., señala tres tipos de legislación simbólica: aquella que trata de reforzar ciertos valores y refleja la ideología dominante o la constelación de fuerzas y grupos de poder dentro de la sociedad; la legislación «coartada» o «pretexto», que sólo busca promover la confianza en el sistema jurídico-político y demostrar su capacidad para hacer frente a las necesidades colectivas; y la legislación que fija compromisos «dilatorios» y aplaza o pacifica temporalmente determinados conflictos sociales. DÍEZ RIPOLLÉS, 2002: 88 y ss., ofrece una tipología más pormenorizada de normas simbólicas en el ámbito del Derecho penal. *Cfr.* también BLANKENBURG, 1977: 44 y ss., y COTTERRELL, 1993: 91-92.

chos elementos y, por tanto, a hacerlos eficaces y efectivos en la práctica. Sobre esta forma de entender la eficacia simbólica volveré después con más detalle.

## 2. EFICACIA Y RACIONALIDAD LEGISLATIVA

La historia del interés por la eficacia de la ley es antigua. El tema de la eficacia atañe a la relación entre Derecho y sociedad, en especial a las intervenciones jurídicas en la realidad social, así que todas las concepciones antiformalistas y sociologistas del Derecho, desde el siglo XIX, han subrayado su importancia. También para la ciencia y la técnica legislativas, en los últimos años al menos, el conocimiento de las relaciones o áreas sociales que se regulan, así como la evaluación de las consecuencias de las leyes vienen siendo asuntos prioritarios (KÖCK, 2002: 8-9). En el Estado del bienestar, con la explosión del Derecho regulativo y las sucesivas oleadas de juridificación, las cuestiones de eficacia en sentido amplio, en especial las relativas a la implementación[4], han cobrado incluso una relevancia teórica y política fundamental (CALVO, 2005: 44 y ss.). Y si con el intervencionismo estatal se consolidaba una tipo de legitimación «basado en la eficacia para satisfacer necesidades o demandas sociales» (CAPELLA, 1997: 195), ya en época más reciente la crisis del llamado instrumentalismo jurídico ha reavivado el debate de la eficacia, sobre todo en relación con las estrategias regulativas en la sociedad compleja (VAN AEKEN, 2005: 72). Esta evolución perfila el contexto en el que abordaré la relación entre eficacia y racionalidad legislativa.

### 2.1. La multidimensionalidad de la racionalidad legislativa

Decir que la razón práctica es multidimensional resulta ya un lugar común. Esta idea se ha instalado en el campo jurídico, donde la racionalidad[5], tanto en la formación como en la aplicación del Derecho, tiende a evaluarse hoy según parámetros «compuestos». Los planos o dimensiones de análisis varían según el modelo teórico[6], pero suelen responder —me ciño ahora a la legislación— a alguna composición de criterios jurídicos, teleológicos, políticos y morales[7]. Un ilustrativo ejemplo ofrece LA SPINA (1989: 179 y ss.), para quien las decisiones legislativas han de integrar i) la racionalidad *formal,* relativa a la sistematicidad y la certeza del ordenamiento jurídico; ii) la racionalidad *instrumental* o respecto al fin, en un sentido que comprende el análisis de la eficiencia y las consecuencias sociales de la ley; iii) la racionalidad *material* o axiológica, y iv) la racionalidad *política* o razonabilidad, que jugaría el rol de una meta-racionalidad llamada a lograr una combinación razonable de las facetas anteriores.

De entre las dimensiones de racionalidad relevantes para estudiar la legislación, la racionalidad con arreglo a fines (WEBER, 1969: 20) es la que normalmente asociamos

---

[4] Véase, sobre este concepto, BLÁZQUEZ y MORATA, 2005, o INGRAM, 1990.

[5] Uso el término «racionalidad» en el sentido de «razonabilidad»; *cfr.* ATIENZA, 1987, o ALEXY, 2008.

[6] *Cfr.,* por ejemplo, WRÓBLEWSKI, 1990: 100 y ss., y TUORI, 2002: 134 y ss.

[7] Véase MARCILLA, 2005: 275 y ss., y, sobre la correlación entre formas de racionalidad y de argumentación en el proceso de legislación, HABERMAS, 1998: 225 y ss. También en campos afines al legislativo, como el análisis de políticas públicas, se considera necesario atender a diferentes dimensiones de racionalidad (PÉREZ SÁNCHEZ, 2005: 8).

con temas de eficacia. Pero la conexión entre eficacia y racionalidad de las leyes resulta más compleja si tenemos en cuenta, de un lado, las diversas modalidades de eficacia y cómo se coordinan entre sí y, por otro, las tensiones y solapamientos entre los distintos niveles de racionalidad aplicables a la legislación. El de ATIENZA es uno de los modelos que mejor captura esta complejidad, de manera que me serviré de él para introducir el papel de la eficacia en la racionalidad legislativa.

ATIENZA (1997: 27 y ss.) distingue cinco planos o niveles de racionalidad en la legislación: R1) la racionalidad *lingüística* o comunicativa, en cuanto que el emisor de la ley tiene que transmitir con éxito un mensaje normativo al destinatario; R2) la racionalidad *jurídico-formal* o sistemática, ya que toda ley ha de insertarse coherente y consistentemente en un ordenamiento jurídico que preexiste a su promulgación; R3) la racionalidad *pragmática,* que expresa el grado en que las leyes cobran eficacia «real» o son cumplidas u observadas; R4) la racionalidad *teleológica* o instrumental, esto es, la idoneidad de la ley para alcanzar los objetivos que persigue; y R5) la racionalidad *ética,* en tanto que los fines y contenido de la ley presuponen valores que deberían ser éticamente justificables, es decir, legítimos. Y a estos cinco niveles añade luego una dimensión transversal R6) que llama *eficiencia,* y que cifra en el logro de un «equilibrio óptimo» (ATIENZA, 1997: 93) o «ajuste razonable» (ATIENZA, 2005: 312) entre ellos[8].

## 2.2. La eficacia en el modelo de legislación de Atienza

En este modelo aparecen, pues, dos formas de racionalidad ligadas a la eficacia (ATIENZA, 1997: 36-38): la pragmática (R3) y la teleológica (R4). La primera mediría el grado de realización práctica del contenido prescrito por la ley, así como la influencia de ésta en la conducta de sus destinatarios; en este sentido, una ley es irracional cuando fracasa como directiva. Aunque esta categoría parece pensada para mandatos y prohibiciones (eficacia como *cumplimiento* y *aplicación*), puede extenderse fácilmente a permisos y normas que confieren poderes (eficacia como *movilización*). La racionalidad teleológica, por su parte, viene referida a la consecución de los objetivos y fines de la ley *(efectividad)*[9], así como a su impacto social; una ley es teleológicamente irracional en la medida en que no produzca efectos, produzca efectos negativos o no produzca los efectos deseados o previstos por el legislador —sean o no efectos «declarados»—. Para analizar cómo operan estos niveles de racionalidad, ATIENZA (1997: 42) propone el siguiente cuadro[10]:

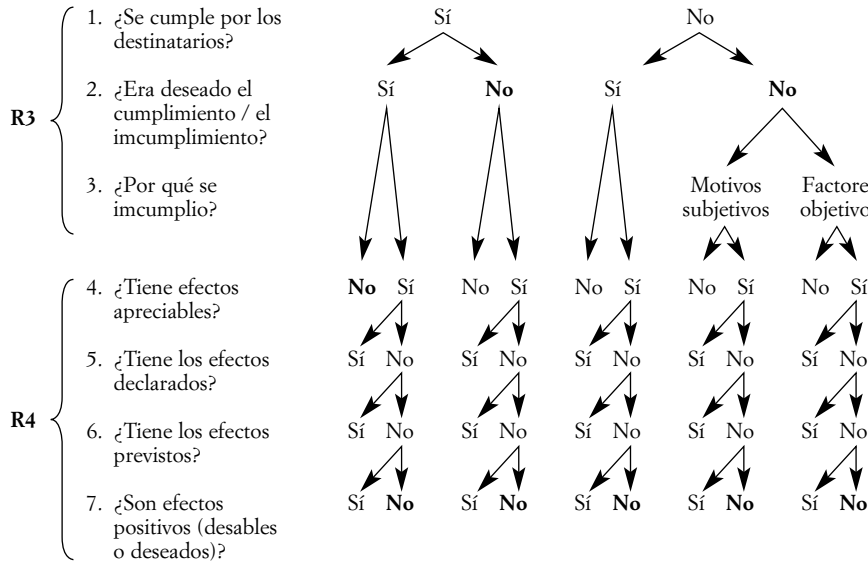
[8] Nótese que ATIENZA no entiende aquí la eficiencia en su acepción de «menor coste» —en este sentido es un aspecto interno de la racionalidad instrumental—, sino que la define en términos de razonabilidad.

[9] Aquí habría que agregar la eficiencia entendida como menor coste: como anota CALSAMIGLIA, 1993: 172, desde el punto de vista de la racionalidad teleológica, «una ley bien hecha es aquella que consigue su objetivo con el mínimo costo», mientras que sería irracional «si asigna ineficientemente los recursos».

[10] HIERRO, 2003: 168-170, plantea un esquema equiparable para la medición del éxito de las normas.

FIGURA 1

*Esquema para el análisis de eficacia y efectividad (ATIENZA)*




El cuadro permite identificar diferentes tipos de irracionalidad legislativa —señalados en negrita—. En el nivel de racionalidad pragmática existirían dos problemas básicos: que la ley se cumpla cuando se pretendía que no se cumpliera y, al revés, que se incumpla cuando se buscaba su cumplimiento. El primero puede aparecer en aquellos casos de legislación simbólica en que las normas se promulgan sin auténtica pretensión de que cobren eficacia real. El segundo sería el supuesto común de ineficacia o falta de cumplimiento —o movilización— de las leyes, que ATIENZA (1997: 45) atribuye a dos clases de factores: *subjetivos* o de motivación, como la ausencia de sanciones negativas y positivas adecuadas, y *objetivos,* en particular las carencias de financiación o de cobertura organizativa.

En el plano teleológico, cabría destacar seis supuestos de irracionalidad (ATIENZA, 1997: 46 y ss.): i) leyes sin efectos apreciables —algo infrecuente si contamos su efecto simbólico— que sólo contribuyen a la polución legislativa; ii) el cumplimiento deseado de una ley, con efectos apreciables (*e. g.,* una norma muy estricta sobre tasas de alcoholemia que se aplica, aunque con laxitud), pero ni previstos ni positivos (no logra su objetivo: reducir muertes); iii) leyes que se cumplen o aplican, cuando ello no se pretendía en verdad, y que provocan efectos no declarados, imprevistos y negativos (*e. g.,* una norma que se cumple en forma de huelga de celo); iv) el incumplimiento deseado de la ley que trae efectos no declarados, ni previstos ni positivos (*e. g.,* cuando se fija «simbólicamente», sin articular un sistema de sanciones adecuado, un salario mínimo para empleados domésticos, y no sólo se incumple, sino que provoca que los empleadores dejan de asegurar a los empleados para no tener que afrontar el aumento de salario); v) un incumplimiento no deseado, por motivos subjetivos, que comporta efectos

no declarados, ni previstos ni positivos (*e. g.,* se regula un estricto horario laboral, pero sin sanciones ni incentivos, por lo que se incumple y no reduce el absentismo); y, por último, vi) el incumplimiento no deseado que responda a factores objetivos y ocasione efectos no previstos ni positivos (*e. g.,* una ley que para democratizar las universidades cree órganos de gobierno masificados: si éstos no son operativos, la toma de decisiones queda en manos de camarillas informales y acaba desvirtuada).

El esquema de ATIENZA ofrece ya alguna pauta para analizar y estructurar la discusión parlamentaria sobre eficacia. En especial, habría que ver si los representantes políticos se plantean esa batería de preguntas al debatir las leyes y, en su caso, qué respuestas aportan: qué estimaciones hacen del nivel de cumplimiento o de litigiosidad, cómo valoran el coste económico, el impacto o las eventuales consecuencias de las normas en la sociedad, etc. Todas estas consideraciones suelen agruparse teóricamente bajo la rúbrica de la *evaluación legislativa* [11]. Las metodologías y prácticas de evaluación retrospectiva *(ex post)* de leyes están más consolidadas, pero los cálculos y análisis *ex ante,* ya sean prospectivos y previos a la redacción del proyecto jurídico o posteriores a ésta, también son frecuentes —a veces incluso obligatorios—, con lo que los parlamentarios suelen tener ocasión de pronunciarse sobre ellos. La teoría de la evaluación legislativa, en ese caso, puede suministrar criterios para organizar y enjuiciar el contenido de sus argumentos.

### 2.3. Relaciones entre niveles de racionalidad legislativa

Desde el punto de vista de una teoría multidimensional de la legislación racional, y de cara al análisis argumentativo, resulta interesante mostrar cómo se relacionan R3 y R4 con los demás niveles de racionalidad y, en particular, qué tipo de tensiones median entre unos y otros. Esto podría ayudar a establecer el peso de los argumentos de eficacia en el proceso de justificación de la ley.

*R1-R3/R4.* Una primera tensión puede darse entre la eficacia o la efectividad de la ley y su configuración lingüística. La variante más común de este conflicto surge cuando las imprecisiones o errores de formulación abren márgenes de inseguridad que dificultan el cumplimiento, la aplicación o la movilización de la norma, o perjudican los fines que ésta persigue [12]. En otra variante, lo que ocasiona el conflicto es la legislación simbólica, en el sentido de normas hechas para no ser cumplidas o no producir los efectos declarados. A veces, la ambigüedad o la vaguedad proporcionan «un medio para lograr la racionalidad pragmática y teleológica»; y por eso, que las leyes sean «intencionadamente oscuras e imprecisas» puede significar, sencillamente, que la racionalidad lingüística se supedita a la eficacia y efectividad (ATIENZA, 1997: 59). Un enfoque multidimensional de la legislación habría de indicar, por tanto, cuándo la eficacia social o

[11] Véase KARPEN, 2002; BÖHRET y KONZENDORF, 2001; ROSSI *et al.,* 2003; RADAELLI, 2001; COUNCIL OF EUROPE, 2001; MONTORO, 2001; FIGEROA, 1995; OSÉS, 1994, o KÖNIG, 1989; *cfr.* DÍEZ RIPOLLÉS, 2003: 59 y ss.

[12] Con todo, los márgenes de inseguridad son inherentes al Derecho: «aunque los creadores de textos jurídicos tratan de incidir en la conducta» de los ciudadanos y funcionarios «fijando por escrito las reglas que quieren» que utilicen «como razones para su acción, esos textos atraviesan una cadena de relaciones en la que son constantemente reinterpretados y usados para generar reglas diferentes»; el mensaje legal, cuando llega por fin a su destino, puede ser una «parodia respecto de su inicial precisión jurídica» (SAMPFORD, 1989: 235, 254).

los fines de la ley se consiguen mejor con normas abiertas —como veremos en seguida, WITTEVEEN arma alrededor de esta idea su modelo de legislación.

*R2-R3.* Señala ATIENZA (1997: 60) que entre racionalidad jurídico-formal y eficacia de la ley existe una «relación de independencia bastante acusada». Que las normas sean más o menos eficaces no depende, en principio, de su grado de sistematicidad; factores más decisivos son las motivaciones individuales y los filtros sociales. Pero lo cierto es que, en tiempos de hipertrofia y desorden normativos, parece esencial atender a este punto: cuantas más normas contiene un sistema jurídico, mayor es el riesgo de que los afectados por ellas las desconozcan o las incumplan, de que colidan unas con otras y generen dificultades de interpretación, y también más difícil y costoso resulta fiscalizar su cumplimiento (vid. VAN HOECKE, 2002: 79). Asimismo, en los ordenamientos jurídicos compuestos, como el español (que ha de integrar legislación europea, estatal y autonómica), la racionalidad sistemática cobra una valencia adicional, relativa a la distribución de competencias, que también puede condicionar la eficacia de aplicación y, sobre todo, la efectividad.

*R2-R4.* La relación entre la racionalidad sistemática y la efectividad de las leyes es una de las claves en el análisis de los argumentos de eficacia. Entre estos dos planos parece existir un conflicto irreductible, y la mayoría de estudios legislativos subrayan la contraposición entre ambos: en la fase de elaboración de las leyes suelen brotar graves «tensiones entre la voluntad política y las recomendaciones técnicas» (MARCILLA, 2005: 297). En cualquier caso, conviene recordar que un déficit de racionalidad jurídico-formal, como el que aqueja por ejemplo al Derecho regulativo, no necesariamente conduce a mayores cotas de efectividad ni facilita la consecución de los objetivos de la ley.

*R3-R4.* También es posible analizar las relaciones entre las diferentes modalidades de eficacia, en especial entre los niveles de observancia o de uso de la ley (R3) y el logro eficiente de los fines perseguidos (R4). De hecho, solemos estudiar estos dos planos de racionalidad conjuntamente, como si hubiese un nexo de continuidad entre ambos[13]. Pero hay que considerar además eventuales tensiones: la movilización masiva de ciertas normas de prestación, pongamos por caso, podría colapsar el aparato burocrático del Estado y terminar frustrando los propósitos legislativos; y puede ocurrir asimismo que una ley se incumpla y genere con ello efectos positivos que no fueron previstos por el legislador.

*R5-R3/R4.* Los problemas de eficacia y efectividad parecen desligados de consideraciones ético-normativas: el grado de cumplimiento del Derecho y de realización de sus objetivos son independientes de su justificación o su corrección moral (ATIENZA, 1997: 63). Ahora bien, la argumentación sobre efectividad, en particular cuando atañe a las consecuencias y al impacto social de las leyes, está siempre impregnada de valoraciones[14]. Las cuestiones empíricas e instrumentales que surgen al legislar no pueden separarse de las normativas fácilmente y, aunque por lo general los fines de la ley se for-

[13] «Si se estima racional que la legislación se cumpla es quizá porque, en principio, la eficacia se supone un presupuesto de la efectividad» (Marcilla, 2005: 278); parecidamente, DÍEZ RIPOLLÉS, 2003: 95, aunque bajo otra nomenclatura y apartándose del enfoque de ATIENZA sobre las racionalidades pragmática y teleológica.

[14] Véase FETERIS, 2002: 355; MARCILLA, 2005: 305, o CALSAMIGLIA, 1993: 174.

mulan en términos amplios y muchas veces no resultan controvertidos, el debate acerca de los medios legislativos más idóneos suele revelar conflictos axiológicos de fondo.

## 3. ARGUMENTACIÓN Y CAPACIDAD REGULATIVA DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD COMPLEJA

Hace ya tiempo que el análisis de los factores que condicionan la incidencia social y la capacidad regulativa del Derecho estatal en las sociedades complejas puso de relieve la necesidad de revisar el llamado instrumentalismo jurídico y los modelos cibernéticos de «mandato-y-control» aparejados con él (TEUBNER, 1986, y BALDWIN, 1997). Pese a la variedad de soluciones teóricas que se han propuesto en los últimos años, cabría decir que todas comparten una sencilla tesis de base: la regulación de las áreas o relaciones sociales por medio del Derecho no puede ya imponerse «desde fuera» ni verticalmente, sino que han de articularse formas cualificadas de colaboración o participación de la sociedad en los procesos de creación, interpretación e implementación de las normas estatales[15]. En esa dirección apuntan, por citar algunos, los estudios sobre la formación negocial y concertada de la ley (LIPARI, 1990; MAESTRO, 1991, y BLACK, 1998), la teoría del Derecho reflexivo (TEUBNER, 1983), la del funcionamiento social de las normas jurídicas (GRIFFITHS, 2003), o los diversos modelos de *responsive law* (NONET y SELZNICK, 1978; AYRES y BRAITHWAITE, 1992; BIZER *et al.,* 2002, y BLACK y BALDWIN, 2007). De esta literatura acerca de la capacidad regulativa del Derecho interesan ahora los enfoques que la conectan con la argumentación durante las fases de producción e interpretación del Derecho. Así lo hace el modelo de «legislación comunicativa» que propone WITTEVEEN (1994, 1999, 2005) a partir de una reconsideración de la eficacia simbólica de las leyes.

### 3.1. Dimensiones de la comunicación legislativa: mensajes y símbolos

Existe cierto acuerdo en que las leyes suelen poseer una doble naturaleza, instrumental y simbólica (KINDERMANN, 1988: 229, y BLANKENBURG, 1977: 44): tratan de dirigir u orientar la conducta de sus destinatarios a fin de conseguir algún objetivo político, al tiempo que encarnan y señalizan públicamente determinados contenidos éticos, morales o ideológicos (aunque también puedan elaborarse leyes con este solo propósito). WITTEVEEN replantea esa idea en términos de dimensiones comunicativas: la legislación consistiría unas veces en la *transmisión de mensajes* normativos —reglas, si se prefiere—, y otras sería una *actividad constructiva* en la que se negocia un significado compartido para cierto texto o «símbolo». Y mientras que un caso responde al ideal de la seguridad jurídica y del imperio de la ley, al otro le subyace un ideal democrático y deliberativo. La dimensión textual o simbólica se reflejaría en conceptos jurídicos indeterminados y en normas abiertas, programáticas o «aspiracionales» —digamos, en los principios—. Este tipo de comunicación legislativa ya no transmite «significados

[15] Por ejemplo, KIßLER, 1984, o GRIFFITHS, 2003, insisten en que la génesis de las normas jurídicas determina su status posterior en las prácticas sociales, así como la medida y el modo en que será observada; es decir, la manera más o menos participativa en que se crea el Derecho ya decide sobre su eficacia y efectividad.

normativos»: abre la posibilidad de construirlos interpretativamente (WITTEVEEN, 1994: 330). Pues bien, la tesis de WITTEVEEN es que la dimensión simbólica del Derecho, *bajo ciertas condiciones,* constituye un mecanismo regulativo muy útil: no es una fuente de problemas de eficacia y efectividad, sino una oportunidad para resolverlos. Y eso es lo que habría pasado por alto el instrumentalismo jurídico, demasiado centrado en la transmisión exacta de los mensajes normativos y en su coercibilidad. WITTEVEEN cree que muchas de las dificultades de la legislación para generar efectos en la sociedad derivan justamente de carencias «simbólicas». Los enfoques cibernéticos presuponen la autoridad y legitimidad de las leyes, pero no explicarían cómo generar la motivación para que sean aceptadas: parecen dar por hecho que los destinatarios las cumplirán movidos por cálculos utilitaristas (WITTEVEEN, 1999: 36). Sin embargo, en los entornos sociales que tratan de juridificarse suele haber prácticas, normas y valores que preexisten a la legislación, y ésta ha de sintonizar con ellos de algún modo si quiere cobrar eficacia real —una intervención directa podría ser rechazada u ocasionar efectos indeseados—. Ahí entra en juego la función regulativa de las normas simbólicas: cuando su formulación legal y su interpretación y concreción social se configuran como procesos inclusivos de argumentación, es más fácil que dichas normas sean reconocidas y aceptadas por sus destinatarios, y que éstos, por tanto, las incorporen a sus prácticas cotidianas como razones para la acción[16]. Éste es el sentido en el que despliegan, siquiera mediatamente, efectos regulativos.

### 3.2. La «estrategia legislativa reflexiva»

WITTEVEEN (1999: 49) no quiere decir que estas dimensiones sean incompatibles: una ley puede incluir tanto elementos reglados («significantes») como simbólicos. Ahora bien, para que desarrolle toda su capacidad regulativa —para que resulte eficaz y efectiva— es preciso equilibrarlos. Ambas facetas han de integrarse en un modelo de legislación «sinfónica» que logre su combinación óptima. Esto supone un momento de «reflexividad» de parte de todos los actores del proceso legislativo, de manera que, como participantes en una deliberación, puedan decidir qué modalidad comunicativa, el mandato o el símbolo, es preferible en cada caso. Para clarificar esta tesis, WITTEVEEN (2005: 27) introduce la noción de «estrategia legislativa reflexiva». Esta estrategia consistiría en la discusión sobre qué debe hacerse para asegurar la eficacia social y el logro de los objetivos legales actualizando los ideales de democracia e imperio de la ley simultáneamente. Sería en este «metanivel» del debate legislativo, pues, donde los actores del proceso de formación de la ley han de resolver cuándo ésta tiene que formu-

[16] La legislación simbólica, entonces, no se diferenciaría de la instrumental por no influir en la conducta, sino por el modo en que influye y el tipo de conducta a que afecta (KINDERMANN, 1989: 257). Como observa DÍEZ RIPOLLÉS, 2002: 69-70, en relación con el Derecho penal, «la desacreditación [...] de los efectos simbólicos es apresurada, pues [...] no sólo están en condiciones de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos sino que, además, resultan imprescindibles» para hacerlo; convendría por ello «sustituir el término "simbólico" por otro menos prejuicioso» y asumir que toda acción legislativa puede tener «funciones instrumentales, expresivas e integradoras»; quien sostiene que los elementos «expresivo-integradores» «son incapaces de proteger bienes jurídicos a través de la prevención de comportamientos» cae en el error de suponer «que la producción en los ciudadanos de determinados estados de ánimo o representaciones mentales [...] no tiene consecuencias directas sobre su actuar» o que su repercusión es tan limitada «que, bien sólo puede jugar un papel muy secundario, bien debe admitirse como un efecto indeseable».

larse claramente mediante reglas y cuándo como expresión simbólica de normas compartidas por una comunidad[17]. Aunque no es fácil apuntar criterios que justifiquen la preferencia por una u otra modalidad legislativa, WITTEVEEN (2005: 40-41; WITTEVEEN y VAN KLINK, 1999: 135) identifica tres situaciones en que sería apropiado emplear la táctica simbólica y participativa de las normas abiertas: i) cuando el legislador no posee conocimiento técnico suficiente para fijar reglas precisas y claras; ii) cuando la materia sobre la que quiere intervenir es demasiado compleja o cambiante como para ser regulada con detalle; y iii) cuando el tema legislado tiene implicaciones ideológicas o ético-morales fuertes. Se dirá que, en este último supuesto, la táctica simbólica no hace sino posponer la solución de conflictos ideológicos, o que cumple, a lo sumo, una función pacificadora. Pero WITTEVEEN está convencido de que concede a los destinatarios de la ley la oportunidad de cambiar gradualmente sus actitudes a través de procesos de diálogo, ya que pone a su disposición un vocabulario legal y un conjunto de principios y *topoi* con los que pueden argumentar y especificar, en casos concretos, soluciones puntuales para dichos conflictos de fondo. Y en torno a esta idea vertebra su modelo de legislación comunicativa.

### 3.3. Hacia una legislación «comunicativa»

En este análisis late un intento de concebir la labor legislativa como una forma de creación constitucional: las constituciones vendrían a ser lo más próximo a las leyes sinfónicas. Ahora bien, WITTEVEEN (1999: 66 y ss., y 2005: 35 y ss.) confiere al término constitución un significado amplio que abarca cualquier ley que desempeñe «funciones constitutivas» en un campo social. Y las «constituciones» de esta índole no sólo regulan ámbitos sociales donde ya existen comunidades locales, sectoriales o funcionales, sino que pueden ser igualmente el impulso para que, en un área social o ante un problema determinado, nazca una «comunidad interpretativa» de «ciudadanos»[18]. La clave del éxito regulativo, en uno u otro caso, sería involucrar a todos los afectados en un proceso argumentativo de formación y aplicación de las normas. Quizá donde mejor se aprecia la similitud entre constitución y ley sea en la dimensión simbólica, y en ella se centra WITTEVEEN para explicar cómo opera la «legislación comunicativa». Esta modalidad de regulación comprendería dos estadios: el *momento constitucional,* o de fijación del texto legal, que junto a las decisiones sobre el contenido comprende el debate acerca de la táctica legislativa apropiada; y el conjunto de *prácticas discursivas* a través de las que una amplia comunidad de intérpretes desarrolla y determina el significado de dicho texto en contextos reales (WITTEVEEN y VAN KLINK, 1999: 131)[19]. En la primera fase, los actores tienen que acordar sus «aspiraciones compartidas» y ser capa-

[17] Una idea muy próxima a ésta puede verse en HABERMAS, 1998: 524-525: «el trato legislativo con el Derecho exige del legislador parlamentario que tome primero decisiones en un metanivel, es decir, que tome decisiones acerca de si ha de tomar decisiones, de quién habría de tomarlas en su lugar y, en caso de que quiera decidir, qué consecuencias se siguen para la elaboración y desarrollo legítimo de sus programas». En la misma línea discurre la noción de «metanomismo» que propone VAN AECKEN, 2005: 86.

[18] Esta idea de constitución se asemeja bastante al concepto de *super-statute* (ESKRIDGE y FEREJOHN, 2001).

[19] Parejamente analiza AGUILÓ, 2006: 13, los conceptos «esencialmente controvertidos» o «incompletamente teorizados» de la constitución, que formarían parte de una estrategia de regulación compleja y consensual: «sirven para poner en el primer plano el consenso básico a partir del cual puede construirse una práctica jurídico-política centralmente discursiva o deliberativa».

ces de proyectarlas en la ley (WITTEVEEN, 1999: 70). Han de expresar, en forma aceptable para todos, los valores y principios básicos de la comunidad o del área social en que la ley debe surtir efecto, así que tenderán a prescindir de consideraciones contextuales y a preferir formulaciones abiertas (el funcionamiento de las *leyes-constitución* no seguiría pautas cibernéticas). Este modo simbólico de legislar perfila un marco agonístico para disputas interpretativas que tendrán que ventilarse en vista de situaciones problemáticas y casos difíciles. Cada vez que se haya de actualizar el texto «constitucional» saldrá a la luz la constelación de fuerzas, intereses y convicciones ético-morales de la sociedad en ese momento. Pero en este segundo estadio de la legislación comunicativa, los principios y tópicos oficialmente asumidos al elaborar la ley estarían ya a disposición de los actores sociales, y les permitirían armar argumentos para reconstruir su significado. Esta tesis presupondría, pues, que una deliberación social inclusiva durante la «fase agonística» conducirá a los destinatarios a consensuar aplicaciones puntuales del texto simbólico y les motivará a orientar su conducta en las «aspiraciones oficiales» previamente asumidas en el momento constitucional. En ello residiría, a la postre, la eficacia simbólica de la legislación con la que WITTEVEEN propone remediar las carencias del instrumentalismo[20].

## 4. JUSTIFICACIÓN RACIONAL Y EFICACIA DE LA LEGISLACIÓN: UN ESQUEMA DE ANÁLISIS

Las cuestiones relativas a la eficacia son, según hemos visto, parte esencial de la teoría de la legislación racional; y la reconsideración de la eficacia simbólica (como una táctica para mejorar la capacidad regulativa del Derecho), a su vez, ha permitido apuntar la relevancia de la argumentación en este contexto. Intentaré ahora esbozar un esquema para analizar el papel de la eficacia dentro de la argumentación legislativa, o sea, para estudiar cómo están fundamentadas las leyes *en cuanto a la eficacia* —si al debatirlas se discuten cuestiones como su impacto y efectos sociales, su coste económico o su implementación; si se aportan datos estadísticos e información empírica y sociológica relevante; o si se valora la reacción de los destinatarios—. Se trataría de dar cuenta, en suma, de cómo se inserta la eficacia en el discurso de justificación legislativa.

[20] Para analizar si una ley «comunicativa» logra cambios sociales, las prácticas discursivas han de verse como procesos que evolucionan en el tiempo (WITTEVEEN y VAN KLINK, 1999: 133). Desatender este aspecto dinámico lleva a pensar que las intenciones del legislador no influyen en las áreas que pretendía regular, pero evaluar la eficacia simbólica cuando apenas ha sido promulgada la ley sería engañoso. WITTEVEEN asume que las normas aspiracionales buscan transformar la mentalidad social, y que cambios de esta índole son difíciles; pero cree que los límites de la legislación instrumental pueden superarse si el legislador diseña un marco argumentativo dentro del cual los actores oficiales y sociales puedan traducir a la práctica los propósitos de la legislación; un marco donde las medidas coactivas dejen paso a las pedagógicas y nuevas formas institucionales (comisiones éticas, agencias especializadas, etc.) accesibles a todos dinamicen las prácticas discursivas en la sociedad y promuevan foros de debate para ciudadanos y expertos. En esta fase se especificaría el sentido de los ideales compartidos fijados en la ley de modo que los ciudadanos encontrasen en ellos una motivación racional para su conducta.

### 4.1. Cuestiones preliminares

Aparte de las dificultades que entraña el análisis de la argumentación parlamentaria en general (SIECKMANN, 2005, y STEINER *et al.,* 2004), estudiar los argumentos de eficacia en el contexto de la legislación suscita al menos cuatro problemas. El primero afecta a la delimitación del *ámbito de análisis.* Uno pensaría que el lugar indicado para encontrar esa clase de argumentos son los materiales y trabajos preparatorios —como los informes sobre viabilidad económica o necesidades de implementación que acompañan a los proyectos legislativos—, que también forman parte del proceso institucionalizado de justificación de las leyes. Pero aquí me ceñiré a la faceta de discusión argumentativa dentro de ese proceso, es decir, al debate parlamentario[21]. Se objetará que esta delimitación condiciona el análisis: la evaluación de la ley sería una tarea para los expertos, y correspondería a las instancias tecnocráticas que intervienen en su formación o al ministerio que elabora su proyecto. Sin embargo, que muchos parlamentarios no sean sociólogos o economistas no impide que consideren la eficacia de las medidas que van a aprobar: los resultados de la evaluación de las leyes quedan siempre sometidos al juicio político (KÖNIG, 1989: 420), y existen sin duda buenas razones para que así sea (BROCKER, 2002: 134 y ss., y OSÉS, 1994: 287). Es de suponer, además, que los informes de los especialistas habrán de reflejarse en el debate parlamentario; y éste, aun cuando carezca de sofisticación técnica, puede revelar de qué forma entienden los legisladores las funciones sociales del Derecho o, más en general, la relación entre Derecho y sociedad. La ausencia de discusiones sobre eficacia podría ser incluso un indicador de la baja calidad de la fundamentación de las leyes.

La segunda dificultad es estimar de manera fiable cuáles serán las *consecuencias de las leyes:* las limitaciones de las evaluaciones *ex ante* son muy significativas[22]. El problema suele señalarse a propósito de los efectos indirectos o no intencionales de una medida legislativa, y se agrava cuanto mayor sea el alcance de la evaluación, o cuando se quiere analizar la totalidad de consecuencias que puede provocar una ley. El Derecho es sólo uno entre muchos factores que confluyen en el cambio social (BLANKENBURG, 1986: 114); y, si ya resulta difícil evaluar sus efectos *ex post,* aún lo es más durante su proceso de creación. Pero esto no priva de utilidad a la evaluación, ni excusa a los legisladores de discutir sobre ella. Por demás, cuando la participación social en el procedimiento legislativo y en el debate público que lo circunda es amplia, el problema se reduce: los límites del análisis previo de las repercusiones de la ley se compensan escuchando a todos los afectados, de modo que los parlamentarios puedan al menos tener en cuenta múltiples visiones sobre su impacto.

En tercer lugar, puede aparecer el problema —relacionado también con la inseguridad de la evaluación *ex ante*— de determinar las *intenciones legislativas,* que han de

[21] Aunque conviene atender también a otros elementos de justificación de la ley, como la fundamentación de enmiendas y las exposiciones de motivos, en este trabajo los dejaré al margen. Interesa notar, por demás, que el debate parlamentario viene a ser el precipitado argumentativo de un proceso mucho más amplio que tiene lugar a escala social, antes y durante el trámite de legislación: vid. ATIENZA, 1997: 68 y ss., o DÍEZ RIPOLLÉS, 2003: 18 y ss.

[22] Véase, por ejemplo, KÖCK, 2002: 9 y ss.; BROCKER, 2002: 134; CALSAMIGLIA, 1993: 167; KÖNIG, 1989: 422 y ss., o KINDERMANN, 1988: 226. Para GRIFFITHS, 2005: 10, la razón esencial del fracaso del instrumentalismo es que resulta imposible armar una teoría general de los efectos indirectos de las leyes.

compararse con el estado de cosas que prevén alcanzar las normas. Los fines se formulan a menudo en términos vagos o muy abstractos, con lo que la racionalidad instrumental de las leyes no resulta fácilmente mensurable; por otro lado, éstas no siempre persiguen un único objetivo, sino varios, a veces inconsistentes entre sí, y eso complica la valoración de los argumentos sobre la efectividad (HIERRO, 2003: 162, y FÜHR, 2002: 99 y ss.). En los casos de derecho simbólico —en el sentido tradicional de la expresión— cabría añadir la dificultad de discernir cuáles son las «verdaderas» intenciones del legislador, en contraste con las declaradas o exteriorizadas.

La última complicación tiene que ver con el hecho de que en el discurso parlamentario los distintos niveles de justificación suelen aparecer entreverados, de forma que un mismo argumento puede operar en varios simultáneamente. La concordancia de una ley con la moral positiva, por ejemplo, puede ser tanto un argumento de eficacia de cumplimiento como de legitimidad democrática; y de igual modo, en la interpretación de principios es difícil deslindar las razones jurídico-constitucionales de las ético-morales. Esa imbricación se muestra señaladamente en la discusión sobre las consecuencias sociales o empíricas de una medida —efectividad, eficiencia e impacto—, que por lo común resulta indisociable de las consideraciones axiológicas. Otra manera de expresar esta idea sería decir que la argumentación sobre efectividad tiene una vocación «atrayente»: toda ley constituye un medio para lograr un fin y, por tanto, la mayoría de argumentos esgrimidos al debatirla podrán reconducirse al plano de la racionalidad instrumental. Desde esta perspectiva, el estudio de las razones de eficacia y efectividad aboca a un examen jurídico-constitucional en el que habría de valorarse la proporcionalidad de las medidas legislativas[23].

### 4.2. Ideas para un modelo de análisis

Intentaré esbozar ahora un esquema general para analizar la argumentación legislativa sobre eficacia. El esquema —que, con las oportunas adaptaciones, podría aplicarse también al conjunto de la argumentación legislativa— consta de cuatro apartados.

1. La primera cuestión es si los parlamentarios discuten sobre la eficacia de la ley y, en tal caso, en qué sentidos lo hacen. El análisis parte, por tanto, de la *identificación de los argumentos de eficacia* presentes en el debate legislativo. Las diferentes acepciones de este concepto sirven para clasificarlos. Es posible, así, que se tematicen aspectos relativos al *cumplimiento* y a sus motivos; a los mecanismos de *aplicación* y sanción; a la *movilización* de las normas; a la *efectividad* y las *consecuencias* o efectos sociales; a la *eficiencia* de la medida legislativa o de su tramitación; o a su valor *simbólico.* Desde luego, los temas y los contenidos específicos de la discusión variarán según las áreas o las materias reguladas, así como según el tipo de normas de que se trate, aunque es probable que surjan problemas recurrentes, como el coste económico o la cobertura organi-

[23] Como observa MADER, 2002: 115, la evaluación de efectos es «más que una herramienta tecnocrática», y «puede dar un nuevo sentido y una nueva significación [...] a principios constitucionales como el de igualdad ante la ley, la protección contra la arbitrariedad y, sobre todo, el principio de proporcionalidad»; así también, KÖCK, 2002: 13-14, y Montoro, 2001: 124. Un análisis de la interdependencia entre evaluación legislativa y examen de proporcionalidad puede verse en FÜHR, 2002: 96 y ss.

zativa. Debido a los caracteres del debate parlamentario, cabe esperar que los argumentos aparezcan fragmentados o sean incompletos, por lo que será preciso reconstruirlos a partir de las intervenciones de uno o varios diputados, a modo de líneas o «conexiones argumentativas» (vid. SIECKMANN, 2005: 119).

2. Los argumentos sobre la eficacia son sólo una parte de la fundamentación de la ley, y de ahí que hayan de integrarse con otro tipo de argumentos u otros niveles de justificación. Para mostrar su papel en el conjunto del debate legislativo me apoyaré en el modelo multidimensional de legislación propuesto por ATIENZA, en el que quedan adscritos a las racionalidades pragmática (R3) y teleológica (R4). Siguiendo este modelo, podríamos ver en qué medida se reflejan en la discusión parlamentaria las relaciones entre la eficacia (R3/R4) y otros planos de racionalidad legislativa (R1, R2, R5), así como la combinación que se alcanza entre ellos (R6). Esto permitiría determinar cuál es el peso relativo de los argumentos de eficacia dentro del discurso de justificación de las leyes[24].

3. La relación de la eficacia y efectividad de la ley con su racionalidad lingüística podría estudiarse por separado cuando se plantea en términos de lo que WITTEVEEN denominaba estrategia regulativa, es decir, cuando los parlamentarios discuten sobre la modalidad de comunicación legislativa más apropiada para que las normas logren realmente orientar las prácticas sociales en el sentido pretendido. Siquiera sea sólo en cierta clase de materias (Derecho regulativo, típicamente), el debate puede incluir argumentos sobre la combinación óptima entre el modo simbólico y modo cibernético de legislar —entre principios y reglas— y, por consiguiente, sobre los caracteres del campo social regulado o la probabilidad de que en él se desarrollen prácticas discursivas de interpretación y aplicación.

4. El análisis habría de considerar, en fin, la calidad discursiva o argumentativa del debate sobre eficacia[25]. Aquí cabe seguir y, en su caso, combinar dos líneas de trabajo. Por una parte, es posible evaluar la argumentación como tal. Existen diversas opciones teóricas al respecto: puede analizarse, por ejemplo, si la deliberación cumple *exigencias generales de racionalidad,* como la corrección lógica, la consistencia, la plausibilidad empírica de las premisas, la consideración de todas las razones relevantes o la ausencia de prejuicios (SIECKMANN, 2005: 124); si reúne las cualidades de la *buena argumentación* (JOHNSON, 2000: 180 y ss.); si satisface las reglas de la *discusión crítica* (VAN EEMEREN y GROOTENDORST, 2003: 367 y ss.); o también cabría emplear *índices de calidad discursiva* expresamente concebidos para la discusión legislativa, que miden en términos formales —sin entrar en el contenido o la estructura de los argumentos— as-

---

[24] Entre planos de justificación pueden darse al menos tres tipos de relaciones: continuidad, independencia y tensión (*cfr.* ATIENZA, 1997: 57 y ss.). Hay relación de continuidad si un aumento (o pérdida) de racionalidad en uno implica un aumento (o pérdida) de racionalidad en otro: $\uparrow R_x \rightarrow \uparrow R_y$ (o bien: $\downarrow R_x \rightarrow \downarrow R_y$). La relación de independencia supone que el mayor o menor grado de racionalidad en un nivel no afecta a otro: $R_x \wedge R_y$, o bien: $(\downarrow R_x \vee \uparrow R_x) \wedge (\downarrow R_y \vee \uparrow R_y)$. Y existiría una tensión cuando el aumento (o la pérdida) de racionalidad en un nivel comporta una pérdida (o aumento) de racionalidad en el otro: $\uparrow R_x \rightarrow \downarrow R_y$ (o bien: $\downarrow R_x \rightarrow \uparrow R_y$). Las tres clases de relaciones ayudan a estudiar la estructura de la argumentación legislativa, pero quizá para la teoría de la legislación resulten más importantes las tensiones entre niveles, ya que determinan el equilibrio final entre ellos y, por ende, la razonabilidad de la ley. El análisis empírico puede servir para clarificar de qué modo operan estas relaciones en la práctica argumentativa; en particular, habrá que ver cómo aplicar este esquema a las posturas contrapuestas que pueden mantener en cada nivel los parlamentarios de uno u otro signo.

[25] Se trataría de una evaluación que aplicase criterios de corrección para enjuiciar la argumentación —sobre eficacia, en este caso— y poder asignarle un mayor o menor peso justificatorio (ATIENZA, 2005: 311).

pectos como la participación, la aportación de razones para las afirmaciones, el respeto al interlocutor o la presentación de jpropuestas alternativas y constructivas (STEINER *et al.,* 2004: 52 y ss., y STEENBERGEN *et al.,* 2003: 27 y ss.). Es probable, sin embargo, que este tipo de apreciaciones no pueda desvincularse del examen de la calidad del debate parlamentario en su conjunto[26]. Por otra parte, sería preciso completar este esquema con criterios relativos al contenido: determinar si la argumentación sobre eficacia es mejor o peor, más allá de su calidad formal, exige articular criterios específicos, que podrían derivarse de las teorías de la evaluación legislativa. Se trataría, en suma, de integrar las diversas dimensiones del debate en un modelo analítico que permita establecer su corrección formal, material y pragmática (vid. ATIENZA, 2005). No obstante, eso corresponde ya a una teoría general de la argumentación legislativa que aún está por desarrollar, y supera con mucho el propósito de este trabajo. El planteamiento esbozado aquí, en cualquier caso, es suficiente para ensayar al menos un análisis «descriptivo», y mostrar un ejemplo de cuál pueda ser el alcance de la argumentación sobre eficacia en la justificación de las leyes.

## 5. LOS ARGUMENTOS DE EFICACIA EN EL DEBATE SOBRE EL MATRIMONIO HOMOSEXUAL

Trataré a continuación de ejemplificar los dos primeros apartados de este esquema con los debates parlamentarios acerca de la llamada ley del matrimonio homosexual[27]. Pero antes de hacerlo conviene sintetizar la confrontación interpretativa a propósito del art. 32 CE, ya que delimita el marco en el que tiene lugar la argumentación sobre eficacia.

### 5.1. El art. 32 CE y las razones del matrimonio homosexual: tácticas interpretativas

La reforma legal consiste básicamente en agregar un párrafo al art. 44 del Código Civil, con el siguiente tenor: «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». La exagerada controversia que suscitó tan escueto párrafo se explica fácilmente: el matrimonio suele ser considerado —sobre todo si se vincula a la familia— una institución capital cuya regulación afecta de plano al núcleo normativo de la sociedad. De ahí que la discusión sobre la reforma se planteara en seguida en términos de constitucionalidad y que el art. 32 CE, especialmente su primer apartado («el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»), fuera la norma de referencia tan-

[26] Convendría asimismo tener en cuenta otros factores, como las percepciones sobre la calidad del debate que expresan los propios parlamentarios o la invocación de las reglas de debate fijadas en los reglamentos de las cámaras —en el caso español, por ejemplo, el art. 71 del Reglamento del Congreso.

[27] Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Se analizaron tres debates en el Congreso (Pleno: 17 de marzo, 21 de abril y 30 de junio de 2005) y dos en el Senado (Comisión de Justicia, 14 de junio de 2005; Pleno, 22 de junio de 2005). Dado que en esta ley no se plantean cuestiones de estrategia regulativa en el sentido de WITTEVEEN, omitiré el tercer apartado del esquema.

to para detractores como para partidarios del proyecto[28]. Unos y otros recurren, a menudo de forma explícita, a todos los cánones de interpretación habituales en derecho, desde el literal y el sistemático hasta el histórico y el de adecuación social. Sus tácticas argumentativas, no obstante, son distintas: mientras que la oposición sustenta el reproche de inconstitucionalidad en una interpretación centrada en el art. 32 CE —aunque tiende a conectarlo con la protección a la familia y la infancia (art. 39 CE)—, la defensa procura abrir el enfoque interpretativo al principio de igualdad y no discriminación para sostener que la ley no sólo es constitucionalmente posible, sino incluso necesaria.

La tesis constitucional decisiva, en contra de la reforma, afirma que el art. 32 CE fija una garantía institucional del matrimonio (heterosexual), con lo que sus perfiles definitorios no pueden alterarse por vía legislativa: la redefinición del matrimonio caería entonces fuera del margen de libre configuración del legislador[29]. Para enervar esta tesis se aduce que la heterosexualidad de la pareja no forma parte de esa garantía institucional y, por tanto, que ampliar la extensión del concepto de matrimonio no quiebra la dimensión objetiva del art. 32 CE. Y así, se insiste una y otra vez en que no se producirá ningún perjuicio a las parejas heterosexuales ya casadas, ni a las que quieran casarse, y en que la ley no menoscaba los derechos de nadie, sino que se limita a extender los beneficios de la institución a un cierto colectivo de personas[30]. A los valedores del proyecto, con todo, les conviene interpretar el artículo, no ya en términos de garantía institucional, sino como el reconocimiento de un derecho subjetivo. Lo que el legislador no podría hacer, con esta interpretación, es suprimir el matrimonio, si bien nada impediría su ampliación a las parejas del mismo sexo[31].

Hasta aquí, el tema discutido es si la reforma vulnera o no la constitución, o sea, si es posible. Pero sus partidarios dan todavía un paso más y la presentan como el cumplimiento de un mandato constitucional, que tratan de construir interpretativamente integrando el art. 32 CE con el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), así como con el deber del legislador de promover condiciones efectivas de libertad e igualdad (art. 9.2 CE) y de asegurar la dignidad y el libre desarrollo de las personas

---

[28] Sobre la interpretación del art. 32 CE, en defensa del proyecto, López Aguilar (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3771), García Suárez (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3782a), Uría (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3784a y 30 de junio de 2005, p. 5222b), Cerdá (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3786a), Montón (DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4120a), Villarrubia (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3787b), Díaz Tejera (DS Senado 22 de junio de 2005, pp. 2503b, 2509a, 2510b), y Etxegoyen (DS Senado 22 de junio de 2005, pp. 2515-2516); *contra,* Torme (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3777a, y 21 de abril de 2005, p. 4118b), Vindel (DS Senado 14 de junio de 2005, p. 3b; 22 de junio de 2005, pp. 2506, 2510a) o Conde (DS Senado 14 de junio de 2005, p. 11a). Para el debate doctrinal sobre la reforma vid., por ejemplo, L. M. DÍEZ-PICAZO, 2007; GAVIDIA, 2007; VALIERES, 2007; DOMÍNGUEZ, 2006; CERDEIRA, 2005, o AMUNÁTEGUI, 2005.

[29] Vid., en particular, Torme (DS Congreso 17 de marzo de 2005, pp. 3776b-3777a), Vindel (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2506b) o Casas (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2501a), quienes aluden a su vez al dictamen del Consejo de Estado. Frente a la tesis de la garantía institucional vid., por todos, Díaz Tejera (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2503a-b).

[30] Esta tesis aparece recurrentemente: vid., por ejemplo, López Aguilar (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3772a) o Pigem (DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4115b).

[31] Véase, por todos, Etxegoyen (DS Senado 22 de junio de 2005, pp. 2515b-2516a), quien tras insistir en la regulación diferenciada de la protección a la familia (art. 39 CE) y del matrimonio, sostiene que: «el derecho a contraer matrimonio no es un derecho fundamental sino [...] un derecho subjetivo a suscribir el pacto que necesariamente comporta el matrimonio».

(art. 10.1 CE)[32]. La forma de plantear el problema ya condiciona la respuesta, así que llevar el debate a términos de igualdad y no discriminación era la táctica clave, ya que invertía la carga justificatoria: son los detractores del proyecto quienes han de fundamentar que la diferencia de tratamiento jurídico *debe* mantenerse[33]. Pero desde el momento en que se admite —y esto al menos es lo que todos *declaran*— que la orientación sexual de una persona es irrelevante para los derechos y obligaciones, y que un homosexual no es mejor ni peor que un heterosexual, resulta difícil justificar convincentemente que uno pueda casarse, o adoptar y educar a un niño, y otro no[34].

### 5.2. Identificación de argumentos relativos a la eficacia

Que se trate de una ley de corte ético-moral no implica que las cuestiones de eficacia sean desatendidas: en los debates que precedieron a su aprobación encontramos argumentos de eficacia en casi todas sus variantes. Aunque la eficacia de cumplimiento queda fuera de consideración —la ley no contiene normas de mandato— en los debates sí se tematiza la obligación de los jueces y funcionarios de aplicarla, y al menos en un sentido oblicuo cabría decir que se aborda la *eficacia de aplicación.* A este respecto, la cuestión —que aquí interesa en tanto que cuestión fáctica— es si las autoridades celebrarán o no matrimonios entre parejas del mismo sexo y los inscribirán en el registro civil[35]. El siguiente esquema intenta reconstruir la argumentación sobre este punto:

---

[32] «Hay base bastante en la propia Constitución cuando se habla de igualdad en el art. 14, o de la obligación de los poderes públicos de levantar los obstáculos que dificulten el efectivo disfrute de los derechos [...], o en el art. 10 cuando se alude a la dignidad de la persona y al libre ejercicio de la personalidad», y no importa «que en la mente del constituyente [...] no estuviese esta posibilidad de igualar», porque el texto debe «ir adecuándose a las circunstancias del tiempo, conforme a lo que dice el art. 3 del Código Civil» (Uría, DS Congreso, p. 5222b); así también, López Aguilar (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3769b ss.), Uría (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3784a), Díaz Tejera (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2503a-b) o Etxegoyen (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2503b: para esta última se trata de que «el art. 14 ilumine la literalidad del art. 32»; *contra,* TORME (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3777a): «no existe ese mandato constitucional del que usted ha hablado» —esta réplica se basa sólo en la tesis de la garantía institucional.

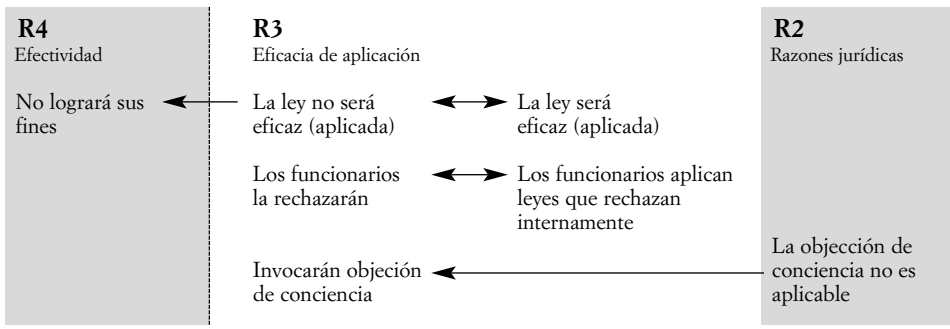
[33] «Sinceramente creo que no tenemos que justificarnos. [...] Está aceptada la idoneidad de las personas homosexuales para adoptar y educar niños tanto social como científica y jurídicamente. Quien defienda lo contrario es quien debe justificar que sus argumentos» no se basan «en el hecho de discriminar por razones de orientación sexual» (Montón, DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4120b). Vid., sobre este punto, en relación con el debate en Estados Unidos y Holanda, VAN DER BURG (2005: 258 y 269).

[34] Ejemplarmente, a propósito de la adopción: «no entiendo muy bien cómo se puede estar convencido de que la homosexualidad no es una patología, que no es en sí una cosa mala ni buena [...], que los homosexuales son unos seres humanos más [...], exactamente igual que los heterosexuales, y, posteriormente, decir que pueden representar un problema o que pueden ser dañinos para los niños que convivan en su entorno familiar» (Bofill, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2518a).

[35] En los debates aparecen otros dos temas asociados con la eficacia de aplicación. En el Congreso, el GP Mixto propuso una disposición final (enmienda n.º 5) para neutralizar la tendencia de las instituciones, «empezando por la administración de justicia», a buscar «cualquier vericueto» legal para «actuar en casos puntuales de una forma no equitativa» (Rodríguez Sánchez, DS 21 de abril de 2005, p. 4111a). Y el GP Popular en el Senado planteó una *vacatio legis* de seis meses para que las administraciones pudieran afrontar el cambio.

FIGURA 2

*Argumentación sobre eficacia de aplicación*




El proyecto no preveía una causa de abstención por razones de conciencia ni una disposición que asegurase el matrimonio ante la posible negativa de alcaldes o concejales a celebrarlo. Sus detractores aducen que la ley presentará problemas de aplicación: muchos jueces o funcionarios la rechazarán, por lo que no será eficaz y tampoco logrará sus fines. Y para desvirtuar la réplica de que los funcionarios aplican también normas con las que no están de acuerdo[36], se insiste en que no será un mero rechazo interno: los funcionarios se acogerán a la objeción de conciencia para inaplicar la ley, ya que viola sus convicciones profundas[37]. El gobierno estima que esto no ocurrirá, porque esa figura no es aplicable aquí. Con ello acaban las predicciones de eficacia y la discusión pasa al plano jurídico-constitucional, donde se analizan el sentido y los límites de la objeción de conciencia[38].

Los parlamentarios plantean asimismo un tema ligado a la *eficacia como movilización:* cuántas personas usarán la norma o podrían llegar a usarla.

Las estimaciones del número de usuarios potenciales se contradicen (Figura 3). La oposición considera que se está legislando para una minoría insignificante, lo que haría innecesaria la medida[39]. Sus defensores replican que no hay datos fiables al respec-

[36] «Yo he aplicado en mi vida profesional leyes que no me gustaban»; «había jurado cumplir la ley, y aunque no me gustara la he tenido que cumplir, acatar y aplicar» (Granado, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 13b). En calidad de alcalde, un diputado contrario a la ley admite que «va a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo [...] con absoluta lealtad y sometimiento a la ley» (Guinart, DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4116b).

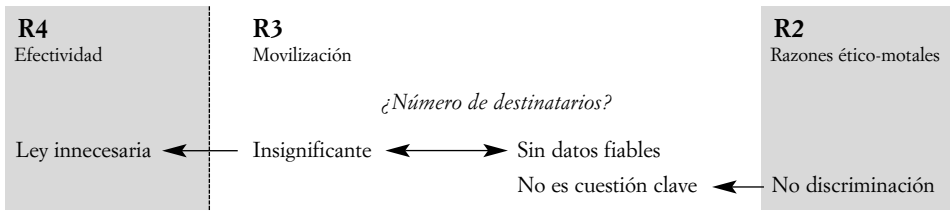
[37] Habrá «problemas de choque entre la norma y las conciencias individuales», y el gobierno tiene miedo «a que esta ley no tenga virtualidad práctica si se introduce la libertad de conciencia» (Vindel, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 4a, y 22 de junio de 2005, p. 2507a); «ya veremos que pasará cuando algún ayuntamiento se niegue a celebrar el matrimonio, ya veremos el camino del contencioso administrativo, ya veremos la indiferencia o la imposibilidad de celebrarlo» (Badía, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2514a).

[38] Véase, en especial, las intervenciones de Díaz Tejera (DS Senado 14 de junio de 2005, pp. 5b, 15a-b; 22 de junio de 2005, pp. 2509a y 2520a), Conde (DS Senado 14 de junio de 2005, p. 10b, 11a, 14a-b, 16a), Granado (DS Senado 14 de junio de 2005, p. 13b), Bonás (DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5224a-b) y Vindel (DS Senado 22 de junio de 2005, pp. 2507a-b, 2510a).

[39] Hay unos «nueve millones de matrimonios [...], frente a unas diez mil parejas estables homosexuales, según [...] datos del censo. Es una desproporción numérica de tal calibre, que no justifica en modo alguno la necesidad social de la figura» (Conde, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 12a); «se está legislando para una gran

FIGURA 3

*Argumentación sobre eficacia de movilización*

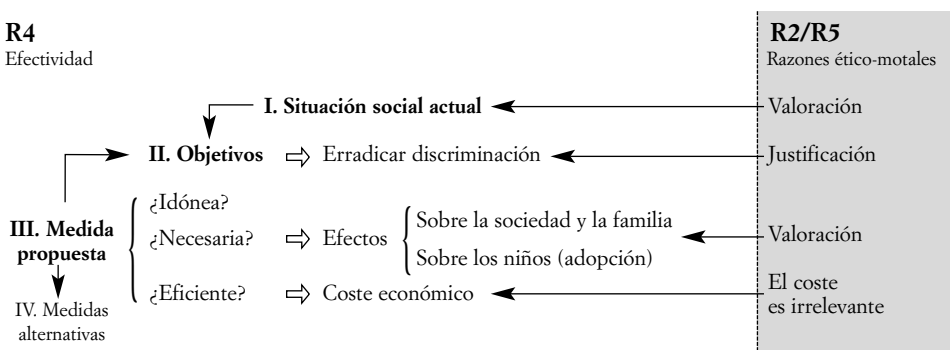



to, pero que ello, en todo caso, no es esencial, ya que el objetivo moral de erradicar la discriminación no puede hacerse depender de números o porcentajes; sería más importante, en este sentido, que la ley resulte aceptable para sus destinatarios[40].

La mayor parte de los argumentos esgrimidos en los debates aluden a la racionalidad instrumental y al impacto y efectos sociales de la medida legislativa, es decir, operan en el orden de la *efectividad.* Se trata de una discusión muy compleja en términos de estructura y contenido, pero creo que podría esquematizarse así:

FIGURA 4

*Argumentación sobre efectividad*




minoría, que según el INE supone un 1 por 100 de la población» (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2521a).

[40] Como la ley «no va contra nadie, va a favor de reconocer derechos, [...] lo de menos es el número, porque eso también es objeto de debate»; uno de los «presuntos expertos» que comparecieron insistía en que «no llega ni al 1 por 100»; otro, que «era un 10 por 100 o un 15 por 100. ¿Es que acaso la nobleza y la justicia de una causa está en función del número? [...] Nada tiene que ver que sea un 1 por 100, un 10 por 100 o un 15 por 100, entre otras cosas, porque sinceramente no hay registros» (Díaz Tejera, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2504a); hay que «hacer un documento definitivo que sea plenamente aceptable al menos por aquellos a los que va dirigido, que son los que tratan de utilizar una fórmula del matrimonio nueva» (Mardones, DS Congreso 17 de marzo de 2005, 3781a). Los opositores niegan esto último: «este proyecto ni siquiera representa el sentir del conjunto de las personas homosexuales» (Torme, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3778a).

Puede decirse que comienza con la descripción (y valoración) de la *situación social actual* [I]. Abundan aquí las alusiones a la evolución de la sociedad en los últimos tiempos, en relación con unos modelos de familia y de pareja cada vez más plurales, así como con la mejor percepción social y la creciente visibilidad de los homosexuales[41]. A grandes rasgos, todos vienen a coincidir en la descripción de la realidad social, y también la valoran (aportando razones morales y constitucionales) como discriminatoria, cuando menos en el sentido de ser necesaria *alguna* acción legislativa para corregirla[42]. A los partidarios del proyecto les interesa resaltar, además, que existe una fuerte demanda social de un cambio jurídico en la materia[43], así como el hecho de que una persona soltera, sin importar su orientación sexual, tiene ya la posibilidad de adoptar, y que este tipo de adopciones no son infrecuentes[44].

En vista de esa situación se abordan los fines u *objetivos* [II]. La ley no pretendería sino «elevar a legal lo que es real»[45]. La vaguedad de la fórmula evita la controversia, y sucede lo mismo con el objetivo que explícitamente declara perseguir el proyecto: eliminar la discriminación que sufren los homosexuales en cuanto a desarrollo afectivo y familiar. La justificación de los fines obedece a razones morales y constitucionales que todos comparten, pero, en el plano de la efectividad, lo que se discute es el medio elegido para alcanzarlos: introducir un cambio jurídico que amplía el derecho a contraer matrimonio recogido en el art. 32 CE a personas del mismo sexo [III][46]. Frente a ello

---

[41] «El modelo familiar evoluciona en todo el mundo. En Europa, las familias monoparentales de madres con hijas han aumentado un 7 por 100»; «las parejas sin hijos, un 19 por 100; los hogares unipersonales, un 11 por 100; las parejas de hecho, entre el 10 por 100 y el 25 por 100», según Eurostat (Bonás, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5223b); el cambio de percepción social es «enorme: [...] en 1975, el 83 por 100 [...] consideraba que la homosexualidad debía ser extirpada de la sociedad. En 1997, según una encuesta del CIS, un 57 por 100 aceptaba el matrimonio homosexual»; la homosexualidad es «practicada con mayor o menor frecuencia por más del 30 por 100 de las personas» (Navarro, DS Senado 21 de abril de 2005, p. 4111b); las familias homoparentales son «un hecho social indiscutible», no «una realidad nueva que esta ley» esté inventando (Bofill, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2517b); «hoy tenemos tantas tipologías de familias como personas y núcleos familiares» (García Suárez, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3782b); «es cierto que en los últimos años han aparecido junto al matrimonio otras formas de convivencia que demandan una regulación» (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2505b).

[42] «El profundo cambio que ha experimentado la sociedad [...] no puede sino llevarnos al reconocimiento social [...] y obligadamente, al reconocimiento jurídico de dicha realidad» (Etxegoyen, DS Senado 22 de junio de 2005, 2515b); «las cosas están cambiando socialmente y también debemos cambiarlas legalmente» (Cerdá, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3786a). También para los detractores de la ley, «la sociedad española ha evolucionado [...], y éste era el momento [...] de reconocer legislativamente lo que la sociedad española admite con normalidad en su convivencia» (Torme, DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4117a).

[43] «Estamos seguros de que [...] la mayor parte de la ciudadanía comprende, respalda, entiende y participa de esta decisión» (Rodríguez, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5220b). *Contra:* no hay «una demanda social ni un clamor popular» (Casas, DS Senado 22 de junio de 2005, 2502a); según «la encuesta del CIS de junio del año pasado», no hay «necesidad social de buscar nuevas formas de adopción» (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2507a).

[44] Un «homosexual puede concurrir a un procedimiento de adopción, y la evidencia empírica» prueba que lo hacen (López Aguilar, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3770b); así también, Bofill (DS Senado 14 de junio de 2005, p. 7b) o Villarubia (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3788a); *contra,* Casas (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2501b).

[45] Esta expresión fue muy repetida; véase, por ejemplo, López Aguilar (17 de marzo de 2005, p. 3770a), Mardones (17 de marzo de 2005, p. 3770a), Díaz Tejera (14 de junio de 2005, p. 4b-5a; 22 de junio de 2005, pp. 2502b y 2509b) o Ayala (14 de junio de 2005, p. 6b).

[46] «El Partido Popular comparte plenamente el objetivo de esta ley, pero no el camino elegido» (Vindel, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 3a); el Grupo «Popular está plenamente de acuerdo con» el objetivo de remover toda discriminación fundada en la orientación sexual»; «en lo que no estamos en absoluto de acuerdo es en la fórmula que ha elegido el Gobierno» (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2505b).

se elevan dos objeciones básicas: de un lado, que la ley no acabará con la discriminación (no es idónea)[47]; de otro, que resulta demasiado polémica y provocará efectos sociales negativos que pueden evitarse con medios alternativos (no es necesaria)[48]. El grueso de la confrontación atañe a este último aspecto.

El impacto y los *efectos* de la ley se discuten respecto de la sociedad en su conjunto, respecto del matrimonio heterosexual y respecto de los niños adoptados; y, más aún que en la interpretación de la realidad social actual, los parlamentarios intercalan aquí dos modos de argumentación, el empírico (se producirá o no un determinado efecto) y el normativo (se valora un efecto como positivo o negativo). En el plano más general, la crispación política ya generada y la quiebra de la estructura social a que conduciría el proyecto —al socavar pilares institucionales como la familia y el matrimonio— son las bazas argumentativas de sus detractores; frente a quienes predicen la desintegración y la fractura de la sociedad[49], se arguye que ésta será realmente más justa y menos dis-

[47] «La opción que ustedes han elegido no es la idónea para el logro de los objetivos propuestos» (Torme, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3776b); «las discriminaciones que puedan darse en el tejido social no se evitan mediante la configuración legal de un matrimonio» que dé cabida a dos realidades diferentes (Durán i Lleida, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3774b; Casas, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2501b); «tengo dudas de que por el hecho de que se puedan casar entre sí» se vayan a solucionar problemas reales de discriminación: «¿por el simple hecho de estar casados [...] va a cesar esa discriminación?» (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2521b). Defienden la idoneidad del proyecto, por ejemplo, Uría (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3785b); Navarro (DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5221a) o Montón (DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4120b).

[48] «Nuestro grupo ha propuesto crear una figura jurídica específica, la unión civil estable que configura un marco de derechos y obligaciones para estas parejas sin que pueda haber discriminación alguna» (Torme, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3776b); «no deben desconocerse otras vías que permitan alcanzar los objetivos que se persiguen y en particular la regulación diferenciada de la nueva forma de convivencia en pareja»; «no es indispensable para el logro de los objetivos que se persiguen» (Torme, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3777a); «para conseguir los mismos fines de reconocimiento, igualdad y efectos jurídicos, podía haberse recurrido a otras figuras [...] perfectamente asumibles por todos» (Guinart, DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4116b); «han actuado como si la única alternativa» para acabar con la discriminación fuera ésta, pero «saben que no es verdad, [...] que hay otras alternativas pacíficas, centradas, y que tienen un amplio apoyo social y político»; «la evolución de la sociedad española permite con relativa facilidad aprobar esa figura jurídica específica [unión civil estable] que soluciona el problema sin crear otros y que contaría con un amplísimo respaldo social y político» (Torme, 21 de abril de 2005, pp. 4117b y 4119a); «un modelo distinto de convivencia en pareja demanda un distinto tratamiento jurídico, sin forzar la aplicación de normas previstas para un modelo diferente con los problemas que ello puede acarrear»; «el reconocimiento legal y la atribución de efectos jurídicos a las uniones de personas del mismo sexo no requiere la desnaturalización de la institución matrimonial. Se podría haber regulado perfectamente de otra manera» (Casas, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 2b, y 22 de junio de 2005, p. 2501b); «la iniciativa presentada [...] por el Partido Popular expresa en su preámbulo objetivos similares», pero es «mucho más elaborada y clarificadora [...], además de mucho más pacífica» (Vindel, 22 de junio de 2005, p. 2506a); para garantizar los derechos de los homosexuales «había caminos conocidos, seguros, pacíficos, que se podían recorrer desde la unidad y sin riesgos» (Torme, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5225b). *Contra:* esta ley «resuelve de la manera más efectiva posible, sin medias tintas y recelos, la discriminación intolerable que sufrían cientos de ciudadanos y ciudadanas» (Bofill, DS Senado 22 de junio de 2005, 2517b).

[49] «Es un error que [...] pagará toda la sociedad» (Durán i Lleida, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3775a); también así, Casas (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2502a). Esta iniciativa «provoca confrontación y crispación social», lleva «a la fractura social» (Torme, DS Congreso, 17 de marzo de 2005, p. 3777b, y 21 de abril de 2005, p. 4118b) y crea «fuerte división social, desoyendo la posición contraria de millones de ciudadanos [...] representados por otros partidos» y expresada «a través de asociaciones e instituciones importantes de nuestra sociedad» (Vindel, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 9b, citando a una senadora de Entesa Catalana); «ningún gobierno que basara en la manipulación su opción política [...] ha triunfado jamás. Tengan por seguro que ustedes tampoco lo harán y que la sociedad española y las personas homosexuales no sólo conocen nuestra posición, sino que la respetan y coinciden más con ella que con la que hoy se aprobará»; «estoy segura [...] de que bajo ningún concepto esa será la posición dominante que entienda la gente» (Torme, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5225a).

criminatoria; y, ante el argumento de la reacción social adversa —detectable ya mientras tienen lugar los debates—, el gobierno alega que cuenta con el respaldo electoral de los ciudadanos[50]. Esta discusión se entrevera con la de los efectos sobre la propia institución matrimonial: para unos, la ley implica desvirtuarla y hacerla irreconocible —esto enlaza con la interpretación jurídica del art. 32 CE que restringe la institución a la pareja heterosexual—, mientras que para otros no causará daño alguno al matrimonio convencional[51].

La polémica más enconada se plantea en cuanto a la adopción por parte de parejas homosexuales y a los efectos que ésta puede acarrear para los adoptados, en particular a su impacto psicológico y su repercusión sobre los vínculos afectivos y las relaciones sociales de los niños. Los detractores del proyecto sugieren serios perjuicios para el desarrollo de la personalidad, pero no aportan argumentos empíricos específicos. Se centran más bien en la configuración jurídico-constitucional de la adopción y en equiparar la filiación adoptiva con la biológica[52], y sólo destacan efectos negativos conexos, como la imposibilidad de adopción internacional[53], o hipotéticos, como el daño irreparable que sufrirían los niños adoptados si la ley termina declarándose inconstitucional[54]. El otro bando replica que la homosexualidad de los adoptantes es de todo punto irrelevante para el adecuado desarrollo infantil, y que hasta podría traer aparejadas consecuencias positivas, como actitudes de mayor tolerancia[55]; la ley aseguraría

---

[50] «Me gustaría saber que pasa con el talante del Gobierno ante las más de medio millón de firmas que han promovido una iniciativa legislativa» para «remarcar el carácter heterosexual del matrimonio» e «impedir la adopción de parejas homosexuales» y «frente a cuatro religiones [...] pidiéndole con una única voz que retire este proyecto» (Vindel, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 3b). Para el gobierno, la ley estaba en el programa electoral, luego «tuvo el refrende de cerca de doce millones de votos» (Díaz Tejera, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 4b); la réplica es que, aun asumiendo que «doce millones de votantes [...] compartieran este punto en concreto, no dejaría de ser cierto que faltan treinta y dos millones de españoles» (Conde, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 11b).

[51] La nueva ley implica «debilitar la institución más importante de la sociedad. No parece que convenga a la sociedad en su conjunto que se debiliten instituciones [...] que son su propio cimiento» (Vindel, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 9a) o se alteren «los perfiles propios» de la institución (Casas, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2501a). A favor de la ley se aduce que «no viene a minorar el matrimonio heterosexual» (López Aguilar, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3770a); lejos de corromper la institución, «la defiende y enriquece porque no obliga a nadie y no va en contra del matrimonio heterosexual» (Etxegoyen, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 7b); «¿cómo puede [...] un simple registro en el juzgado destruir las familias tradicionales?» (Ayala, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2513a).

[52] «¿Están ustedes seguros de que no se va a condicionar el libre desarrollo de la personalidad de los niños adoptados por parejas homosexuales?» (Torme, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3778a). Argumentos jurídicos sobre la adopción aducen, por ejemplo, Durán i Lleida (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3774b), Casas (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2501b) o Vindel (DS Senado 14 de junio de 2005, p. 4a, y 22 de junio de 2005, p. 2506a).

[53] «El 90 por 100 de las adopciones que se realizan vienen de diez Estados que [...] expresamente prohíben que se pueda adoptar por parejas homosexuales; [...] España puede convertirse en un país poco fiable desde el punto de vista de la adopción internacional» (Torme, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3778a); así también, por ejemplo, Vindel (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2522a) o Guinart (DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4116b), quien aduce además que este problema «puede distorsionar las listas de espera para la adopción nacional».

[54] Así, por ejemplo, Vindel (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2507a).

[55] Según el Consejo de Europa, se han hecho en los últimos años «multitud de estudios en este sentido [...]. Ninguno ha podido determinar que el hecho de ser educado por padres homosexuales perjudica a esos niños, ni que los padres homosexuales sean peores padres que los padres heterosexuales, ni que estos niños se vean expuestos, a su vez, a ser homosexuales. Es más, todos los estudios empíricos insisten en el mismo dato, en que no es una variable» significativa o relevante de cara a la idoneidad del adoptante. El «estudio empírico

además el reconocimiento de los hijos que ya viven en el seno de familias homoparentales[56].

En la discusión sobre los efectos empíricos predominan dos recursos argumentativos. A favor de la ley encontramos, por una parte, *argumentos comparativos* referidos tanto a su impacto en otros países como al de medidas igualmente polémicas aprobadas en legislaturas anteriores. Se aduce, así, que de otras experiencias similares en el Derecho comparado (Ontario, Bélgica, Holanda) no se han derivado consecuencias sociales desintegradoras ni perjuicios para los adoptados por parejas homoparentales[57]; y se insiste recurrentemente en que los mismos tipos de argumentos —en su mayoría, falacias de pendiente resbaladiza— fueron vertidos antes en contra de la separación y el divorcio, la despenalización del aborto o la investigación con células madre, sin que se hayan verificado los efectos catastróficos que en su día se atribuyeron a las respectivas leyes[58]. Por otra parte, y en relación con el problema de la adopción, se invocan las *eva-*

---

encargado por el Defensor del Menor [...] al Colegio de Psicólogos de Madrid y a la Universidad de Sevilla» insistía en que, «en términos de autoestima, de integración social y de prestigio en el barrio, después de haber evaluado a los profesores, a los tutores, a los padres», «el proceso de aprendizaje y de integración era idéntico y que, si había algún factor distinto, era una especial tolerancia a la diversidad, a la aceptación de la homosexualidad e, incluso, una mayor flexibilidad respecto a los roles de género» (Díaz Tejera, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2519b); insiste en ello, por ejemplo, Bofill (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2518a-b); «el único estudio empírico que hay afirma que no fueron mejores ni peores» otros niños o niñas: «presentaron igualdad en el proceso de aprendizaje, en el proceso de integración socioafectiva, o en el de madurez relacional» (Díaz Tejera, DS Senado 14 de junio de 2005, pp. 4b-5a); «en España, en el año 1987 había niños y niñas así educados, que hoy [...] tienen 20 ó 30 años, y en la práctica se ha demostrado que han tenido un desarrollo social y educativo absolutamente idéntico al resto» (Díaz Tejera, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2505b); «contrastemos con la realidad esa especie de psicología o pedagogía preventiva», y «no con las creencias o preferencias. ¿Qué dicen todos los estudios de la Asociación norteamericana de psicología? [...] O la Asociación de psiquiatría [...] Dicen claramente que es un rasgo no relevante para la prueba de idoneidad»; «ningún dato empírico [...] cuestiona la idoneidad de un ser humano» homosexual para adoptar; «un ser humano o dos seres humanos siempre será mejor que un hospicio o una calle»; una persona homosexual puede ya adoptar si es idónea, y «no ha habido ni un solo caso en el que se haya impugnado una adopción unipersonal a alguien cuya fórmula de pareja» sea homosexual; «lo propio sería que no cuestionásemos *ad futurum* algo que en la realidad no existe» (Díaz Tejera, DS Senado 22 de junio de 2005, pp. 2508b y 2509a-b); «ustedes dicen que los homosexuales tienen menos capacidad para educar a sus hijos» y utilizan «como parámetro de capacidad para medir la educación de los hijos la orientación sexual, algo tan absurdo como decir que todos los gays son más simpáticos» (Navarro, DS Congreso 30 de junio de 2005, 5221b); *cfr.* López Aguilar (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3770b), Rodríguez Sánchez (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3779b); Villarubia (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3788a-b), Uría (DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4113a); Montón (DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4120b), Díaz Tejera (DS Senado 22 de junio de 2005, 2504b).

[56] Por ejemplo, Campuzano (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3775b) o Pigem (DS Congreso, 21 de abril de 2005, p. 4116a); y sobre los niños en espera de adopción: los «beneficiarios de la ley serán los gays y lesbianas, pero también los niños, que podrán contar con más protección» (Cerdá, DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4114b); dicen que no es bueno «que estos niños tengan dos padres o dos madres», cuando «están recluidos en un centro de acogida»: «¿es mejor que no tengan nada o que tengan dos padres o dos madres?» (Ayala, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 6b).

[57] Así, López Aguilar (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3772b); *cfr.* Díaz Tejera (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2503b).

[58] El matrimonio civil, la separación o el divorcio generaron «escándalo, y hoy son tantas las personas que se casan por lo civil y [...] se separan o divorcian con entera naturalidad» (Díaz Tejera, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 5a); con el matrimonio civil parecía «que el cielo se iba a desplomar» y que se legalizaba «el concubinato y el amancebamiento»; «expresiones similares se plantearon [...] cuando se introdujeron la separación y el divorcio, con la despenalización de los anticonceptivos», con el aborto, «con las técnicas de reproducción asistida, con la investigación sobre células madre» (Díaz Tejera, DS Senado 22 de junio de 2005, pp. 2502b y 2503a); «estoy convencida de que a muchos senadores y senadoras que están felizmente divorciados les parece insólito pensar que su matrimonio no pudiera disolverse. [...] Con este asunto va a pasar lo mismo» y «no van

*luaciones* de expertos (sociólogos y psicólogos), bien provengan de comparecencias previas en el parlamento —algunas muy sonadas—[59], o de informes elaborados por diversos organismos. Parlamentarios de ambos signos se acusan mutuamente de descontextualizar o tergiversar las evaluaciones, pero tienden a admitir que no es fácil hacer estimaciones, que no hay datos suficientes para pronunciarse o que el discurso científico también está marcado por conflictos axiológicos[60]. Según la oposición, los escasos precedentes internacionales, las posibles repercusiones negativas y la ausencia de datos empíricos concluyentes, aconsejan, en un ejercicio de prudencia legislativa[61], elaborar una ley sustancialmente distinta. Y por esa vía se trae a examen, junto a la racionalidad instrumental del medio elegido, la de posibles *medidas alternativas* [IV]. Atendiendo al contenido esencial de la norma, las propuestas consideradas fueron dos: la denominación de «unión civil estable» (en vez de «matrimonio») y el recurso a figuras jurídicas como el acogimiento o la tutela (frente a la adopción). Para la oposición, ambas cuentan con un mayor respaldo social, son menos controvertidas y más efectivas que el proyecto presentado. El argumento central para rechazarlas es de idoneidad: según los partidarios de la ley, no harían sino mantener o profundizar la discriminación[62].

---

a ser necesarios veinticuatro años» (López Aulestia, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2511a); «no querían el divorcio y ahora hacen uso de él; no quieren el matrimonio entre personas del mismo sexo y a buen seguro se casarán, serán testigos en las bodas» (Montón, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5227b).

[59] «Nos parece lamentable el incidente que se produjo [...] de la mano de una determinada formación política. Sabemos que no es el sentir de todos sus componentes [...] pero de su mano llegó al Congreso el supuesto informe, lo que para nosotros fue una parodia [...], una auténtica ofensa, cuando se refería el doctor Polaino a las perniciosas consecuencias en las relaciones de pareja y en la influencia sobre los hijos. [...] Nos pareció una burla» (Uría, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5223a).

[60] La «mención que hace de informes que puedan avalar su posición, o de países que ya tienen legislada la materia» recoge únicamente lo que interesa, y «se citan instituciones y organismos que se han manifestado en un sentido, cuando son muy numerosos los que se han manifestado» en el contrario (Uría, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3785b); «se limitan a remitir [...] a la Asociación americana de psicología y a incluir a modo de conclusión un párrafo de seis líneas. [...] En un nuevo ejemplo de manipulación, citan un único párrafo de seis líneas y omiten el párrafo siguiente del estudio de esa asociación, que plantea serias dudas [...]. Las cosas no están claras, señorías» (Torme, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5225b); «no hay estudios concluyentes sobre los efectos para el desarrollo armónico de los niños en parejas del mismo sexo», sino «opiniones contradictorias de los expertos» (Vindel, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 9b, citando a una senadora de Entesa Catalana); «de los diez expertos que han venido, sólo dos han cuestionado que no sea cuestión de creencias, precisamente dos que no han llevado a cabo ninguna investigación empírica»; en términos psíquicos, de aprendizaje, de autoconcepto, de autoestima, de prestigio en su núcleo «no hay ningún dato riguroso», sólo creencias (Díaz Tejera, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2504b).

[61] En cuanto «a la adopción, la prudencia aconseja que la aplicación a las uniones homosexuales derive de una voluntad expresa» del legislador, no «como un efecto colateral» (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2506b); «les hemos pedido que sobre todo en esta cuestión actuaran con prudencia»; «al margen de toda la legislación comparada, una vez más lanzan a España a una aventura» (Torme, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5225a-b). El margen de libertad del legislador y su soberanía democrática contrarrestarían la ausencia de precedentes internacionales: «si hay pocos precedentes y se pretende utilizar este argumento como valedor para la no modificación, ¿qué quieren ustedes que les diga? Creo que tenemos derecho a ponernos un poco chulos [...]. Invoco desde esta tribuna nuestra libertad y capacidad de decisión como miembros de esta Cámara [...], para avanzar como nos dé la gana» (Etxegoyen, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2517a); «lo prudente y lo sensato es [...] que el derecho, en la medida de lo posible, se acompase con la realidad social» (Díaz Tejera, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 5b); *cfr.* Díaz Tejera (DS Senado 22 de junio de 2006, p. 2503b).

[62] Agravarían «la misma barrera de discriminación [...] contra la que esta ley quiere pronunciarse» (López Aguilar, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3771a); «una regulación diferenciada [...] es discriminación, lo miren como lo miren; [...] los gays y lesbianas son como usted y como yo [...]. Son y están en igualdad con todos, perteneciendo a [...] todas las familias, en todas las clases sociales, en todos los grupos políticos; [...] están para lo bueno y para lo malo, para pagar impuestos y recibir prestaciones» (García Suárez, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3781b); «una "copia" del matrimonio para homosexuales lo único que haría es mantener en

Dentro de la argumentación sobre efectividad hallamos también referencias al tema de la *eficiencia,* en las dos acepciones señaladas al iniciar este trabajo. El coste de la ley resultó ser un punto particularmente polémico. En la práctica legislativa española, los proyectos de ley han de acompañarse «de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos» (art. 88 CE). En esta ocasión no se presentó un informe económico, y la falta de estimación de costes fue subrayada como una carencia principal. Sin embargo, frente al argumento del coste, se invoca el carácter esencialmente moral de la ley y el principio constitucional de igualdad[63]. En la argumentación puede reconocerse asimismo la idea de *eficiencia procedimental:* se adujo, por una parte, que el debate sería superfluo, pues habría de repetirse ante otras iniciativas legislativas presentadas en paralelo (una iniciativa popular y las presentadas por otros grupos); y, por la otra, que la ley sería recurrida y habría que volver a debatirla[64].

Por último, es posible identificar argumentos relativos a la *eficacia simbólica.* Una buena porción del debate tiene que ver precisamente con el término «matrimonio», y ahí radica, de hecho, el núcleo de la oposición al proyecto, tanto dentro como fuera del parlamento. Al pronto parece llamativo que una simple palabra motive una polémica a escala social, o que una mera diferencia semántica haya de ocupar a los representantes políticos. La contienda acerca del *nomen iuris,* no obstante, constituye un ejemplo de cómo a través de una lucha simbólica tratan de proyectarse socialmente determinados valores; de ello son conscientes los legisladores. En tanto que controversia axiológica, esta discusión se ubica en el plano de la justificación ético-moral. Pero el valor simbólico se considera también en términos de eficacia: a juicio de sus defensores, la ley contribuirá a medio plazo a la normalización y mejora de las actitudes sociales hacia los homosexuales[65]. Luego no sólo es idónea para erradicar una discriminación concreta, sino

---

un registro aparte, en una lista aparte, [...], aparte y marginados, a una serie de ciudadanos» (Bofill, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2518a); «el único modo de otorgar plena igualdad» es el matrimonio (Navarro, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5221a); vid. también Villarubia (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3787a).

[63] «¿Es que para estas personas no va a haber derechos laborales con costes económicos? ¿Es que la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas no se les va a aplicar con las desgravaciones consiguientes? Hay costes económicos» (Torme, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3778a); no hemos logrado algo fundamental, el informe económico; se dice que los homosexuales podrán acceder a más prestaciones, pero también que el «proyecto no supone ningún aumento de gasto y que no crea ninguna prestación, por lo que no procede estimar coste alguno [...]. ¿Qué se nos está diciendo? ¿Que estas personas no van a poder tener derecho a pensión dado que el Gobierno no lo ha previsto económicamente? ¿Que los homosexuales no van a poder heredar? [...] ¡Pues claro que hay costes económicos, señorías! Y si ésta fuera una propuesta seria [...] se habría analizado el importe económico, que les aseguro que es bastante» (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, pp. 2520b-2521a). *Contra:* «ninguna consideración de orden ajeno a este debate de valores debe tener lugar», y menos las que afirman que «el matrimonio entre personas del mismo sexo requiere una evaluación de gasto»; es innoble «vincular una extensión de derechos» a algún perjuicio económico o a la «desestabilización de las variables de nuestro bienestar» (López Aguilar, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3773a); hablar aquí del coste «es no tener en cuenta la dignidad de la persona» (García Suárez, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3782b).

[64] Así, Duran i Lleida (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3775a) o Montón (DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5227b). También hubo alusiones a los costes de depuración del ordenamiento jurídico: «tras la aprobación del matrimonio para personas del mismo sexo en Ontario, Canadá, se ha tenido que borrar nada menos que de 73 leyes toda mención a la existencia de dos sexos» (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2522a).

[65] Es un proyecto de enorme «potencia simbólica, social y política», que cumple «un compromiso expreso del programa electoral» (López Aguilar, DS Congreso 17 de marzo de 2005, pp. 3769a-3769b) y logrará «que la sociedad en su conjunto mejore su mentalidad cívica, colectiva y social, que buena falta nos hace» (Rodríguez Sánchez, DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4111a); parece «una discusión semántica inútil, pero [...] a veces las cuestiones semánticas son muy importantes» (Casas, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 2b), y la igualdad

que también provocará efectos positivos de alcance general. Cabe añadir aquí que los parlamentarios del partido en el gobierno aprovechan una y otra vez para recordar que están cumpliendo un compromiso electoral, lo cual persigue el efecto (simbólico) de incrementar la confianza de los ciudadanos en su tarea política. Para los detractores del proyecto, por el contrario, el proyecto no es sino un plan propagandístico en busca de titulares de prensa y una apropiación ilegítima de la bandera homosexual[66].

Quizá lo más interesante de la discusión sobre el valor simbólico de esta ley sea, con todo, que revela una tensión entre dos modos de afrontar la relación de condicionamiento mutuo entre Derecho y sociedad. La posición conservadora no desea utilizar medios legales para impulsar o favorecer un determinado cambio social —por decirlo así, la sociedad habría de evolucionar a su ritmo—, sino sólo para reconocer legislativamente modelos de pareja y de familia que comienzan a proliferar y precisan, por tanto, de un marco de seguridad jurídica. El legislador debería «reaccionar» ante la nueva realidad social, pero no prefigurarla, sobre todo cuando ello pueda afectar en algún sentido a las bases axiológicas de la comunidad: en temas de este calado, el Derecho debe limitarse a regular aquello que en la sociedad no suscita controversia. Los valedores de la reforma adoptan, por el contrario, una postura «proactiva». Aunque afirman que la ley se limita a «elevar a legal lo que es real», la verdad es que la reforma va mucho más allá[67]: refleja, es cierto, convicciones y preferencias de una parte significativa de la sociedad, pero aspira también a cambiar la mentalidad de otra parte y, sobre todo, a suprimir a medio plazo el disvalor que en la moral positiva todavía está asociado a la homosexualidad.

### 5.3. Relaciones con otros planos de justificación

Con fines analíticos, la discusión legislativa puede segmentarse por niveles; en nuestro caso, interesaba la eficacia (R3) y la efectividad (R4), como también hubiera sido posible adoptar un enfoque jurídico-constitucional (R2) o ético-moral (R5). Pero lo más

---

pasa por las «categorías terminológicas» (Etxegoyen, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2516b); la ley es «un potente instrumento de integración» (Rodríguez Rodríguez, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5220b); vid. López Aguilar (DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3769b), Ayala (DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2513a) y Rodríguez Zapatero (DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5228b).

[66] «Vienen pregonando de manera propagandística esta medida diciendo que es la única forma posible de eliminar la discriminación»; «atribuirse la representación de los derechos e intereses de los homosexuales [...] no les corresponde», y «además es una gran tontería», pues «nos preocupan a todos» (Torme, 17 de marzo de 2005, pp. 3776b y 3778a); «esa proclamación de cómo el valor de un partido se mide por el grado de cumplimiento de su programa electoral va a ser sin duda muy repetida»; «lástima que el Partido Socialista no [...] ponga el mismo empeño en cumplir el resto de su programa» (Conde, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 11a-b); «personas que nos acompañan en la tribuna, afiliados del Partido Popular que en su condición de homosexuales han luchado activamente en contra de la discriminación [...], que demandaban una regulación que acabara con la inseguridad jurídica [...] en las parejas formadas por personas del mismo sexo. Pues bien, estas personas que forman parte de nuestro partido se sienten cómodas, se sienten representadas en él y sus reivindicaciones se plasmaron en nuestro programa electoral y en la ponencia [...] que se aprobó en el último congreso nacional. [...] Atribuirse en exclusiva [...] la representación de los intereses y de los derechos de los homosexuales no tiene ningún sentido» (Torme, DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4117b).

[67] A veces «el derecho va en elefante y la realidad social en Fórmula 1» (Díaz Tejera, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 5b), y «el legislador va a remolque de los cambios sociales» (Bofill, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2517b); esta ley consigue «que el derecho no llegue tarde ni vaya a remolque» (Navarro, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5221a).

normal, en la práctica, es que las líneas argumentativas operen en varios niveles a la vez, de modo que, por ejemplo, una confrontación dentro de uno de ellos se intente resolver apelando a otro —ahí radica un aspecto de la idea de razonabilidad (R6)—. Esa imbricación aparecía ya al reconstruir los distintos argumentos, así que procuraré ahora recapitular cómo se reflejan en la discusión *sobre eficacia y efectividad* las relaciones entre planos de justificación[68].

*R3-R4.* Entre los dos niveles estudiados aquí, la eficacia o racionalidad pragmática (R3) y la efectividad o racionalidad teleológica (R4), aparecen dos vínculos, si bien sólo en la argumentación contraria al proyecto. Como hemos visto, la oposición aduce el rechazo e inaplicación de la ley por parte de jueces y funcionarios para cuestionar que la norma logre cumplir sus fines; y asimismo anuda el escaso número de destinatarios con la inexistencia de una demanda social, lo que le sirve a su vez para criticar la necesidad de la ley. Este planteamiento es expresión de una relación de continuidad entre los dos niveles: una menor racionalidad pragmática comportaría una menor racionalidad teleológica.

*R4/R3-R5.* Entre los planos de la efectividad (R4) y de la justificación ético-moral (R5) pueden identificarse dos conexiones argumentativas. La más evidente se encuentra en la discusión consecuencialista que ocupa buena parte de los debates: las conclusiones de la argumentación empírica sobre los efectos de la adopción son premisas fácticas en el juicio acerca de la corrección moral de la ley. La segunda conexión se refiere a la eficiencia del medio elegido. Aunque el coste de una ley suele discutirse al margen de su justificación moral, en los debates analizados aparecen como razones contrapuestas o en conflicto. La oposición alega que el proyecto implica un gran coste económico y que el gobierno no se ha molestado en estimarlo, y en ese sentido plantea un argumento de eficiencia (R4); el gobierno no sólo no discute los costes, sino que niega incluso que la dimensión económica sea relevante aquí, ya que la justificación de la ley responde a razones morales (R5): por lo menos cuando se trata de erradicar *esta* discriminación, el coste económico del proyecto no importaría. También la movilización (R3) y el valor ético-moral (R5) están conectados en la argumentación de los parlamentarios. Como en el caso anterior, que una norma sea utilizada en la práctica, o no, es independiente de su corrección, pero, frente al argumento de eficacia pragmática que aduce la oposición —la movilización de la norma será escasa—, el gobierno opone de nuevo razones de justicia; a diferencia de los costes, con todo, sí entra a valorar el número de potenciales destinatarios.

*R3/R4-R2.* La ley afecta a cualesquiera disposiciones que se refieran al matrimonio y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, pero dado que consiste básicamente en la adición de un párrafo al código civil, su sistematicidad apenas se discute. En cambio, otros aspectos vinculados a la racionalidad jurídico-formal juegan un papel destacado. Veíamos antes que una de las tensiones habituales al legislar surge entre la racionalidad teleológica (R4) y la jurídica (R2). En nuestro caso se aprecia al menos

[68] Pese a que el objeto de la discordia es el uso de la palabra «matrimonio», en los debates no se abordaron problemas de racionalidad lingüística (R1) en relación con la formulación del párrafo añadido al art. 44 del Código Civil, por lo que no consideraré aquí este plano de justificación. Durante la tramitación legislativa sí aparecieron problemas de este tipo a propósito de la redacción de algunas frases de la exposición de motivos y de las disposiciones adicionales.

una variante de esa tensión: el conflicto —que vertebra el conjunto del debate— entre los conceptos jurídicos de matrimonio y adopción (tal como los interpretan los grupos contrarios al proyecto) y el medio escogido para lograr los fines políticos de igualdad y no discriminación (según es presentado por el gobierno). La oposición cree que dichos conceptos serán irreconocibles e inservibles si la ley llega a aprobarse, lo cual supondría aumentar la inseguridad jurídica en este campo[69]; pero el tecnicismo jurídico de unos es percibido por los otros como un obstáculo al avance de la sociedad[70]. Acaso se eche en falta otra variante, habitual en el parlamento español, que surge a propósito de las competencias de las comunidades autónomas. Algunas de ellas habían legislado sobre las parejas o uniones de hecho, pero en el debate no se plantea que la integración de la norma estatal con las leyes autonómicas (R2) pueda ser relevante de cara a la efectividad, ni que pueda ocasionar efectos negativos o dificultar el logro de los objetivos perseguidos (R4): quienes aportan argumentos sobre competencias autonómicas de Derecho civil se mantienen en un plano estrictamente jurídico[71]. Por último, cabe señalar la conexión entre los argumentos de naturaleza jurídico-constitucional (R2) y los relativos a la eficacia de aplicación (R3), que surge cuando se aborda el tema de la objeción de conciencia: frente a los problemas de inaplicación basados en motivos de conciencia que prevé la oposición, el gobierno no sólo cuestiona que dichos problemas vayan a producirse de hecho, sino que desarrolla una línea argumentativa completa para demostrar que la objeción de conciencia no es aplicable y que introducir una causa de abstención específica resultaría incompatible con el objetivo de la norma (R4), provocaría inseguridad jurídica (R2) y significaría dejar el cumplimiento y la aplicación de las leyes (R3) a la discreción de jueces y funcionarios[72].

Como vemos, la confrontación partidista incide en el análisis conjunto de los niveles de racionalidad: las relaciones que señalaba antes en abstracto (continuidad, independencia y conflicto)[73] no se pueden trasladar al debate directamente, sino que hay que considerarlas dentro del marco de la posición que sostiene cada parlamentario. Tomemos por ejemplo la relación entre R4 y R5: un diputado puede argumentar que el

---

[69] «No es una opción respaldada por un amplio consenso político y social, [...] lo que sería garantía de la necesaria estabilidad y seguridad jurídica en cuestiones tan trascendentes» (Torme, DS Congreso 17 de marzo de 2005, p. 3777b); «llamar compraventa a la donación o a la permuta no les añade nada, absolutamente nada, pero hace inservible el concepto de compraventa, aparte de introducir serias dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica» (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2521b); para cambiar el concepto de matrimonio «lo que hay que cambiar es la Constitución, porque la ley no puede [...] cambiar el contenido de los conceptos mediante» su alteración radical (Vindel, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2506b).

[70] Ustedes «se ocultan detrás de falsos tecnicismos jurídicos» que «poco tienen que ver con el Derecho y mucho con la concepción de la sociedad» (Montón, DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4120a). Como vimos antes, el gobierno también cuestiona el concepto de matrimonio de la oposición con razones jurídico- constitucionales.

[71] Véase, por ejemplo, las intervenciones de Uría (DS Congreso 21 de abril de 2005, p. 4113b y 30 de junio de 2005, p. 5223a) o Granado (DS Senado 14 de junio de 2005, p. 12b).

[72] «El funcionariado no debería poder objetar el cumplimiento de esta ley»; eso serían «subterfugios legales para no aplicar una ley [...] escrupulosamente democrática» (Bonás, DS Congreso 30 de junio de 2005, p. 5224b); «dejar en manos de algunas autoridades el cumplimiento de la ley» va en contra de la constitución (Granados, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 13b), abriría «una espita para que se puedan prestar alegaciones de esta naturaleza» en otras situaciones, y generaría «profunda inseguridad jurídica» (Díaz Tejera, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 15b); vid. también la intervención de Granados (DS Senado 14 de junio de 2005, p. 13b), así como las citadas en la nota 36.

[73] Véase, más arriba, el apartado 2.3, así como la nota 24.

coste es irrelevante porque la ley obedece a razones morales (relación de independencia), y otro que la justicia no debe implicar un coste demasiado elevado (relación de conflicto). Cuál sea la relación entre los niveles de racionalidad es, pues, una cuestión de perspectiva. Y aunque para abreviar he utilizado una distinción simple entre dos posiciones (partidarios y detractores, gobierno y oposición), la estructura argumentativa resulta más compleja si atendemos a la pluralidad del arco parlamentario. Contribuye a complicar el análisis que muchas posiciones se armen con argumentos pertenecientes a niveles distintos, y que la confrontación planteada en uno tienda a extenderse a los restantes. Pero justamente al segmentar el debate por planos de justificación puede apreciarse alguna inconsistencia: por ejemplo, hacer ver que el círculo de usuarios es muy reducido (R3) respalda la tesis de que la ley es innecesaria (R4), pero contradice el gran impacto que se le asigna después como factor de desintegración social o de distorsión de las listas de espera para la adopción (R4). Aunque varios parlamentarios distinguen expresamente entre planos de justificación[74], éstos suelen aparecer mezclados en las líneas argumentativas. Un caso claro es la discusión sobre efectividad, que integra argumentos empíricos y normativos sobre las consecuencias sociales del proyecto, pero también argumentos sobre sus implicaciones jurídicas. E incluso dos niveles teóricamente diferenciables pueden acabar confundidos en la argumentación: esto es lo que ocurre con la racionalidad ética (R5) y la jurídica (R2) si ésta se considera desde un enfoque sustantivo o «constitucionalista». En otras palabras: la juridificación de principios materiales permite a los parlamentarios presentar el mismo argumento apoyándose en una idea de justicia o en un precepto de la constitución, o referirse indistintamente a ciertos valores como morales o constitucionales. En nuestro caso, no obstante, es mayor la recurrencia de argumentos basados en la constitución y la jurisprudencia constitucional. A lo largo de los debates se observa cómo las razones constitucionales penetran todos los planos de justificación y se proyectan, más allá de la interpretación del art. 32 CE, sobre la mayoría de los temas puntuales discutidos. Desde este punto de vista, la constitucionalidad viene a jugar el papel de la razonabilidad legislativa — «eficiencia» (R6), en el modelo de ATIENZA[75].

## 6. CONCLUSIONES

El propósito de este trabajo era plantear la relación entre justificación racional y eficacia de la legislación en el marco de la argumentación parlamentaria. Después de apuntar el papel de la eficacia dentro de la racionalidad legislativa y la relevancia de la dimensión simbólica de cara a la capacidad regulativa de las leyes, he sugerido un esquema de análisis de la argumentación sobre eficacia y he tratado de aplicarlo tentati-

[74] López Aguilar (DS Congreso 17 de marzo de 2005, pp. 3771-3772) y Etxegoyen (DS Senado, 22 de junio de 2005, pp. 2514b-2517a).

[75] La combinación óptima entre las distintas dimensiones de racionalidad no se tematiza explícitamente, pero sí encontramos varias alusiones a la ponderación entre los intereses y los bienes jurídicos en liza, o a la proporcionalidad de la medida legislativa: esta ley «no mantiene el equilibrio necesario entre la ampliación de derechos civiles para la minoría homosexual y la salvaguarda de intereses generales» (Vindel, DS Senado 14 de junio de 2005, p. 9a, citando a una senadora de Entesa Catalana); y existen dudas de que «sea proporcionada en sentido estricto, a partir de una ponderación de los bienes, valores e intereses en juego» (Casas, DS Senado 22 de junio de 2005, p. 2502a).

vamente a los debates sobre la ley de matrimonio homosexual. Tras este recorrido es posible extraer conclusiones en dos órdenes.

En el plano teórico interes a subrayar, primero, que los problemas de eficacia de las leyes (en sus diversas acepciones) han pasado de ser un aspecto secundario a convertirse en una de las claves de la legislación racional; esto ha de reflejarse a su vez en las deliberaciones de los parlamentarios y, por consiguiente, en una teoría de la argumentación legislativa. En el contexto de la sociedad compleja, la eficacia aparece vinculada a modelos colaborativos de legislación y a la participación social en los procesos de regulación; luego cabría decir que existe alguna correlación entre la eficacia y el carácter inclusivo o abierto —y la calidad argumentativa— de dichos procesos. En este sentido, la crisis del instrumentalismo jurídico suscita un cambio en el modo de entender la legislación simbólica: si tradicionalmente era estudiada en términos de sus funciones ideológicas, ahora revela su potencial regulativo al conectarse con prácticas discursivas desarrolladas en la sociedad a partir de los principios y *topoi* expresados en la ley.

En segundo lugar, el examen del debate legislativo sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo indica algunas tendencias que sería bueno contrastar en análisis ulteriores[76]. Hemos visto, así, que la argumentación sobre cuestiones de eficacia está presente en leyes que no imponen obligaciones o prohibiciones ni precisan de implementación, y que puede ser central incluso en áreas que no asociamos con el derecho regulativo. En los debates analizados, el grueso de la discusión sobre eficacia alude a la efectividad o racionalidad instrumental del medio legal para la consecución del fin perseguido, y más en concreto a su impacto y efectos sociales. Hemos comprobado también que resulta difícil encontrar a ese respecto argumentos empíricos o fácticos puros, pues la interpretación de la realidad y la previsión de consecuencias sociales quedan unidas a valoraciones normativas; y que los argumentos relativos a la movilización o al número de potenciales usuarios de la ley y a su eficiencia o coste económico, por lo menos en este caso, se subordinan a las razones de naturaleza moral y constitucional. El esquema de trabajo propuesto, en fin, ha permitido reconstruir y estructurar la deliberación acerca de la eficacia y la efectividad, así como señalar sus conexiones con otros niveles de racionalidad legislativa. Y aunque resta todavía desarrollar criterios cualitativos para evaluar la corrección de los argumentos, este esquema parece mostrarse útil para abordar la complejidad de la argumentación parlamentaria como fuente de justificación y, por tanto, de legitimidad del derecho.

## REFERENCIAS

AGUILÓ, J., 2006: «"Tener una constitución", "darse una constitución" y "vivir en constitución"», Conferencia de clausura del *II Congreso Brasileiro de Filosofia e Teoria geral do Direito,* Recife.

[76] En el caso estudiado es prioritaria la discusión moral y constitucional: la eficacia —no así la efectividad— se tematiza por vía de alusiones breves e indirectas que han tenido que ser reconstruidas. Analizar otros tipos de normas, en las que sean cruciales temas como el cumplimiento (leyes penales o fiscales) o la implementación (por ejemplo, la llamada ley de dependencia), permitiría establecer comparaciones entre diferentes áreas de regulación en cuanto al tratamiento argumentativo de los problemas de eficacia.

ALEXY, R., 2008: «The Reasonableness of Law and Legal Argumentation», Seminario *Visiones del Derecho,* Alicante.

AMUNÁTEGUI, C. DE, 2005: «Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista general de legislación y jurisprudencia,* 3, pp. 351-368.

ATIENZA, M., 1987: «Para una razonable definición de "razonable"», *DOXA,* 4, pp. 189-200.

— 1997: *Contribución a una teoría de la legislación,* Madrid: Civitas.

— 2005: «Reasoning and Legislation», en L. WINTGENS (ed.)., *The Theory and Practice of Legislation,* Aldershot: Ashgate, pp. 297-317.

AYRES, I., y BRAITHWAITE, J., 1992: *Responsive Regulation,* Oxford: Oxford UP.

BALDWIN, R., 1997: «Regulation: After Command and Control», en K. HAWKINS (ed.), *The Human Face of Law: Essays in Honour of Donald Harris,* Oxford: Oxford UP.

BALDWIN, R., y BLACK, J., 2008: «Really Responsive Regulation», *The Modern Law Review* 71/1, pp. 59-94.

BIZER, M. *et al.,* (eds.), 2002: *Responsive Regulierung,* Tübingen: Mohr Siebeck.

BLACK, J., 1998: «Regulation as Facilitation», *The Modern Law Review,* 61/5, pp. 621-660.

BLANKENBURG, E., 1977: «Über die Unwirksamkeit von Gesetzen», *ARSP,* LXIII/1, pp. 31-57.

— 1986: «Rechtssoziologie und Rechtswirklichkeitsforschung», en W. SCHRECKENBERGER (ed.), *Gesetzgebungslehre: Grundlagen, Zugänge, Anwendung,* Stuttgart: Kohlhammer, pp. 109-120.

BLÁZQUEZ, B., y MORATA, B., 2005: «La implementación de las políticas públicas: modelos analíticos y el papel de la administración pública», en M. PÉREZ SÁNCHEZ (ed.), *Análisis de Políticas Públicas,* Granada: EUG.

BÖHRET, C., y KONZENDORF, G., 2001: *Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung,* Baden-Baden: Nomos.

BROCKER, L., 2002: «Parlamentarische Gesetzesfolgenabschätzung», en M. BIZER *et al.,* (eds.), *Responsive Regulierung,* Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 133-141.

CALVO, M., 2005: *Transformaciones del Estado y del Derecho,* Bogotá: Universidad Externado.

CALSAMIGLIA, A., 1989: «Justicia, eficiencia y optimización de la legislación», *Documentación Administrativa,* 218/219, pp. 111-151.

— 1993: «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *DOXA,* 13, pp. 161-178.

CAPELLA, J. R., 1997: *Fruta prohibida,* Madrid: Trotta.

CERDEIRA, G., 2005: «¿Es constitucional, hoy, el matrimonio "homosexual" (entre personas de idéntico sexo)?», *Revista de Derecho Privado,* 89, pp. 37-56.

COTTERRELL, R., 1993: *Introducción a la sociología del derecho,* Barcelona: Ariel.

COUNCIL OF EUROPE, 2001: *Evaluation of Legislation,* Strasbourg: Council of Europe.

DE BAKKER, E., 2003: «Der (beinahe) weisse Fleck der Legitimitätsforschung», *Zeitschrift für Rechtssoziologie,* 24, pp. 219-247.

DELGADO, J., 2006: «Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles», *DOXA,* 29, pp. 195-218.

DÍEZ-PICAZO, L. M., 2007: «En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo», *InDret-Revista para el Análisis del Derecho,* 2, pp. 1-12.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., 2002: «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* 103, pp. 63-97.

— 2003: *La racionalidad de las leyes penales,* Madrid: Trotta.

DOMÍNGUEZ, P., 2006: «Las uniones de personas del mismo sexo: las opciones de regulación y sus implicaciones jurídicas», *Derecho Privado y Constitución,* 20, pp. 173-202.

ESKRIDGE, W., y FEREJOHN, J., 2001: «Super-Statutes», *Duke Law Journal,* 50, pp. 1215-1276.

FETERIS, E. T., 2002: «A Pragma-Dialectical Approach of the Analysis and Evaluation of Pragmatic Argumentation in a Legal Context», *Argumentation,* 16/3, pp. 349-267.

FIGEROA, A., 1995: «La evaluación del Derecho», en A. FIGUEROA (coord.), *Los procesos de implementación en las normas jurídicas,* Vitoria-Gasteiz: IVAP, pp. 11-28.

FRIEDMAN, L. M., 1975: *The Legal System,* New York: Russell Sage Foundation.

FÜHR, M., 2002: «Der Grundsatz der Verhältnismaßigkeit als metodischer Brückenschlag», en M. BIZER *et al.* (eds.), *Responsive Regulierung,* Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 91-113.

GAVIDIA, J. (coord.), 2007: *La reforma del matrimonio: Leyes 13 y 15/2005,* Madrid: Marcial Pons.

GRIFFITHS, J., 2003: «The Social Working of Legal Rules», *Journal of Legal Pluralism,* 48, pp. 1-84.

— 2005: «An Introduction in Eight Propositions to the Social Working Approach to Legislation», en N. ZEEGERS *et al.* (eds.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law,* New York: E. Mellen, pp. 7-18.

HABERMAS, J., 1998: *Facticidad y validez,* Madrid: Trotta.

HIERRO, L., 2003: *La eficacia de las normas jurídicas,* Barcelona: Ariel.

— 2003: *Justicia, igualdad y eficiencia,* Madrid: CEPC.

INGRAM, H., 1990: «Implementation: A Review and Suggested Framework», en N. B. LYNN y A. WILDAVSKY (eds.), *Public Administration. The State of the Discipline,* Chatham: Chatham House.

JOHNSON, R. H., 2000: *Manifest Rationality: A Pragmatic Theory of Argument,* Mahwah: Erlbaum.

KARPEN, U. (ed.), 2002: *Evaluation of Legislation,* Baden-Baden: Nomos.

KINDERMANN, H., 1988: «Symbolische Gesetzgebung», en D. GRIMM y W. MAIHOFER (eds.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik,* Opladen: Westdt, Verlag, pp. 222-245.

— 1989: «Alibigesetzgebung als symbolische Gesetzgebung», en R. VOIGT (ed.), *Symbole der Politik, Politik der Symbole,* Opladen: Westdt, Verlag, pp. 257-273.

KIßLER, L., 1984: *Rechtssoziologie für die Rechtspraxis,* Neuwied: Luchterland.

KÖCK, W., 2002: «Gesetzefolgenabschätzung und Gesetzgebungsrechtslehre», *Verwaltungs-Archiv,* 93/1, pp. 1-21.

KÖNIG, K., 1989: «Sobre la evaluación de los programas estatales», *Documentación Administrativa,* 218/219, pp. 413-428.

LA SPINA, A., 1989: *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria,* Milano: Giuffrè Editore.

LIPARI, N., 1990: «La formación negocial del derecho», *Anales de la Cátedra F. Suárez,* 30, pp. 13-26.

MADER, L., 2002: «The Evaluation of Draft Laws», en U. KARPEN (ed.), *Evaluation of Legislation,* Baden-Baden: Nomos, pp. 102-115.

MAESTRO, G., 1991: «Negociación y participación en el proceso legislativo», *Revista de Derecho Político,* 32, pp. 55-118.

MARCILLA, G., 2005: *Racionalidad legislativa,* Madrid: CEPC.

MONTORO, M. J., 2001: *La evaluación de las normas, racionalidad y eficiencia,* Barcelona: Atelier.

NAVARRO, P. E., 1990: *La eficacia del derecho,* Madrid: CEC.

NONET, Ph., y SELZNICK, Ph., 1978: *Law and Society in Transition,* New York: Octagon.

OSÉS, J., 1994: «El control del cumplimiento de las normas», en J. M. CORONA *et al.* (coords.), *La técnica legislativa a debate,* Madrid: Tecnos, pp. 279-293.

PÉREZ SÁNCHEZ, M. (ed.), 2005: *Análisis de Políticas Públicas,* Granada: EUG.

PRIETO SANCHÍS, L., 2005: *Apuntes de Teoría del Derecho,* Madrid: Trotta.

RADAELLI, C. M. (ed.), 2001: *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata,* Soveria Mannelli: Rubbetinno.

ROSSI, P. H. *et al.,* 2003: *Evaluation. A Systematic Approach,* 7.ª ed., Thousand Oaks: Sage.

SAMPFORD, Ch., 1989: *The Disorder of Law. A Critique of Legal Theory,* Oxford: Blackwell.

SIECKMANN, J. R., 2005: «Argumentation im Parlament», en J. R. SIECKMANN (ed.), *Verfassung und Argumentation,* Baden-Baden: Nomos, pp. 115-128.

STEENBERGEN, M. R. *et al.,* 2003: «Measuring Political Deliberation: A Discourse Quality Index», *Comparative European Politics,* 1, pp. 21-48.

STEINER, J. *et al.,* 2004: *Deliberative Politics in Action,* Cambridge: Cambridge UP.

TEUBNER, G., 1983: «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», *Law and Society Review,* 17/2, pp. 239-285.

— 1986: «After Legal Instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law», en G. TEUBNER (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State,* Berlin: W. de Gruyter, pp. 229-325.

TUORI, K., 2002: *Critical Legal Positivism,* Aldershot: Ashgate.

VALIERES, A., 2007: «La prohibición del matrimonio entre cónyuges del mismo sexo como discriminación por razón de orientación sexual», *Revista de Derecho Político,* 68, pp. 295-314.

VAN AECKEN, K., 2005: «Legal Instrumentalism Revisited», en L. WINTGENS (ed.)., *The Theory and Practice of Legislation,* Aldershot: Ashgate, pp. 67-92.

VAN DER BURG, W., 2005: «The Irony of a Symbolic Crusade: The Debate on Opening Up Civil Marriage to Same-Sex Couples», en N. ZEEGERS *et al.* (eds.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law,* New York: Edwin Mellen, pp. 245-276.

VAN EEMEREN, F. H., y GROOTENDORST, R., 2003: «A Pragma-dialectical Procedure for a Critical Discussion», *Argumentation,* 17/4, pp. 365-386.

VAN HOECKE, M., 2002: *Law as Communication,* Oxford/Portland: Hart.

WEBER, M., 1969: *Economía y sociedad,* México DF: FCE.

WITTEVEEN, W. J., 1994: «Legislation and the Fixation of Belief», en R. KEVELSON (ed.), *The Eyes of Justice. Seventh Round Table on Law and Semiotics,* New York: Peter Lang, pp. 319-343.

— 1999: «Significant, Symbolic and Symphonic Laws», en H. VAN SCHOOTEN (ed.), *Semiotics and Legislation,* Liverpool: Deborah Charles, pp. 27-70.

— 2005: «Turning to Communication in the Study of Legislation», en N. ZEEGERS *et al.* (eds.), *Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law,* New York: E. Mellen, pp. 17-44.

WITTEVEEN, W. J., y VAN KLINK, B., 1999: «Why Is Soft Law Really Law? A Communicative Approach to Legislation», *RegelMaat,* 14/3, pp. 126-140.

WRÓBLEWSKI, J., 1990: «Principles, Values and Rules in Legal Decision-Making and the Dimensions of Legal Rationality», *Ratio Iuris,* 3/1, pp. 100-117.

# UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-PENAL

## Un primer esbozo sobre el ejemplo del bien jurídico protegido en el art. 318 bis del Código Penal español *

Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro **

*Universidad de La Laguna*

**RESUMEN.** El desarrollo de teorías de la argumentación jurídica, en el seno de la teoría general del Derecho, viene ofreciendo interesantes materiales para una racionalización del discurso jurídico. Sin embargo, la complejidad de lo jurídico precisa de mayores márgenes de rendimiento y con ello, probablemente también, de especialización. En las siguientes páginas se ofrece un primer esbozo de una —por el momento, tan sólo— posible teoría de la argumentación jurídico-penal.

**Palabras clave:** teorías de la argumentación jurídica, Derecho penal, teoría de la argumentación jurídico-penal.

**ABSTRACT.** The development of theories of legal argumentation within the general theory of law provides us with interesting materials for a rationalization of the legal discourse. However, the complexity of the subject requires a higher level of performance and probably more specialization as well. This is an attempt to outline —for the time being, only— a possible theory of argumentation for criminal law.

**Keywords:** theories of legal argumentation, criminal law, a theory of argumentation for criminal law.

---

* Fecha de recepción: 28 de febrero de 2008. Fecha de aceptación: 26 de marzo de 2008.

** El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación «Derecho penal y nuevas tecnologías: sobre los intentos de adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico, SEJ 2005-07489 MEC».

## 1. INTRODUCCIÓN

En un reciente trabajo, mantiene GARCÍA SÁNCHEZ que el bien jurídico protegido en el tipo básico del art. 318 bis del Código Penal español se encuentra en «los intereses estatales en el control de los flujos migratorios» [1]. La autora atiende en un primer momento, tanto a la voluntad del legislador como a razones de literalidad, y diferencia en su argumentación entre las perspectivas de *lege lata* y *ferenda* [2]. Desde el primer punto de vista, arguye igualmente lo que parece una interpretación sistemática de las distintas cláusulas de este precepto, si bien lo formula negativamente, esto es, como crítica a posiciones contrarias: «El mantener de *lege lata* que lo que se intenta proteger en el tipo básico son los derechos de los extranjeros (opinión contraria), tal y como aparece redactado el art. 318 bis.1 y siguientes [...], conlleva problemas prácticos a la hora de determinar el ámbito punitivo de la conducta del tipo básico, pues los derechos de los extranjeros [...], donde se protegen realmente es en los tipos agravados, con lo que no imagino una afección a los derechos de los extranjeros sin que concurra alguna de las circunstancias agravantes de los n.os 2, 3, 4 y 5 [...] Con lo que en la práctica se quedaría vacío de contenido el n.º 1 del 318 bis» [3]. En términos similares, sostiene ALONSO ÁLAMO «que la amplia formulación del tipo, las referencias al tráfico ilegal y, también, a la inmigración clandestina, la no exigencia de ánimo de lucro ni, menos aún, de la finalidad de explotación laboral, su excesiva formalización, obligan a sostener que el delito se orienta hacia la protección del interés estatal al control de los flujos migratorios»; matizando eso sí, «por muy cuestionable que pueda parecer la regulación y la orientación del delito desde una perspectiva político criminal» [4].

---

[1] B. GARCÍA, 2005: «La pretendida protección jurídico-penal de los inmigrantes en el art. 318 bis del Código Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* p. 852.

[2] B. GARCÍA, cit., n.º 1, pp. 849 y ss. En un sentido próximo, recientemente, también M. ALONSO, 2007: «¿Protección penal de la dignidad? A propósito de los delitos relativos a la prostitución y a la trata de personas para la explotación sexual», *Revista Penal,* 19, pp. 16 y ss.; M. CANCIO y M. MARAVER, 2005: «El Derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal», en *Derecho penal y política transnacional,* Barcelona: Atelier, pp. 375 y ss.; J. HORTAL, 2007: «A vueltas sobre el bien jurídico-penal protegido en los mal llamados "delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros"», en *Política criminal y reforma penal,* Montevideo-Buenos Aires: B de F, p. 475; J. LACRUZ, inédito: «Movimientos migratorios y Derecho penal. Sobre el bien jurídico protegido por el art. 318 bis del Código Penal español», *ejercicio de habilitación,* p. 15. De otra opinión J. SERRANO, 2002: «Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Inmigración y Derecho penal,* Valencia: Tirant lo blanch, p. 329: «El concepto de bien jurídico tiene que ir necesariamente referido a la realidad social, y [...] no es creación del legislador, sino que es anterior al mismo y puede limitar su actividad», rechazando proposiciones formalistas.

[3] B. GARCÍA, cit., n.º 1, p. 850.

[4] M. ALONSO, cit., n.º 2, p. 16. En términos similares, entiende B. GARCÍA, cit., n.º 1, p. 850, su propia postura como «insostenible», desde el punto de vista de *lege ferenda,* pues apunta que «el Derecho penal, en virtud de los principios de *ultima ratio* del Derecho y del principio de proporcionalidad no puede ser el instrumento para proteger esos intereses estatales que se plasman en el control de los flujos migratorios»; igualmente vid. pp. 851 y ss. Ilustrativo, también M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, p. 346, para quien esta comprensión, su comprensión, resulta «perfectamente funcional desde la perspectiva de un "Derecho penal" del enemigo (o si se prefiere, de un Derecho penal estructuralmente ilegítimo)»; igualmente vid. pp. 375 y ss. Críticamente, sin embargo, STS 484/2007, de 29 de mayo, fundamento de derecho segundo, señalando que el bien jurídico protegido «no lo constituye sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos, sino que ha de irse más allá en tal interpretación —que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas admnistrativas—»; STS 1087/2006, de 10 de noviembre, fundamento de derecho primero; STS 1465/2005, de 22 noviembre, fundamento de derecho séptimo: «No

Frente a esta postura, sugiere VILLACAMPA ESTIARTE una comprensión del bien jurídico protegido que se concreta en los intereses «personales e individuales de quienes se veían sometidos a un traslado ilegal, que podría concretarse en la dignidad humana como base para el ejercicio del resto de derechos»[5]. De esta forma, se concibe el art. 318 bis como un «impedimento a la consideración de las personas como mercancía, en la interdicción del trato vejatorio que representa convertir en cosas a los seres humanos»[6]. En cuanto a la argumentación, la autora mantiene su postura no tanto sobre razones que cuestionan —luego, negativamente— los posicionamientos contrarios, como sobre aspectos satisfactorios de su solución. Así, apunta principalmente VILLACAMPA, que la comprensión que sugiere para el bien jurídico protegido atiende las exigencias de *ultima ratio,* frente a lo «que podría suponer la incriminación de una conducta contra un indicador macroeconómico, cual la defensa de las directrices de política de control de flujos migratorios fijada por el Estado español»[7]. Advierte, no obstante, que su propuesta, tendente a acercar el interés tutelado a los personales del sujeto sobre el que recae la acción, encuentra cierta resistencia en la ubicación sistemática del precepto: «Su inclusión tras el (Título) relativo a la tutela de los derechos de los trabajadores se compadece mejor con la afirmación de la protección de un interés económico»[8]. En un sentido no muy distinto, mantiene igualmente SERRANO PIEDECASAS, sobre la finalidad de la normativa de extranjería así como las consecuencias materiales de las conductas tipificadas, que el bien jurídico protegido no es otro que «el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social»[9].

Finalmente, una tercera posición, matizada, ofrece RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, para quien los «derechos individuales de los ciudadanos extranjeros como colectivo, [...] constituyen sólo "bienes intermedios con función representativa" del bien jurídico institucionalizado, espiritualizado o de los "intereses difusos" del orden socioeconómico en sentido amplio (conjunto de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del sistema socioeconómico vigente, tanto en su aspecto puramente económico como en la dimensión social del mismo), en la medida en que el fenómeno migratorio cons-

---

se trata, pues, de una mera protección penal del interés público en someter a control administrativo el citado y cada vez más frecuente flujo migratorio, cuya criminalización quebrantaría así el principio de intervención mínima del Derecho penal».

[5] C. VILLACAMPA, 2004: «Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas», *Revista Penal,* 14, p. 186; ID., 2005: «Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en G. QUINTERO (dir.), *Comentarios al nuevo Código Penal,* 4.ª ed., Elcano: Aranzadi, p. 1668. En esta línea, entre otros, vid. F. DE LEÓN, 2003: *Tráfico de personas e inmigración ilegal,* Valencia: Tirant lo blanch, pp. 248 y ss.; M. GARCÍA, 2004: «Esclavitud y tráfico de seres humanos», en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón,* Valencia: Tirant lo blanch, pp. 375 y ss.; A. PÉREZ, 2006: «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Inmigración y sistema penal,* Valencia: Tirant lo blanch, pp. 120 y ss.; ID., 2004: *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal,* Granada: Comares, pp. 170 y ss.

[6] *Ibídem.*

[7] Para lo que entiende, debe bastar con el recurso al Derecho administrativo sancionador, C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 187.

[8] C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 187. De otra opinión M. RODRÍGUEZ, 2001: *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros,* Valencia: Tirant lo blanch, p. 55, quien apunta no obstante, la conveniencia de una reubicación sistemática, vid. p. 59.

[9] J. SERRANO, cit., n.º 2, p. 332. En nuestra jurisprudencia, expresamente, SAP 73/2005 Málaga, Melilla, de 28 de septiembre, fundamento de derecho primero: «En definitiva el bien jurídico protegido es el derecho del extranjero a una plena y efectiva integración social». En un sentido próximo, STS 1087/2006, de 10 noviembre, fundamento de derecho primero. Anteriormente, también SAP 15/2001 Málaga, Melilla, de 13 de marzo, fundamento de derecho primero; SAP 49/2004 Málaga, Melilla, de 30 julio, fundamento de derecho primero.

tituye esencialmente un fenómeno socioeconómico y una cuestión de Estado»[10]. Esta autora sustenta su interpretación en la ubicación sistemática del precepto, concretamente, entre los delitos contra los derechos de los trabajadores y los relativos a la ordenación del territorio, patrimonio histórico y el medio ambiente[11]. Igualmente apunta, en esta misma línea, «que los derechos individuales de los inmigrantes (vida, libertad, integridad, dignidad) son tutelados directamente por los mismos preceptos penales que tutelan los derechos de los ciudadanos españoles, pues a los efectos de la protección penal no se establece ninguna diferenciación entre nacionales y extranjeros, en situación legal o ilegal»[12].

Estos breves trazos permiten ya ofrecer una imagen orientativa de nuestro discurso jurídico-penal, particularmente el relativo a la denominada parte especial. Frente a la justificación —principalmente— genética, sistemática y semántica que ofrece GARCÍA SÁNCHEZ, y que lleva a esta autora a cuestionar de *lege ferenda* su propuesta de *lege lata,* la cual identifica el bien jurídico protegido con una pretendida voluntad del legislador de tutelar los «intereses estatales en el control de los flujos migratorios»[13]; opone C. VILLACAMPA, también de forma principal, razones de corte ético, teleológico y sistemático[14], que articula sobre el denominado principio de *ultima ratio*[15]. Y una y otra autora ofrecen concreciones del denominado argumento consecuencialista general. En particular, VILLACAMPA pretende evitar, como vimos, «la incriminación de una conducta contra un indicador macroeconómico, cual la defensa de las directrices de política de control de flujos migratorios fijada por el Estado español en coordinación con el resto de países de la Unión»[16]; mientras que GARCÍA SÁNCHEZ esgrime, frente a las comprensiones que atienden a los derechos de los ciudadanos extranjeros, que éstas empu-

---

[10] T. RODRÍGUEZ, 2001: «Ley de extranjería y Derecho penal», *La Ley,* 2, p. 1738, concluyendo que «nos encontramos ante un delito contra el orden socioeconómico (bien institucionalizado o espiritualizado, supraindividual y de carácter inmaterial), en que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio), tutela que se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto (ante la imposibilidad de tipificar la lesión o la concreta puesta en peligro) recurriendo a objetos o bienes intermedios (los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo y el respeto de la regulación en esta materia) que tienen función representativa del bien institucionalizado o interés difuso». En un sentido próximo, también E. GARCÍA y J. RODRÍGUEZ, 2002: «Delitos contra los derechos de los extranjeros (art. 318 bis del Código Penal)», *Actualidad Penal,* 2, p. 732, adscriben a esta figura «un carácter *pluriofensivo,* cuya defensa se centra tanto en el derecho del Estado a controlar las migraciones, como en los derechos individuales de los ciudadanos extranjeros», apuntando, en p. 733, «la vida, la salud o la integridad de las personas, así como la libertad individual de adultos y menores». En nuestra jurisprudencia, por ejemplo, SAP 63/2004 Madrid, de 12 de julio, fundamento de derecho cuarto: «El bien jurídico que se trata de proteger está constituido por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios evitando que esos movimientos sean aprovechados por grupos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes»; SAP 42/2005 Badajoz, de 16 de diciembre, fundamento de derecho primero. Críticamente, sin embargo A. PÉREZ, 2006: cit., n.º 5, pp. 117 y ss.

[11] *Ibídem.*

[12] *Ibídem.*

[13] B. GARCÍA, cit., n.º 1, pp. 849, 850 y 852, por ejemplo.

[14] C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 187.

[15] C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 187. Al respecto apunta R. ALEXY, 2003: «Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs», en *Elemente einer juristischen Begründungslehre,* Baden-Baden: Nomos, p. 120, que en el presente contexto cobran especial significado los argumentos de principio *(«Prinzipienargumente»),* lo cuales, en Estados democráticos constitucionales se apoyan esencialmente en principios constitucionales, «cuya aplicación implica, por lo general, en los casos difíciles, una ponderación que muestra su carácter de mandato de optimización».

[16] *Ibídem.*

jan a subsumir en los subtipos agravados «toda conducta de favorecimiento y promoción a la inmigración clandestina» jurídico-penalmente relevante[17]. La diversidad de soluciones, así como de razones subyacentes, plantea una —pese a las apariencias— compleja cuestión: ¿qué postura adoptamos? En este sentido, a la aceptación de una u otra propuesta siguen consecuencias —costes y márgenes— en diversos planos problemáticos inherentes al discurso jurídico-penal. Así, con carácter general, se habla de racionalidad ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal e incluso, comunicativa o lingüística[18]. Por otra parte, no se trata ni —según parece— debiera tratarse sólo de consecuencias. Pues cada postura muestra un diverso peso argumentativo. Luego, ¿deben prevalecer las razones genéticas, sistemáticas y semánticas que ofrece GARCÍA SÁNCHEZ frente al principio —de *ultima ratio*— sostenido por aquella otra autora? Y a esta última cuestión subyacen otras aún más complejas. Básicamente, las de «cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y (en definitiva), cómo argumentar en el Derecho»[19].

El desarrollo de una teoría de la argumentación jurídica, en el seno de la teoría general del Derecho, viene proporcionando sugerentes materiales al respecto. Se trata, a grandes rasgos, de modelos de racionalidad que pretenden fungir como guías en la adoción de decisiones jurídicas[20]. Tales materiales, desde nuestra perspectiva, invitan a pensar —entre otras cosas— en un posible desarrollo de cánones y/o esquemas argumentativos jurídico-penales que, más allá de discriminar entre unas soluciones y otras, confieran a nuestra discusión mayores dosis de racionalidad y, quizá también, previsibilidad en sus soluciones. Particularmente, porque la ubicación del discurso jurídico-penal en el marco de una concreta constitución jurídica, abre la puerta a posibles prelaciones de variables axiológicas[21]. Y la incidencia esencial de las distintas premisas y conclusiones en valores como, por ejemplo, la libertad o la integridad física, facilita —aunque no sólo— una cuantificación de costes y márgenes iusfundamentales de las distintas soluciones. Éstas y otras razones nos llevan a pensar en la posibilidad de una teoría de la argumentación jurídico-penal que permita, a través de diversos instrumentos discursivos, una traducción y cuantificación de los distintos argumentos y soluciones en términos comparables de racionalidad —¿de legitimidad?—. En cualquier caso, aquí de momento se tratará de establecer por esta vía el bien jurídico protegido en el art. 318 bis de nuestro Código Penal.

En el presente trabajo se aborda, por tanto, un estudio de esquemas y materiales para el desarrollo de lo que podría denominarse una teoría de la argumentación jurídico-penal. Para ello, comenzaremos analizando los márgenes de rendimiento de una de las teorías de la argumentación jurídica que más influencia ha ejercido en estas últimas décadas, la teoría

---

[17] B. GARCÍA, cit., n.º 1, p. 850.

[18] J. DÍEZ, 2003: *La racionalidad de las leyes penales,* Madrid: Trotta, *passim.* Con carácter general, M. ATIENZA, 1997: *Contribución a una teoría de la legislación,* Madrid: Civitas, *passim.*

[19] M. ATIENZA, 2006: *El Derecho como argumentación,* Barcelona: Ariel, p. 7.

[20] Ilustrativo M. ATIENZA e I. ESPEJO, 1989, en R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 15.

[21] En el sentido apuntado por R. ALEXY, cit., n.º 15, p. 120. Igualmente ilustrativo J. RAZ, 1997: «La intención en la interpretación», en J. MORESO y P. NAVARRO (trad. castellana), *Doxa,* n.º 20, p. 202: «Las interpretaciones están sujetas a la evaluación como acertadas o erróneas (correctas o incorrectas), o como buenas o malas (o [...] aproximaciones de estos adjetivos, tales como "casi correcta")», y ello dentro de un contexto como el jurídico, que ofrece diversas posibilidades de enjuiciamiento.

de la argumentación jurídica de R. ALEXY (II); sobre ello, nos aproximaremos a las particularidades del discurso jurídico-penal. Las especificidades de nuestra disciplina, y en concreto, la visibilidad de sus distintos costes (éticos, pragmáticos, teleológicos, etc.) favorecen el desarrollo de una teoría de la argumentación (III), pero ésta precisa ir más allá del señalamiento de lo discursivamente racional. El bien jurídico del art. 318 bis del Código Penal, ofrece una buena escusa para mostrar estas preocupaciones y revisar, de paso, anteriores pronunciamientos realizados en un momento poco dado a la reflexión[22].

## 2. MÁRGENES DE UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: EL MODELO DE R. ALEXY

A finales de los años setenta, sobre la teoría del discurso racional de J. HABERMAS[23], esboza ALEXY una sugerente explicación del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general[24]. Según ALEXY, «lo que tienen en común los discursos jurídicos con el discurso práctico general consiste en que (para) ambas formas de discurso se trata de la corrección de enunciados normativos [...] tanto con la afirmación de un enunciado práctico general, como con la afirmación o pronunciamiento de un enunciado jurídico, se plantea una pretensión de corrección»[25]; si bien el discurso jurídico constituye «un caso *especial,* porque la argumentación jurídica tiene lugar bajo una serie de condiciones limitadoras», mencionando en particular, «la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como —lo que no concierne, sin embargo, al discurso científico-jurídico— las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal»[26].

Sobre el desarrollo de los materiales para la formulación de una teoría del discurso práctico general, y a partir de ésta, las diversas reglas y formas del discurso jurídico, podemos remitirnos a otros lugares[27]. Aquí interesa situarse donde el profesor de Kiel

---

[22] Concretamente, F. SÁNCHEZ, 2002: «El nuevo delito de tráfico ilegal de personas», en *Inmigración y Derecho penal,* Valencia: Tirant lo blanch, pp. 287 y ss.

[23] Principalmente, *cfr.* R. ALEXY, 1989: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica,* en M. ATIENZA e I. ESPEJO (trad. castellana), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 131 y ss. Una exposición de conjunto ofrece M. ATIENZA, 1991: *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 177 y ss.

[24] Ilustrativo R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 110: «El discurso moral es, más bien, una actividad guiada por reglas de tipo propio, en la que se trata del equilibrio racional de intereses», adscribiendo al discurso práctico racional la tarea de «la elaboración de las reglas que determinan esta actividad». Con carácter general, también vid. E. GARZÓN, 1998: «¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral», *Doxa,* n.º 21 (2), pp. 147 y ss.

[25] R. ALEXY, cit., n.º 23, pp. 35 y ss. Críticamente, también M. ATIENZA, cit., n.º 23, pp. 221 y ss., 225 y ss.; A. GARCÍA, 1999: «La tesis del caso especial y el positivismo jurídico», *Doxa,* n.º 22, pp. 197 y ss.; K. GÜNTHER, 1995: «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», en J. VELASCO (trad. castellana), *Doxa,* n.os 17-18, pp. 298 y ss. Por lo demás, apunta R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 207, «que las dicusiones 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»; más recientemente R. ALEXY, cit., n.º 15, p. 117, n. 16, señalando que en ello se unen «cuestiones y razones morales, éticas y pragmáticas».

[26] R. ALEXY, cit., n.º 23, pp. 35 y ss.; más recientemente, ID., cit., n.º 15, pp. 121 y ss.; señalando ALEXY en cualquier caso, cit., n.º 23, p. 38, que «la amplia zona de lo meramente posible discursivamente, la provisionalidad de cualquier resultado, así como la necesidad de decidir en tiempo limitado numerosas cuestiones prácticas, hacen aparecer estas limitaciones no sólo como aceptables, sino también como razonables y necesarias».

[27] R. ALEXY, cit., n.º 23, *passim.* Sobre éste y otros modelos, véase M. ATIENZA, cit., n.º 23, *passim.*

concluye con sus reflexiones. Pues su pretensión resulta en exceso modesta como para ofrecer una solución al problema avanzado: «proponer reglas que, por una parte, sean tan débiles, es decir, que tengan tan poco contenido normativo que personas con concepciones normativas totalmente diferentes pudieran estar de acuerdo con ellas, pero que, por otra parte, sean tan fuertes que una discusión realizada de acuerdo con las mismas pueda ser calificada como "racional"»[28]. Luego, no cabe esperar que la aplicación de sus reglas y formas discursivas permitan separar el trigo de la paja en la dogmática jurídico-penal, y señalar una entre las diversas posturas doctrinales relativas al bien jurídico protegido en el art. 318 bis del Código Penal. De hecho, apunta ALEXY, en relación «con las afirmaciones y decisiones jurídicas (que) no se pretende que éstas sean sin más correctas, sino sólo [...] correctas bajo el presupuesto del orden jurídico vigente»; lo cual «ocurre si se pueden fundamentar racionalmente teniendo en cuenta la ley, el precedente y la dogmática»[29]. Y sobre este tipo de enunciados se sustentan buena parte de las posiciones avanzadas al comienzo[30]; incluso comprensiones en gran medida contrapuestas como las de ALONSO ÁLAMO —predominantemente, sobre la formulación de la ley— y VILLACAMPA ESTIARTE —sobre principios dogmáticos. Si bien, el análisis de la justificación interna —esto es, de «si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación»— ya cabría realizar algún descarte.

Así, por ejemplo, si se conviene en que razones de proporcionalidad aconsejan optar por un bien jurídico que favorezca un desarrollo del tipo como «injusto punible (merecedor de pena y necesitado de pena), como injusto agravado»[31] —frente a otros tipos de ilícito—. Entonces, parece que estas mismas razones debieran concretarse en una comprensión del tipo como lesión o puesta en peligro de tal bien jurídico; esto es, como lesión o puesta en peligro de los concretos «valores y principios básicos de la convivencia social»[32] tutelados —según tal comprensión— en este art. 318 bis. Sin embargo, ello no sucede siempre así. Me explico. Según SERRANO PIEDECASAS, el bien jurídico protegido en este precepto se concreta en «el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social»[33]. Pues bien, si A propone a B su transporte a España desde Marruecos, a cambio de una suma «en dinhares marroquíes equivalentes a entre 1.500 y 2.000 euros»; la conducta de A, el transporte de B a cambio de esta suma de dinero, puede verse como un menoscabo del patrimonio de este último e incluso, también, como un abuso de su situación personal, pues se apunta constituye «una cantidad que puede considerarse muy elevada»[34] en su país de origen. Y si el transporte tiene lugar «en una débil embarcación ocupada por entre 20 y 30 personas más»[35], en-

[28] R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 37, debilidad que se acentúa por el hecho de que algunas de tales reglas «sólo pueden ser cumplidas de manera aproximada».

[29] R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 314.

[30] Con carácter general, N. MACCORMICK, 1990: «Los límites de la racionalidad en el razonamiento jurídico», en M. ATIENZA y J. RUIZ (trad. castellana), *Derecho y moral. Ensayos analíticos,* Barcelona: Ariel, p. 22: «La racionalidad en el Derecho y en los procedimientos jurídicos es la primera virtud; pero hay otras más allá de ella».

[31] En palabras de K. AMELUNG, 1991: «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en J. SILVA (trad. castellana), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales,* Madrid: Tecnos, pp. 96 y ss.

[32] Exposición de motivos, LO 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal, párr. 1.º

[33] J. SERRANO, cit., n.º 2, p. 332.

[34] SAP Las Palmas 48/2004, de 22 de marzo, hechos probados primero.

[35] SAP Las Palmas 48/2004, de 22 de marzo, fundamento de derecho tercero.

tran en juego además, bienes jurídicos personales como la vida o la integridad física. Sin embargo, «el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social» en España no se ve aquí perjudicado. Pues A, a tal efecto, se *limita* a introducir en nuestro país a un inmigrante cuya entrada —no hablemos ya de integración— no es viable por cauces legales: de ahí las elevadas cantidades económicas y la necesidad de adquirir «la falsa documentación de identidad, supuestamente italiana»[36]. Es más, desde esta otra perspectiva, parece que el desplazamiento geográfico —su introducción irregular en España— favorece en alguna medida su posición jurídica —particularmente, en supuestos de permanencia irregular en aquel otro país— dada la posibilidad de mutar y regularizar ésta una vez en España accediendo, por ejemplo, a una autorización de residencia temporal[37]. Y todo ello puede reflejarse así:

1. El bien jurídico protegido debe facilitar una explicación de lo injusto como injusto merecedor de pena y necesitado de pena, como injusto agravado[38].
2. La propuesta de SERRANO PIEDECASAS no permite una comprensión de estas figuras como injusto agravado, pues, las mismas pueden, incluso, favorecer —más que perjudicar— el interés que sugiere como objeto de tutela.
3. Luego «el derecho que tiene todo emigrante legal a alcanzar una plena integración social» no se presta a su adopción como bien jurídico protegido del art. 318 bis del Código Penal español. O de esta otra forma:

$$\frac{\begin{array}{l} Op \\ q \rightarrow \neg \mathrm{p} \end{array}}{\neg q;}$$

donde *O* es un operador deóntico que se entiende como «es obligatorio que», *p* representa razones de proporcionalidad y *q* la propuesta de bien jurídico comentada, que dificulta atender a tales razones en el desarrollo del precepto.

Pero el análisis de «los esquemas formales de los razonamientos [...] con normas» tampoco permite «un tratamiento plenamente adecuado de los mismos, porque para ello habría que contar también con la perspectiva material y con la perspectiva pragmática»[39]. Asimismo, el modelo de ALEXY favorece en mayor medida, la explicación de

[36] SAP Las Palmas 48/2004, de 22 de marzo, hechos probados segundo.

[37] *Cfr.* art. 31.3 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por ejemplo. En esta línea, aparentemente, también F. PÉREZ, 2006: *Análisis dogmático y político- criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros,* Madrid: Dykinson, p. 43.

[38] Acentuando, así, la línea de ilícito material, frente a la correspondiente infracción administrativa, *cfr.* J. CEREZO, 2004: *Curso de Derecho Penal español. Parte general I. Introducción,* 6.ª ed., Madrid: Tecnos, p.54.

[39] M. ATIENZA, cit., n.º 19, pp. 133 y, con carácter general, pp. 176 y ss.; apuntando en p. 118, que en los lenguajes naturales «no podemos hacer total abstracción de ciertas relaciones semánticas [...] ni tampoco del significado que nos viene dado por el contexto»; no obstante, en relación con las lógicas no monótonas, vid. pp. 119 y ss., 177, por ejemplo; concluyendo en cualquier caso, p. 121, que «si quiere mantener sus señas de identidad, entonces no puede dar cuenta de la realidad, tiene que prescindir, que hacer abstracción, de muchos aspectos consustanciales a la práctica argumentativa y respecto de los cuales la lingüística, la psicología, etc., suministran conocimientos esenciales [...] lo cual conduce, en definitiva, no a considerar que la lógica sea un conocimiento inútil o irrelevante [...] sino, simplemente, limitado». En esta línea, entre otros, L. LARENZ, 2001: *Metodología de la ciencia del Derecho,* en M. RODRÍGUEZ (trad. castellana), 2.ª ed. (4.ª ed. alemana), Barcelona: Ariel, p. 173: «Un sistema conceptual, formado sólo según criterios lógico-formales, prescinde de las referencias valorativas que están detrás de las normas y, con ello, falsifica necesariamente la conexión de sentido pecu-

problemas de estructura simple: «X ha realizado el acto H; quien realiza actos como H debe ser condenado a la pena P; por lo tanto, H debe ser condenado a la pena P»[40]. Pero cuando se trata de establecer si procede imputar un resultado de muerte a un sujeto activo que circulando «bajo la influencia de bebidas alcohólicas y a una velocidad muy superior a la exigida para vías urbanas (más de 90 km/hora)», se salta un semáforo en rojo y embiste lateralmente a un vehículo, cuando la muerte del sujeto pasivo se desencadena —también— por el rechazo de éste a una «transfusión [...] por ser testigo de Jehová»[41], el análisis lógico no resuelve gran cosa[42]. ALEXY advierte estos extremos, y en los supuestos de complejidad problemática, apunta que «la decisión depende entonces de la práctica de distintas ponderaciones y de la posibilidad de identificar en qué medida los diversos juegos favorecen o perjudican realmente a los principios que entran en juego»[43]. De esta forma parece, diferencia los problemas —más simples— de subsunción de los de ponderación, en los que se trataría de establecer, a través de diversas leyes, el grado de intervención en uno de los principios afectados, de satisfacción del segundo y de una ponderación de ambas premisas; básicamente: «Si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro»[44]. Surge la duda de si más allá de estos parámetros, y en definitiva, de la ponderación sin más de los principios en juego, es posible el desarrollo de otros modelos de solución.

## 3. HACIA UNA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-PENAL

Según se avanzó más arriba una teoría de la argumentación jurídica debiera ofrecer, básicamente, tres respuestas; esto es: «Cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar en el Derecho»[45]. Sin embargo, los materiales co-

---

liar del Derecho, la cual no es de naturaleza lógico-formal, sino teleológica»; J. MORESO, P. NAVARRO y M. REDONDO, 1992: «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», *Doxa,* n.º 11, pp. 255 y 259: «La lógica *sólo* proporciona un criterio para controlar la validez de una inferencia»; G. RODRÍGUEZ, 1988: *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica,* Madrid: Civitas, pp. 14 y ss., 23 y ss., 36, 53 y ss., 61 y ss.; J. WRÓBLEWSKI, 1985: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica,* en A. AZURZA (trad. castellana), Madrid: Civitas, p. 61.

[40] M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 65.

[41] Antecedente de hecho primero, SAP Gipuzkoa (Sección 2.ª), de 20 de febrero de 2003.

[42] Con mayores matices, J. HRUSCHKA, 1981: «Das Strafrecht neu durchdenken!», *Goltdammer`s Archiv,* pp. 241 y ss.; ID., 1984: «Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?», *Juristen Zeitung,* pp. 7 y ss.

[43] R. ALEXY, 2002: «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», en C. BERNAL (trad. castellana), *Revista española de Derecho constitucional,* n.º 66, p. 25.

[44] R. ALEXY, cit., n.º 43, pp. 31 y ss. También, en relación con la importancia de las distintas formas de argumento, ID., cit., n.º 23, p. 239: «(J. 8) La determinación del peso de argumentos de distintas formas debe tener lugar según las reglas de ponderación», señalando al respecto que «tales reglas sólo pueden desarrollarse con referencia a determinados contextos de interpretación y determinados sectores del Derecho». En esta línea, M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 232: la atribución de «peso depende de diversos factores que no pueden determinarse (cuáles son esos factores y cuál es su importancia) de antemano. Hay, por supuesto, ciertos elementos de carácter formal [...] y criterios de carácter más o menos material (el principio de universabilidad, de coherencia, etc.) que deben respetarse para que la ponderación pueda verse como una operación racional, pero su aplicación, en cada caso deja, sin duda, un amplio espacio para la deliberación. Además, esos criterios no son quizás exactamente los mismos en cada sistema o cultura jurídica».

[45] M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 7.

mentados hasta ahora, a través de diversas formas y reglas discursivas, sólo permiten ofrecer una limitada respuesta a la cuestión del análisis y la forma argumentativa. Con ello no se cuestiona la importancia de un análisis formal del *iter* argumentativo[46] o del establecimiento de los márgenes de lo discursivamente racional, como en el modelo de ALEXY. Se pretende, simplemente, señalar que buena parte del discurso jurídico tiene lugar dentro de estos márgenes[47], o en otros términos: que incluso un criterio como el de la racionalidad se muestra demasiado tosco como para captar ulteriores planos significativos de la argumentación jurídica. Y ello particularmente, porque la ubicación de este discurso dentro de un concreto marco jurídico y su —por lo general, mayor o menor— vinculación a unas u otras partes del mismo debiera permitir, parece, mayores precisiones[48]. Por ejemplo, el desarrollo de diversos parámetros de racionalidad que faciliten un enjuiciamiento de los costes y rendimientos —éticos o pragmáticos, entre otros supuestos— de uno u otro tipo de discurso. De hecho, en los últimos años, se vienen realizando importantes esfuerzos al respecto.

### 3.1. ¿Cómo analizar una argumentación de Derecho?

El desarrollo de una teoría de la legislación en el seno de la teoría del Derecho, viene sintetizando materiales que, más allá de perspectivas formales y dentro del marco de lo jurídicamente posible, favorecen el análisis de los diversos planos de racionalidad presentes en el discurso legislativo. Sobre ello, recientemente, he tratado de esbozar

---

[46] Así, apunta M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 180, que «la lógica no refleja cómo de hecho argumentamos, pero nos da moldes con los que reconstruir esa argumentación, una vez que ha tenido lugar [...]. Desde el punto de vista de la lógica deductiva, la mayor parte de los argumentos que efectuamos en la vida cotidiana (y en el Derecho) son entimemáticos, esto es, no explicitan todas sus premisas. La lógica deductiva es un método para hallar las premisas que faltan y, en consecuencia, para controlar la cantidad de los argumentos, pues nos lleva a plantearnos la cuestión de hasta qué punto esas premisas implícitas son o no aceptables»; igualmente, *op. cit.,* p. 273, situando el fundamento de estas comprensiones formales en «la esperanza fundada en que, si se presenta adecuadamente, la verdad y la justicia prevalecen sobre sus contrarios o dicho de otra manera, cierto optimismo en el género humano». Últimamente, también R. ALEXY, 2003: «Die logische Analyse juristischer Entscheidungen», en *Elemente einer juristischen Begründungslehre,* Baden-Baden: Nomos, pp. 9, 34 y ss.: «Para la adecuada reconstrucción de la justificación externa la lógica es, en general, necesaria, pero no suficiente. Suficiente sería sólo una teoría de la argumentación jurídica cuyo fundamento irrenunciable sería la lógica, pero fuese bastante más allá de ésta». En relación con la lógica borrosa, igualmente T. MAZZARESE, 1996: «Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista», en J. MORESO (trad. castellana), *Doxa,* n.º 19, pp. 225 y ss.

[47] Expresamente, R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 37: «Hay que concluir que son posibles varios resultados». En el mismo sentido, A. AARNIO, 1987: «Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica», en J. ÚBEDA (trad. castellana), *Doxa,* n.º 4, p. 112.

[48] *Cfr.* R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 206. Ilustrativo, también A. AARNIO, cit., n.º 47, p. 112: «La interpretación jurídica, por otra parte, se caracteriza por la existencia de *fundamentos de autoridad para la interpretación* [...] así como de *principios que rigen su utilización,* que han sido interiorizados por la comunidad»; K. LARENZ, cit., n.º 39, p. 337, apuntando en concreto que «entre los principios ético-jurídicos, a los que ha de orientarse la interpretación, corresponde una importancia considerable a los principios elevados a rango constitucional», deduciendo en consecuencia, p. 338, que «entre varias interpretaciones posibles [...], siempre obtiene preferencia aquella que mejor concuerda con los principios de la Constitución»; J. WRÓBLEWSKI, cit., n.º 39, p. 49, «(DI1-10): A una regla legal se le debería atribuir un significado de modo que la regla fuera lo más coherente posible con un principio válido del derecho», explicando al respecto, que «a las reglas constitucionales se las considera como principios jerárquicamente más altos que otras reglas legales». Con carácter general, también vid. J. RAZ, 1991: *Razón práctica y normas,* en J. RUIZ MANERO (trad. castellana), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 39 y ss.; posteriormente, también, pp. 231 y ss.

una respuesta a la cuestión, planteada por REVERÓN PALENZUELA, relativa a la posibilidad de una evaluación racional de las leyes penales[49]. En la medida en que el discurso legislativo constituye sólo una de las posibles manifestaciones del discurso jurídico, parece que tales materiales debieran prestarse también, para una explicación de cómo analizar una argumentación jurídica que se orienta no ya a la creación, sino a la interpretación y aplicación del Derecho. La proximidad de contextos entre los discursos legislativo y hermenéutico, se traduce en una —mayor o menor— coincidencia de planos de racionalidad, particularmente a nivel ético y teleológico; sin perjuicio de los inevitables y significativos matices reflejo de las diferencias entre una y otra fase —pre y postlegislativa— del discurso jurídico: ¿Cómo y en qué medida incide la racionalidad lingüística en los márgenes de racionalidad de un discurso dogmático?, ¿dónde se pondera el grado de sujeción al tenor literal?, por poner dos ejemplos.

En una pequeña monografía, titulada «Contribución a una teoría de la legislación», presenta M. ATIENZA un concepto de agudas aristas como el de *racionalidad,* en forma de esquema operativo mediante el señalamiento y relación de los principales planos problemáticos que encuentra el legislador en la formulación de sus decisiones[50]. ATIENZA disecciona este término en cinco planos de racionalidad; si bien la preeminencia del nivel de racionalidad ética sobre los siguientes ha llevado entre nosotros a DÍEZ RIPOLLÉS, a proponer una inversión de la estructura del modelo, que antepone éste a los restantes contenidos[51], a saber: racionalidad ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal y comunicativa o lingüística. De este modo, resulta un esquema que facilita el análisis tanto interno —esto es, diferenciado e individual de cada uno de estos cinco peldaños— como externo —mediante su interrelación— de los diversos contenidos, dilucidándose a través de todos ellos la cuestión de la eficiencia —o evaluación—, en términos de racionalidad. Pero veamos primero, cómo analizar una argumentación jurídica.

En el nivel de *racionalidad ética,* se propone un análisis de la decisión jurídica desde la perspectiva de principios como la libertad, igualdad, justicia o —incluso también— cuestiones de competencia. Con carácter general, se nos remite al «sistema de creencias, cultural e históricamente condicionado, que sustenta a una determinada colectividad»[52]. Se reclama un papel rector en este plano de la filosofía del Derecho[53]. También se advierte un importante marco referencial en el concreto cuadro constitucional[54]. En este primer plano se trata en definitiva, de establecer si la concreta solu-

---

[49] F. SÁNCHEZ, 2006: «¿Cómo se valora un texto normativo? Sobre el ejemplo del reciente Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal de los menores», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna,* pp. 187 y ss.

[50] Ampliamente véase M. ATIENZA, cit., n.º 18, *passim,* particularmente pp. 27 y ss., 81 y ss., 91 y ss. Anteriormente ya, ID., cit., n.º 23, p. 238; señalando en p. 228, la desatención en ALEXY de la «lógica de la argumentación que se lleva a cabo en el establecimiento de las normas jurídicas». Posteriormente, desde nuestra disciplina, también J. DÍEZ, cit., n.º 18, *passim,* y especialmente pp. 86 y ss., 109 y ss.; ID., 2005: «La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control», en *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada,* Valencia: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Tirant lo blanch, pp. 281 y ss.

[51] Con razón, J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 91, señalando, no obstante, en p. 97, que la «idea de eficiencia» apunta a «un equilibrio óptimo entre las diversas racionalidades, de modo que en ningún caso el aseguramiento de un determinado nivel de racionalidad conlleve la anulación de otro u otros»; ID., cit., n.º 50, p. 281.

[52] J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 92; ID., cit., n.º 50, p. 281.

[53] M. ATIENZA, cit., n.º 18, pp. 39 y ss.

[54] Advirtiendo el carácter instrumental de la Constitución (en este sentido, con razón J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 180; con carácter general, señalando la independencia de las reflexiones ético-normativas de todo derecho

ción jurídica constituye una decisión proporcional o satisface adecuadamente el principio de culpabilidad, por poner dos ejemplos[55]. DÍEZ RIPOLLÉS propone, desde nuestra disciplina, una estructura de la racionalidad ética a partir de tres clases de principios[56]. Ciertamente, se trata de una estructura pensada para el discurso legislativo. Sin embargo, las pautas que rigen la elección de los contenidos, o *principios de protección,* fungen igualmente en la fase de interpretación y aplicación del Derecho. Pues de eso se trata, aunque no sólo, en la teoría del bien jurídico[57], por poner otro ejemplo. Este penalista distingue —en este primer grupo, principios de protección— entre los denominados principios de lesividad, esencialidad o fragmentariedad, interés público y de correspondencia con la realidad. Apunta al respecto, la necesidad de limitar la tutela a «los presupuestos esenciales para la *convivencia externa* y la limitación de sus intervenciones a los ataques más intolerables a tales presupuestos imprescindibles»[58], matizando que mediante la referencia subrayada —a la convivencia externa— «se quiere decir que los comportamientos frente a los que ha de intervenir el Derecho penal deben afectar a las necesidades del sistema social en su conjunto»[59]. Se advierte ya la convergencia entre estos contenidos y algunas de las razones expuestas anteriormente. Por ejemplo, la alusión a «la infracción del principio de *ultima ratio* que podría suponer la incriminación de una conducta contra un indicador macroeconómico, cual la defensa de las directrices de política de control de flujos migratorios fijada por el Estado español»[60]. En un segundo grupo, recoge los denominados *principios de responsabilidad.* Se trata ahora de los presupuestos de imputación jurídico-penal, esto es, de «las cualidades esenciales que la sociedad considera que deben concurrir para que a una persona se le pueda exigir responsabilidad por un comportamiento afectante a tales objetos de protección»[61]. DÍEZ RIPOLLÉS sitúa aquí los principios de certeza o seguridad jurídica, de responsabilidad por el hecho, de imputación, reprochabilidad o culpabilidad y de jurisdiccionalidad. Señala igualmente, la necesidad de diferenciar el principio de seguridad jurídica del de legalidad, principio este último cuya trascendencia «no alcanza el nivel básico de racionalidad ética», en la medida en que nuestra sociedad ni la cultura

---

positivo, entre nosotros ya J. HRUSCHKA, 1981, cit., n.º 42, p. 237), pero también su potencialidad *discursiva.* En este sentido, propone atender y valorar los objetivos jurídico-penales «como cristalización de las decisiones de política criminal», entre otros aspectos, en función de su vinculación al respeto de los derechos fundamentales J. VOGEL, 2005: «Evaluación de los sistemas penales. Contribución a una Política criminal racional», en *La política legislativa penal en occidente. Una perspectiva comparada,* Valencia: Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología-Tirant lo blanch, pp. 270 y ss.

[55] El carácter de estas razones, permite por otra parte, rechazar su contigencia. Así, cuando se niega «que el razonamiento justificatorio del juez deba, por razones lógicas, utilizar una premisa moral», J. MORESO, P. NAVARRO y M. REDONDO, cit., n.º 39, p. 252, ello sólo puede aceptarse en el sentido de su utilización expresa, esto es, en el caso de razonamientos entimemáticos —razonamientos correctos que no muestran tales razones— por encontrar ya un grado de satisfacción aceptable.

[56] J. DÍEZ, cit., n.º 18, pp. 136 y ss.

[57] Sin que se pretenda la equiparación del principio de su exclusiva protección con el principio de lesividad, con razón J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 139.

[58] J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 141. Al respecto, en relación con el principio de proporcionalidad en la doctrina constitucional, igualmente vid. S. MIR, 2002: «Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal», en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón,* Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 358 y ss. Con carácter general G. LOPERA, 2006: *Principio de proporcionalidad y ley penal,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, *passim.*

[59] J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 144.

[60] C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, pp. 186 y ss.

[61] J. DÍEZ, cit., n.º 18, pp. 145 y ss.

jurídica vigente «parecen conmoverse por el socavamiento que el principio de legalidad formal está sufriendo en diversos frentes»[62]. Finalmente, en tercer lugar, habla también de los principios de la sanción, donde resume una serie de «pretensiones éticas que quieren asegurar que los efectos sociales a conseguir con las penas no van a superar los límites del ejercicio del poder acordados socialmente, esto es, que la protección frente a aquellos daños no se desnaturalice mediante un modelo de intervención penal que termine incidiendo de manera socialmente inasumible sobre los planes de vida de los ciudadanos»[63]. Subsume aquí los principios de humanidad de las penas, teleológico o de los fines de la pena, de proporcionalidad y de monopolio punitivo estatal. En cuanto al contenido del tercero, el principio de proporcionalidad, «recoge la creencia de que la entidad de la pena, esto es, la aflicción que ella origina por su naturaleza e intensidad o por los efectos sociopersonales que desencadena, debe acomodarse a la importancia de la afección al objeto tutelado y la intensidad de la responsabilidad concurrente»[64]. Nuevamente aquí se constata el cariz ético de la discusión relativa al bien jurídico: «el Derecho penal, en virtud de los principios de *ultima ratio* del Derecho y del *principio de proporcionalidad* no puede ser el instrumento para proteger esos intereses estatales que se plasman en el control de los flujos migratorios»[65]. Sin embargo, los fines de la pena se prestan, en este discurso, a un mejor análisis en el siguiente peldaño analítico.

En el plano de la *racionalidad teleológica* se permite, en el discurso legislativo, el análisis de los concretos fines político-criminales que persiguen las normas jurídico-penales objeto de valoración: fines instrumentales de carácter preventivo-general o especial, fines simbólicos de corte preventivo-general positivo, etcétera. La originaria comprensión de ATIENZA, establecer «no si el Derecho persigue ciertos fines, sino si los fines que persigue son precisamente los que debería perseguir»[66], puede asumirse más fácilmente en el análisis de un discurso jurídico de interpretación y/o aplicación del Derecho[67]. Pues aquí la finalidad no se infiere de las normas instrumentales, o de la concreta exposición de motivos, ni cabe riesgo de disociación entre uno y otro tipo de contenidos normativos, sino de la funcionalidad de las concretas soluciones jurídicas. Se trata, en este plano, de valorar si la concreta comprensión del bien jurídico protegido permite castigar, únicamente, aquellas conductas a las que subyace una «consideración de las personas como mercancía», favoreciendo así una comprensión de este precepto como «interdicción del trato vejatorio que representa convertir en cosas a los

---

[62] Sugiriendo su desplazamiento «al nivel ético-político de la racionalidad teleológica», J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 147.

[63] J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 158.

[64] J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 162. En relación con este último, en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, ilustrativo S. MIR, cit., n.º 58, pp. 354 y ss., quien relaciona este principio, p. 351, con «exigencias tradicionalmente vinculadas a la idea de justicia o retribución con la propia lógica de la utilidad de la protección jurídico-penal y con el respeto de las valoraciones sociales».

[65] B. GARCÍAcit., n.º 1, p. 850, cursiva añadida; igualmente vid. pp. 851 y ss.

[66] M. ATIENZA, cit., n.º 18, p. 39.

[67] En relación con el discurso legislativo, críticamente también J. DÍEZ, cit., n.º 50, p. 283 y ss.; ID., cit., n.º 18, pp. 94 y ss., para quien en este plano se deben «sentar las bases para un discurso ético-político en el que, presupuestos los principios anteriores, se produzca una confrontación racional entre contenidos éticos de segundo orden, es decir, carentes de una aceptación libre de cualquier desacuerdo en la colectividad, e intereses particulares y sectoriales muy diversos, procedentes todos ellos de agentes sociales y grupos de presión de amplio espectro».

seres humanos»[68], y por tanto, permite una concreción de los fines preventivos tendente a «los que debería perseguir». O, por el contrario, incurre en excesos defensivistas facilitando una utilización del «Derecho Penal para la represión de determinadas infracciones (administrativas) que afectan a la entrada y salida ilegal de extranjeros»[69], por poner dos ejemplos. En este segundo nivel de racionalidad procede también entrar a valorar la *ratio legis,* si bien ahora en cuanto sustento de la concreta argumentación jurídica[70]. En este sentido, resulta ilustrativa la argumentación de GARCÍA SÁNCHEZ, quien sustenta su propuesta —entre otros aspectos— en una interpretación de la *voluntas legislatoris* a partir de la reforma operada por la LO 11/2003, así como en la ausencia de componentes de peligro o de resultado en la conformación del tipo básico del mentado art. 318 bis[71]. En este punto, también es preciso advertir frente a posibles excesos. Pues principios éticos priorizan, en ese plano, una interpretación teleológica con contenidos aceptables en tales términos de racionalidad —por ejemplo, sobre razones de proporcionalidad o responsabilidad subjetiva— frente a interpretaciones deficientes sustentadas en mayor o menor medida, en una voluntad en igual medida —éticamente— deficiente del legislador orgánico. De ahí que no se entienda la frontal crítica de *lege ferenda* que opone esta última autora a su —propia— propuesta de comprensión del bien jurídico[72]; pues las mismas razones pesan igualmente en contra de su postura de *lege lata.* En cuanto a posibles indicadores de estos otros contenidos de racionalidad, se apuntan entre otros aspectos, los márgenes de lo punible —o de amplitud típica— y de rigor punitivo del concreto constructo o comprensión jurídica[73].

ATIENZA concreta la *racionalidad pragmática,* con carácter general, en el examen de su función directiva, esto es, en el grado de «adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito en la ley»[74]. En este plano no divergen en exceso los discursos legislativo y de interpretación y/o aplicación del Derecho, se trata en ambos casos del argumento consecuencialista general. En específicos términos jurídico-penales, el examen de racionalidad pragmática permite, igualmente, tanto una valoración de la idoneidad abstracta del concreto constructo en términos de comprensión y reducción de las formas de violencia relevante, así como, en términos concretos, de la aplicabilidad —técnica e instrumental— de tal solución jurídica. En este tercer peldaño, se trata también del objeto y ámbito de tutela o del grado de intensidad de la misma, si bien aquí no se pretende establecer su significado teleológico (orientación preventivo-general, especial, etc.) y constatar su adecuación desde las perspectivas ya apuntadas; sino que, simplemente, interesa su idoneidad para comprender el campo problemático jurídico-penalmente relevante. El análisis de la racionalidad pragmática exige aprehender la realidad

---

[68] C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 186.

[69] B. GARCÍA, cit., n.º 1, p. 850.

[70] No obstante, con carácter general, J.-M. SILVA, 2007: «Zur sogenannten teleologischen Auslegung», en *Festschrift für Günther Jakobs,* Köln: Carl Heymanns, p. 657, advirtiendo al respecto que la interpretación teleológica es en realidad pensamiento dogmático, de lo que deduce solamente legitimación sistemática.

[71] B. GARCÍA, cit., n.º 1, p. 850.

[72] *Cfr.* B. GARCÍA, cit., n.º 1, pp. 850 y ss.

[73] J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 94.

[74] M. ATIENZA, cit., n.º 18, pp. 36 y ss. En esta línea, también, sugiere J. DÍEZ, cit., n.º 18, p. 95, ajustar aquí «los objetivos trazados por la racionalidad teleológica a las posibilidades reales de intervención social que están al alcance de la correspondiente decisión legislativa».

práctica de las normas[75]. Se apunta al respecto el protagonismo de factores económicos junto a los criterios normativos de eficacia. En relación con el problema que nos ocupa, cabe señalar la posibilidad de excesos, de forma que el concreto bien jurídico favorezca una extensión indeseable de lo punible y, con ello, la represión penal de conductas más bien propias «de determinadas infracciones (administrativas) que afectan a la entrada y salida ilegal de extranjeros»[76]. También los problemas de concreción del bien jurídico, y es que ¿cómo se determina lo punible —en relación con el art. 318 bis del Código Penal español— a partir de un bien jurídico como «la dignidad de la persona» en cuanto «máxima expresión de un sistema de derechos fundamentales dotado de unidad y de sentido»?[77]. Y ello aun cuando en términos de racionalidad ética y teleológica el concreto constructo merezca una valoración —en mayor o menor medida— positiva[78].

En el nivel de *racionalidad jurídico-formal* se facilita un análisis del engranaje del constructo en el marco jurídico, y en particular, de su adecuación a la concreta estructura del precepto. Así, veíamos como RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, sopesaba por una parte «la rúbrica del Título XV bis», Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, y por otra, «la ubicación sistemática del precepto (entre los delitos contra los derechos de los trabajadores y los relativos a la ordenación del territorio y medio ambiente)»[79]. Mientras que, en un sentido negativo, sostiene a favor de esta última línea, «que los derechos individuales de los inmigrantes (vida, libertad, integridad, dignidad) son tutelados directamente por los mismos preceptos penales que tutelan los derechos de los ciudadanos españoles, pues a los efectos de la protección penal no se establece ninguna diferenciación entre nacionales y extranjeros, en situación legal o ilegal»[80]. Por su parte, VILLACAMPA ESTIARTE advierte los costes de su postura en este plano, asumiendo que la ubicación sistemática del Título XV bis se «compadece mejor con la afirmación de la protección de un interés económico», frente a otro tipo de intereses y, en particular, con «la dignidad humana como base para el ejercicio del resto de derechos»[81]. En términos de racionalidad jurídico-formal, una proposición normativa puede calificarse como deficiente o irracional «si y en la medida en que la misma contribuye a erosionar la estructura del ordenamiento jurídico»[82]. El grado de corrección dogmática, esto es, de adecuación a un concreto pensamiento dogmático, puede igualmente analizarse en este plano, dado que las diversas posibilidades discursivas que ofrecen ciertos modelos (finalistas, kantianos, etc.) impiden la comprensión sin más, de una argumen-

---

[75] Con carácter general, R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 200: «Hay que respetar los límites de realizabilidad realmente dados». En nuestra doctrina, J. DÍEZ, cit., n.º 18, pp. 94 y ss.; ID., cit., n.º 50, p. 284 y ss.; J. VOGEL, cit., n.º 54, p. 268.

[76] B. GARCÍA, cit., n.º 1, p. 850.

[77] Críticamente, con razón M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, pp. 372 y ss.

[78] En este sentido, ilustrativo M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 203: «La noción clave en la concepción material de la argumentación es la de razón: las premisas son razones (buenas razones) que apoyan la conclusión; y si partimos de la distinción que acabamos de examinar entre razonamientos teóricos y prácticos, tendríamos dos tipos fundamentales de razones: razones para creer en algo y razones para actuar».

[79] T. RODRÍGUEZ, cit., n.º 10, p. 1738. Críticamente, también vid. J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 485, para quien la ubicación sistemática del precepto no permite inferir un componente económico definidor. Igualmente, vid. F. DE LEÓN, cit., n.º 5, p. 251, para quien este precepto «debiera haberse reconducido al Libro II, Título VII, De las torturas y otros delitos contra la integridad moral, o al menos entre los Títulos dedicados a la protección de bienes personalísimos».

[80] *Ibídem.*

[81] C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 186.

[82] M. ATIENZA, cit., n.º 18, p. 33.

tación sistemática como ética, en cuanto razones de certeza o seguridad jurídica[83]; si bien este tipo de argumento se manifiesta, particularmente, en el discurso relativo a la parte general del Código Penal: ubicación del dolo, concepto material de culpabilidad, etc.[84]. En cuanto a la estructura del precepto, se trata de la adecuación de determinadas interpretaciones a la estructura adoptada por el legislador en la formulación del mismo: delito de resultado o de mera actividad, por poner dos ejemplos[85]. Así, concluye al respecto RODRÍGUEZ MONTAÑÉS: «nos encontramos ante un delito contra el orden socioeconómico (bien institucionalizado o espiritualizado, supraindividual y de carácter inmaterial), en que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio), tutela que se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto (ante la imposibilidad de tipificar la lesión o la concreta puesta en peligro) recurriendo a objetos o bienes intermedios (los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo y el respeto de la regulación en esta materia) que tienen función representativa del bien institucionalizado o interés difuso»[86]. Se señala aquí, entre otros aspectos, la importancia de la teoría del Derecho y de la lógica jurídica[87].

Por último, en la *racionalidad lingüística* puede analizarse el grado de adecuación al tenor literal[88]. En cuanto a su tratamiento en este último peldaño, particularmente, en el análisis de un discurso jurídico orientado no a la creación, sino a la interpretación y/o aplicación del Derecho, se explica porque hemos partido de lo discursivamente racional. De ahí que una vez dentro de los márgenes semánticos posibles, el peso de este tipo de argumento se decida, esencialmente, en los niveles de análisis anteriores[89].

La disección del material dogmático en planos de racionalidad se intuye como una tarea ingente. Sin embargo, el desarrollo de una teoría de la argumentación jurídico-penal no se ajusta bien al afán enciclopédico y exhaustivo característico del pensamiento

---

[83] No obstante, apunta J.-M. SILVA, cit., n.º 70, p. 658, la «legitimación *qua* racionalidad, que dado el caso, le confiere el predicado de que se encuentra plenamente justificada en el marco del sistema dogmático». Igualmente, vid. J. HRUSCHKA, 1981: cit., n.º 42, pp. 239 y ss. En esta línea, también, N. MACCORMICK, cit., n.º 30, p. 13: «El pensamiento racional, sea acerca de qué hacer o acerca de qué sea el caso, debe presentar cualidades de consistencia a lo largo del tiempo y de universalidad a lo largo de los casos, y debe, por consiguiente, ser sistemático»; igualmente, pp. 16 y ss.; J. WRÓBLEWSKI, cit., n.º 39, p. 43: «El conjunto al que pertenece la norma legal es un sistema jurídico y, por tanto, los caracteres de este sistema se consideran relevantes para el significado de aquélla»; deduciendo sobre las ideas de consistencia y coherencia, *ult. cit.,* p. 49: «(DI[1]-8): A una regla legal se le debería atribuir un significado que le hiciera lo más coherente posible con otras reglas legales pertenecientes al sistema». Con carácter general, R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 261: «(J. 12) Si son posibles argumentos dogmáticos, deben ser usados»; sobre las funciones de estabilización, progreso, descarga, técnica, control y heurística de la dogmática, pp. 255 y ss.

[84] Últimamente, señalando «en este sentido, el déficit sistemático de la parte especial [...], que aumenta en ella el riesgo de decisionismo», J.-M. SILVA, cit., n.º 70, p. 661. Con carácter general, también J. HRUSCHKA, 1984: cit., n.º 42, p. 9, señalando la importancia del componente intuitivo.

[85] En sede de tipicidad, si bien ello es extrapolable a las argumentaciones relativas a los distintos peldaños de la teoría jurídica del delito. Sobre la distinción apuntada vid. J. CEREZO, 1998: *Curso de Derecho Penal español. Parte general II. Teoría jurídica del delito,* 6.ª ed., Madrid: Tecnos, pp. 101 y ss., 111 y ss.

[86] T. RODRÍGUEZ, cit., n.º 10, p. 1738. Críticamente, sin embargo, véase M. GARCÍA, cit., n.º 5, p. 374; J. HORTAL, cit., n.º 2, pp. 484 y ss.; F. PÉREZ, cit., n.º 37, p. 44.

[87] M. ATIENZA, cit., n.º 18, pp. 33 y ss.

[88] En este sentido, señala R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 237, que las formas de la argumentación semántica se refieren a la vinculación de los órganos decisores con el tenor de la ley; y deduce su fuerza, mediata o inmediatamente, del principio de autoridad del Derecho positivo, hablando por ello de «argumentos institucionales», R. ALEXY, cit., n.º 15, p. 121.

[89] En este sentido, adscribiendo a las razones institucionales sólo «una preeminencia *prima facie*», R. ALEXY, cit., n.º 15, p. 121.

dogmático[90]. La perspectiva argumentativa se centra más bien en el desarrollo de un modelo procedimental que permita incrementar los márgenes de racionalidad de las concretas soluciones jurídicas[91]. Se trata, con otras palabras, de elaborar pautas valorativas o referenciales que favorezcan un incremento de los contenidos de racionalidad de nuestra argumentación y, en consecuencia, también, de nuestras soluciones. Ello incide, en un segundo plano, en una acentuación de la perspectiva problemática frente al sistema. Pues la comprensión argumentativa relativiza este otro tipo de razones, sistemáticas y las sitúa —junto a otros argumentos— en uno de los diversos planos de racionalidad. Luego, no se trata ya de reconducir —por principio— el problema a través de un sistema[92], sino simplemente de comprender en la mejor medida posible las razones y contenidos de racionalidad relevantes en la decisión del bien jurídico protegido en el art. 318 bis o las relativas a la posibilidad de graduar a través de diversas formas de intervención delictiva, la responsabilidad de los sujetos garantes, por poner dos ejemplos. Todo ello empuja a una perspectiva tópica, en la que primen los márgenes de rendimiento —en términos de racionalidad— de las diversas propuestas de solución. Pero vayamos por partes. De momento, aquí, se puede avanzar una respuesta a la primera de las cuestiones planteadas: una argumentación de Derecho puede analizarse aquí en términos de racionalidad, esto es, desde una serie de perspectivas problemáticas que reflejen los diversos planos de racionalidad que debe satisfacer un operador jurídico en la formulación de sus soluciones.

### 3.2. ¿Cómo evaluar una argumentación de Derecho?

La distinción entre diversos planos de racionalidad facilita la evaluación de una concreta argumentación jurídico-penal. Con carácter general, cabe desgranarla según el carácter de las diversas razones aducidas —ético, teleológico, pragmático, jurídico-formal o lingüístico— y ponderar términos homogéneos en cada uno de estos peldaños. Incluso, en función de la entidad o cantidad de los materiales argüidos, es posible pensar en graduaciones. Por ejemplo, en un sentido próximo a ALEXY, asumiendo escalas triádicas y adscribir así un valor «leve», «medio» y «alto», según proceda, atendiendo a los diversos contenidos de racionalidad[93]. De este modo, volviendo a la discusión relativa al 318 bis del Código Penal español, cabría asignar a la argumentación de GARCÍA SÁNCHEZ un valor alto de racionalidad jurídico-formal, que se concreta principalmente en la evitación de «problemas prácticos a la hora de determinar el ámbito punitivo de la conducta del tipo básico, pues los derechos de los extranjeros (como se postula desde posiciones contrarias) [...], donde se protegen realmente es en los tipos agravados (por lo que no concibe) [...], una afección a los derechos de los extranjeros sin que concurra alguna de las circunstancias agravantes de los n.os 2, 3, 4 y 5 [...] Con lo que en la práctica se quedaría vacío de contenido el n.º 1 del 318 bis»[94]. Igual-

[90] Si bien pretende ir más allá de la propuesta de R. ALEXY, cit., n.º 23, pp. 37 y ss., perfilando ulteriores parámetros de discriminación, dentro de lo racional.

[91] Ilustrativo J. GARCÍA AMADO, 1987: «Tópica, Derecho y método jurídico», *Doxa,* n.º 4, pp. 177 y ss.

[92] Paradigmático, K. LARENZ, cit., n.º 39, p. 156: «Un [...] problema sólo puede considerarse satisfactoriamente resuelto cuando la solución ha sido integrada en el sistema», apuntando, no obstante, que cuando «no puede ser resuelto en el marco del sistema conocido no debe, por ello, ser preterido, sino que requiere una modificación del sistema»; en estos últimos términos, igualmente véase p. 174.

[93] R. ALEXY, cit., n.º 43, p. 33.

[94] B. GARCÍA, cit., n.º 1, p. 850.

mente, la referencia a la voluntad del legislador a través de la reforma de la LO 11/2003 y la formulación del tipo básico[95], son susceptibles de encuadrarse en las racionalidades teleológica y lingüística, si bien la acentuación de los excesos preventivos que favorece esta comprensión así como la oscuridad del precepto, desaconsejan otorgar más que un valor medio y leve, respectivamente. Luego, resultaría una argumentación —esto es, conjunto de premisas y conclusiones ordenados en formas como la expuesta[96]— con «alto» valor jurídico-formal, un valor «medio» de racionalidad teleológica y contenidos leves de racionalidad lingüística. Frente a ello, se infieren en la argumentación de VILLACAMPA ESTIARTE diversos contenidos éticos. En concreto, apunta razones de lesividad y proporcionalidad: «la búsqueda de un bien jurídico que dotara de un contexto material de antijuridicidad a la conducta típica y que impidiera su conversión en una mera infracción formal, evitando una interpretación del tipo que condujera a considerarlo como infracción administrativa elevada a la categoría de delito»[97]; así como de fragmentariedad: «evitar la infracción del principio de *ultima ratio* que podría suponer la incriminación de una conducta contra un indicador macroeconómico»[98]. Subsidiariamente, también, apunta la nomenclatura escogida para este Título XV bis, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros»[99], si bien en sentido contrario, su ubicación en el Código, asumiendo un leve valor jurídico-formal[100]. De ello resulta, por tanto, una argumentación con alto valor ético y leve valor en este último plano jurídico-formal, mientras que la mayor adecuación de lo punible a lo «que se debería perseguir», permite asignar también, un valor leve de racionalidad teleológica.

Este tipo de comprensión facilita también una posible expresión —metafórica— numérica, atribuyendo un significado en cifras a cada una de las tres valoraciones escogidas: «1», «2» y «3», por poner otro ejemplo. Ello permitiría ya esbozar un primer cuadro:

| | GARCÍA SÁNCHEZ | VILLACAMPA ESTIARTE |
|---|---|---|
| Racionalidad ética | | 3,0 |
| Racionalidad teleológica | 2,0 | 1,0 |
| Racionalidad pragmática | | |
| Racionalidad jurídico-formal | 3,0 | 1,0 |
| Racionalidad lingüística | 1,0 | |
| Total | 6,0 | 5,0 |

[95] *Ibídem.*

[96] *Cfr.* M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 75, definiendo la argumentación como «el conjunto de los enunciados (o quizá mejor, de las entidades) en las que cabe distinguir siempre tres elementos: las premisas (aquello de lo que se parte), la conclusión (aquello a lo que se llega) y la inferencia (la manera como están unidas las premisas y la conclusión, la relación que existe entre ambos tipos de entidades)».

[97] Adecuando así supuesto de hecho y consecuencia jurídica, C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 186.

[98] Particularmente, véase C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 187; ID., 2005: cit., n.º 5, p. 1666.

[99] Así también F. MUÑOZ, 2007: *Derecho penal. Parte especial,* 16.ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, p. 355.

[100] C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 186; ID., 2005: cit., n.º 5, p. 1667. Insistiendo en el primer aspecto, frente a la anterior postura, M. GARCÍA, cit., n.º 5, p. 373: «La referencia a dichos intereses de carácter estatal resulta difícil de mantener como bienes jurídicos protegidos en los tipos de tráfico ilegal de personas, claramente basados en la protección de los derechos de éstas, incluso en las rúbricas que los acogen». Anteriormente, también M. RODRÍGUEZ, cit., n.º 8, p. 55.

En esta misma línea, la diversa significación de las distintas racionalidades se presta también a una expresión en estos términos. Antes aludíamos a la primacía de la racionalidad ética sobre las restantes racionalidades. Luego, si se entiende que las mismas siguen un orden decreciente, pudiera convenirse en una correlativa multiplicación de los distintos valores de racionalidad que reflejasen —de alguna u otra forma— el distinto peso de unos y otros contenidos. Por poner nuevamente un ejemplo, multiplicar el valor de racionalidad ética por «2», teleológica por «1,75», pragmática por «1,5», jurídico-formal por «1,25» y lingüística, finalmente, por «1». Con otras *palabras:*

| | García Sánchez | Villacampa Estiarte |
|---|---|---|
| Racionalidad ética | | 3 (·2) |
| Racionalidad teleológica | 2 (·1,75) | 1 (·1,75) |
| Racionalidad pragmática | | |
| Racionalidad jurídico-formal | 3 (·1,25) | 1 (·1,25) |
| Racionalidad lingüística | 1 (·1) | |
| Total | 8,25 | 9,00 |

Salvo la acentuación del nivel ético[101], muchos de cuyos valores gozan en nuestro marco positivo de rango constitucional, la asignación de un factor multiplicador al resto de racionalidades suscita serias dudas. Por poner un ejemplo: ¿Cabe una priorización —así, con carácter general— de las razones pragmáticas frente a las jurídico-formales? De hecho, el peso que ostenta la idea de sistema en nuestro pensamiento jurídico apunta más bien en un sentido contrario[102]. Con carácter general, apunta Atienza que «la atribución de peso depende de que, en última instancia, se asuma una concepción formalista, deontologicista o consecuencialista, y que cada cultura jurídica puede mostrar una mayor inclinación hacia alguna de esas tres concepciones»[103]. En relación con nuestro discurso, cabe señalar el carácter instrumental de la norma —frente al problema— y ello particularmente, una vez dentro de los márgenes de racionalidad ética y de lo discursivamente posible. Este último aspecto, apunta también a la subordinación de la racionalidad lingüística, y del carácter extensivo o restrictivo de una interpretación,

[101] Y más allá del concreto valor asignado: (·2), (·3) o (·5). Con carácter general, señalando la importancia de los argumentos de principio en «los Estados constitucionales democráticos», R. Alexy, cit., n.º 15, p. 120.

[102] En este sentido, veíamos, apuntaba R. Alexy, cit., n.º 23, p. 239, que «(J. 8) la determinación del peso de los argumentos de distintas formas debe tener lugar según las reglas de la ponderación», y que «tales reglas sólo pueden desarrollarse con referencia a determinados contextos de interpretación y determinados sectores del Derecho». Igualmente M. Atienza, cit., n.º 19, p. 228: «la relevancia de las razones, de las premisas, provenientes del sistema jurídico están en función de su aplicabilidad, interpretación y validez».

[103] Señalando, «en definitiva, en el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos no se puede partir de una jerarquización estricta de las razones: no es cierto que las razones de corrección prevalezcan siempre sobre las finalistas, y unas y otras sobre las autoritativas. Sí que cabe hablar, sin embargo, de una jerarquía débil, derrotable: las razones de corrección gozan de prioridad prima facie, pero pueden ser derrotadas por razones de fin (por objetivos sociales) en ciertas circunstancias excepcionales, y unas y otras (las razones sustantivas) pueden ser derrotadas también por razones institucionales», M. Atienza, cit., n.º 19, p. 235; igualmente, *op. cit.,* p. 242; sobre la relatividad de la distinción entre razones institucionales y sustantivas, véanse pp. 240 y ss.; sobre la noción de falacia y una posible clasificación, también véase p. 279.

por encima de aspectos semánticos, a las razones precedentes[104]. Pero sobre éstas y otras cuestiones se deberá entrar en otro lugar.

De momento, aquí, basta señalar tres aspectos. Primero, es preciso advertir de las distintas falacias y, en particular, de las peticiones de principios, esto es, cuando se postula, sin más, aquello que se pretende probar; sea una propuesta de bien jurídico o cualquier otro tipo de conclusión. En tales casos, una argumentación que se agota en insistir en la conclusión, sin referencia a premisas o contenidos de racionalidad sobre los que se sustente o infiera la misma, muestra —lógicamente, en tales términos y en cuanto argumentación— valor 0. En segundo lugar, y aunque aquí nos ocupemos del discurso de interpretación y aplicación del Derecho, la distinción entre diferentes parámetros de racionalidad y su posible gradación, se muestra particularmente fructífera en la comparación de textos normativos, y en general, en el discurso legislativo, donde a la discriminación entre diversas perspectivas de enjuiciamiento se suma la posibilidad de confrontar, no ya argumentos de diverso corte, sino cuerpos normativos con un importante grado de homogeneidad. En este sentido, el pronóstico expresado en relación con el —entonces— Anteproyecto de reforma de la ley penal del menor: «el Anteproyecto perfilado por el gobierno conlleva un importante coste de racionalidad ética —se agotan los principios de humanidad de las penas, proporcionalidad y culpabilidad, se subordina el interés del menor para responder a un discurso de importante contenido emocional— sin que quede claro el resultado a corto plazo que puede aportar la misma. A largo plazo, la política criminal instrumentada suele mostrarse desafortunada. El hecho de que se trate del sector de delincuencia donde mayor sentido cobran las ideas de reeducación y reinserción social, la existencia de vías alternativas en el Derecho comparado o los importantes costes en términos teleológicos y sistemáticos»[105]; se presta a una fácil representación en estos términos:

| | LO 5/2000 | Anteproyecto |
|---|---|---|
| Racionalidad ética | 2 (·2) | |
| Racionalidad teleológica | 1 (·1,75) | |
| Racionalidad pragmática | 1 (·1,50) | 1 (·1,50) |
| Racionalidad jurídico-formal | 1 (·1,25) | 1 (·1,25) |
| Racionalidad lingüística | 1 (·1) | 1 (·1) |
| Total | 9,50 | 3,75 |

[104] Con carácter general, J. WRÓBLEWSKI, cit., n.º 39, p. 54, «(DI²-16): Cuando se da una diferencia entre el significado funcional SF de una regla legal y su significado lingüístico SL (y/o su significado sistémico), prevalece el primero». Igualmente, ilustrativo K. LARENZ, cit., n.º 39, pp. 320 y ss., 341: «El sentido literal inferible [...] sirve a la interpretación, en primer lugar, como primera orientación; en segundo lugar señala, en cuanto posible sentido literal [...] el límite de la interpretación propiamente dicha». En relación con este último aspecto, no obstante, apuntando cierta inconsecuencia J.-M. SILVA, cit., n.º 70, p. 647: «La gran mayoría de la doctrina penal se pronuncia teóricamente en contra de rebasar los márgenes del sentido usual de las palabras —por limitado que sea— por razones teleológicas. Sin embargo, no es raro que estos mismos autores asuman tales excesos en su actividad dogmática»; cuestionando la comprensión de este proceder como interpretación (*«Auslegung»),* p. 652; en relación con sus límites, pp. 658 y ss.

[105] F. SÁNCHEZ, cit., n.º 49, p. 202; también véase ID., 2007: «Zur neuesten Reform des spanischen Jugendstrafrechts», *ZIS,* n.º 2, pp. 63 y ss.

Y cabe pensar en representaciones negativas, pues aun cuando la anterior formulación de la LO 5/2000 mostrase, en relación con el citado Anteproyecto de reforma, un nivel de racionalidad medio, esta valoración no se adecua a los distintos excesos de aquel texto normativo. En cualquier caso, este tipo de representaciones no son más que ilustrativas o metafóricas. Porque, en tercer lugar, aquí somos de letras, y por encima de cifras o símbolos que nos sugieren —al menos de momento y— en primer lugar, resultados deportivos u otro tipo de representaciones. El modelo expuesto permite visualizar las carencias argumentativas de una y otra postura y, por ejemplo, argüir que GARCÍA SÁNCHEZ descuida en sus plantemientos los niveles de racionalidad ética y pragmática, o que VILLACAMPA ESTIARTE agota sus razones, básicamente, en el primero; y sobre ello, con los distintos matices e importancia que se conceda a los distintos contenidos, evaluar una u otra argumentación[106].

### 3.3. ¿Cómo argumentar en este sector del Derecho?

Sentado lo anterior, la última de las cuestiones planteadas muestra una resistencia «leve» desde la perspectiva expuesta[107]. Así, sabemos que «argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje», y se diferencia de otros usos del lenguaje porque «su sentido (el sentido del conjunto) es el de sostener (refutar, modificar, etc.) una tesis, una pretensión, dando razones para ello»[108], aquí hemos visto algunos ejemplos en relación con el bien jurídico protegido en el art. 318 bis del Código Penal español. Se trata, por tanto, de dar razones a favor o en contra de una determinada tesis[109]. Asimismo, se le adscribe carácter referencial: «presupone siempre un problema, una cuestión»[110]. En la argumentación jurídica, ello se concreta en un problema jurídico como, por ejemplo, la determinación del objeto de tutela por el mentado precepto. Y finalmente, se trata de una actividad racional «no sólo en el sentido de que es una actividad dirigida a un fin, sino en el de que siempre hay criterios para evaluar su argumentación, siempre parece tener sentido preguntarse si un argumento es bueno o malo, aparentemente bueno pero en realidad malo, mejor o peor que otro, etc.»[111]. Pues bien, según esto, argumentar en el Derecho (penal) consiste en ofrecer razones significativas a favor o en contra de una solución jurídica, y más concretamente, significativas en los diversos planos problemáticos —o de racionalidad— que sujetan al operador jurídico, sea el juez, el legislador o el profesor de Derecho, en la elabora-

[106] Se trata, por tanto, en palabras de J. WRÓBLEWSKI, cit., n.º 39, p. 37, de un modelo teórico de interpretación operativa, esto es, que «señala los problemas a solventar por quien toma la decisión, pero no es la descripción de un proceso interpretativo». Sobre esto último vid. M. ATIENZA, cit., n.º 23, pp. 240 y ss., donde esboza un sugerente modelo para reconstruir los diversos procesos de argumentación. Sobre las acepciones descriptiva y normativa de la interpretación, ilustrativo J. WRÓBLEWSKI, cit., n.º 39, pp. 69 y ss.

[107] Pues ciertamente, la preocupación mostrada se centra en la justificación de la aserción normativa, más que en su aplicación, y se descuidan igualmente criterios de racionalidad estratégica e instrumental; *cfr.* M. ATIENZA, cit., n.º 23, pp. 226 y ss., 228 y ss., 237. Igualmente, ilustrativo ID., 2006: «Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador», *Doxa,* n.º 29, pp. 474 y ss.

[108] M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 73. En palabras de K. LARENZ, cit., n.º 39, p. 507: «Indicar las razones que permiten que una afirmación aparezca justificada, acertada o, al menos, discutible».

[109] *Ibídem.*

[110] M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 74.

[111] M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 76.

ción de sus distintas soluciones[112]; planos que, como se ha visto, permiten igualmente su evaluación.

## 4. ¿QUÉ BIEN JURÍDICO PROTEGE EL ART. 318 BIS DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL?

Según lo visto hasta ahora, la adopción de una u otra solución —a un problema jurídico— se convierte en una cuestión de racionalidad, esto es, de márgenes de racionalidad argumentativa. Se trata de ponderar los diversos contenidos éticos, teleológicos, pragmáticos, jurídico-formales y lingüísticos presentes en unas y otras comprensiones. De este modo, el principio del mejor argumento adquiere ciertos tintes objetivos presentándose como una cuestión de eficiencia argumentativa en los señalados términos de racionalidad. Sobre ello cabe dilucidar, por ejemplo, qué bien jurídico protege el citado art. 318 bis del Código Penal español.

> El actual estado de la cuestión ofrece tres grandes posicionamientos doctrinales[113]. Primeramente, quienes sugieren —por lo general, de forma particularmente crítica en términos de *lege ferenda*— que el bien jurídico protegido en este precepto es el control estatal de los flujos migratorios[114]. En segundo lugar, quienes interpretan el bien jurídico protegido sobre «la necesidad de acabar con cualquier tipo de explotación que afecte de una u otra forma a la entidad humana en sus rasgos constitutivos esenciales, en los términos descritos y que de forma genérica sintetizamos en el concepto de [...] integridad moral»[115]; postura que engarza, en último término, con la noción de «dignidad de la persona, configurada como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social (STC 113/1989 y 214/1991)»[116]. Y por último, quienes proponen un bien jurídico en buena medida coincidente con el Título donde se encuentra ubicado este precepto, esto es, derechos y libertades, y en definitiva, la esfera jurídica de los ciudadanos extranjeros. En esta última línea, nos hemos pronunciado anteriormente[117].

En un reciente trabajo, concluye HORTAL IBARRA lo siguiente: «De hecho, y mucho a mi pesar [...], en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros se protege directa y esencialmente la política estatal en el control de los flujos migratorios como uno de los ejes de la política económico-social nacional y uno de los pilares de la política comunitaria en materia de seguridad y control supranacional de las fronteras»[118].

---

[112] En un sentido próximo, J. WRÓBLEWSKI, cit., n.º 39, p. 62: «La idea fundamental es que una decisión interpretativa justificada debería identificar todos los argumentos determinados por los problemas básicos que tendrían que resolverse si la decisión fuera racional».

[113] Sin perjuicio de ulteriores matizaciones derivadas de la compleja estructura del precepto; sobre todo ello, con amplias referencias bibliográficas, véase J. HORTAL, cit., n.º 2, pp. 463 y ss. Un interesante tratamiento histórico ofrece, igualmente J. LACRUZ, cit., n.º 2, pp. 2 y ss. En términos de política criminal, J. TERRADILLOS, 2006: «Extranjería, inmigración y sistema penal», en *Inmigración y sistema penal,* Valencia: Tirant lo blanch, pp. 39 y ss., particularmente, 51 y ss.

[114] Últimamente, véase J. HORTAL, cit., n.º 2, pp. 463 y ss., 481 y ss. Recientemente, también J. LACRUZ, cit., n.º 2, p. 15.

[115] F. DE LEÓN, cit., n.º 5, p. 250.

[116] F. DE LEÓN, cit., n.º 5, p. 249.

[117] F. SÁNCHEZ, cit., n.º 22, p. 289.

[118] J. HORTAL, cit., n.º 2, pp. 481 y ss. En esta línea también M. ALONSO, cit., n.º 2, pp. 16 y ss., quien no obstante adscribe cierta independencia al número segundo de este precepto, esto es, cuando «el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas», lo que se concreta, como

Este autor desarrolla un importante aparato crítico mediante el que —negativamente, esto es, a través de una exposición crítica de las posiciones contrarias, *erróneas*— va abriendo paso a su postura. En cuanto al sustento de ésta, apunta fundamentalmente a la estructura del precepto: razones jurídico-formales [119]. Señala al respecto, que «el principal cometido de la doctrina científica es interpretar los tipos de acuerdo con una serie de criterios por todos conocidos, detectar y "denunciar" las posibles incoherencias y/o incorrecciones técnicas en las que hubiera incurrido el legislador al incriminar un comportamiento y formular en todo caso las correspondientes propuestas de *lege ferenda,* pero no, en modo alguno [...], enmendarle la plana al legislador proponiendo interpretaciones que garantizan la aplicación del precepto en cuestión y dotan de cierta "coherencia" a una regulación carente de ésta» [120]. Como vemos, la argumentación de HORTAL IBARRA va más allá del problema del bien jurídico, y alcanza a esbozar unos límites a la labor hermenéutica. Frente a ello cabe oponer, de momento, que las interpretaciones que apuntan a bienes como la dignidad o la integridad moral, confiriendo así otros márgenes de operatividad y coherencia al precepto, no pretenden «enmendar la plana al legislador», sino a su interpretación de lo que constituye la misma [121]; y ello dando cuenta —con mayor o menor fortuna— de que sus pronunciamientos tienen lugar en un marco jurídico informado entre otras razones, por la de proporcionalidad, con la que engarzan principios como los de fragmentariedad, subsidiariedad y demás mencionados —en otro sentido— por este penalista [122]. Pero vayamos por partes.

---

bien jurídico, en «la dignidad de la persona en cuanto tal, o si se prefiere la integridad moral, y no la llamada dignidad del colectivo de los ciudadanos extranjeros, lo que [...] se erige en elemento rector del tipo y es objeto de tutela jurídico penal»; J. LACRUZ, cit., n.º 2, pp. 29 y ss. De otra opinión STS 1465/2005, de 22 de noviembre, fundamento de derecho séptimo.

[119] J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 501; insistiendo igualmente, *op. cit.,* p. 475, en que «el bien jurídico-penal en un concreto delito no puede hacerse a espaldas del texto legal, porque de lo contrario se corre el riesgo de deferender una posición que resulta contraria a lo descrito en la propia conducta típica». En términos próximos, igualmente véase M. ALONSO, cit., n.º 2, p. 16.

[120] J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 482. En esta línea también, apuntan M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, p. 375, que «es preferible criticar abiertamente el precepto o, incluso, cuestionar su constitucionalidad antes que ignorar directamente lo establecido por el legislador». Con carácter general, K. LARENZ, cit., n.º 39, p. 314: «La interpretación no debe ir más allá de la intención reguladora cognoscible y de las decisiones valorativas subyacentes a la regulación legal»; e igualmente, p. 342: «Siempre que el posible sentido literal y la conexión de significado de la ley dejen margen a diferentes interpretaciones, se ha de preferir aquella interpretación que mejor se ajuste a la *intención reguladora* del legislador y al *fin* de la norma respectiva». En relación con el argumento democrático, igualmente véase J. RAZ, cit., n.º 21, pp. 208 y ss., sobre la determinación de la intención, pp. 214 y ss.; señalando en cualquier caso, p. 233, que «en la práctica de la aplicación del derecho, la interpretación desempeña un papel aun donde la doctrina de la autoridad no alcanza, y donde la interpretación conservante es o bien imposible o injustificada».

[121] Ilustrativo J.-M. SILVA, cit., n.º 70, pp. 647 y ss., con ulteriores referencias en n.º 16; concluyendo, *op. cit.,* p. 653, «que el bien jurídico es más un producto "teórico" que algo deducido de la ley»; igualmente vid. pp. 653 y ss.

[122] *Cfr.* J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 493. Sobre el principio de proporcionalidad, ilustrativo S. MIR, cit., n.º 58, pp. 350 y ss., p. 352: «En realidad, el principio de proporcionalidad no sólo va más allá de la hipotética necesidad de un castigo justo del delito, sino también del propio Derecho penal, puesto que constituye un principio constitucional que impide al Estado imponer al ciudadano sacrificios desproporcionados»; en relación con el control de constitucionalidad, pp. 365 y ss. Recientemente, también J.-M. SILVA, cit., n.º 70, pp. 652 y ss., señalando que «los tipos penales no se orientan a una protección integral del conceto "bien jurídico", sino únicamente, a su protección fragmentaria y subsidiaria». Con carácter general, R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 239: «(J. 7) Los argumentos que expresen 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*

El agotamiento del discurso en el plano de racionalidad jurídico-formal —básicamente, estructura típica— tampoco se corresponde aquí con una valoración alta en tales términos. En este sentido, la concepción del bien jurídico apuntada no vierte claridad en la distinción de los márgenes correspondientes al art. 318 bis del Código Penal y al ilícito administrativo previsto en el art. 54.1.*b)* de la Ley Orgánica 4/2000 en su formulación actual[123]. Al contrario, acentúa costes sistemáticos. Así, concluye este penalista que «administrativamente se sancionan comportamientos más graves que los castigados en el ámbito penal al incluirse en la infracción de extranjería dos elementos (el ánimo de lucro y la realización de la conducta en el marco de una organización) que en el mencionado delito se configuran como circunstancias agravantes (arts. 318 bis 3 y [...] 5 respectivamente), invirtiendo de esta forma los principios generales que sirven de base para establecer las fronteras entre los dos instrumentos que conforman el denominado *ius puniendi* del Estado»[124]. Tampoco, como reconocen CANCIO MELIÁ y MARAVER GÓMEZ, facilitan una distinción (des)valorativa entre la conducta del inmigrante y la del sujeto activo que la favorece[125]. Pues se apunta con razón, que «el inmigrante es sujeto activo de la entrada ilegal y con ello, infringe las normas administrativas que protegen el control de fronteras»[126], luego la norma jurídico-penal que adscribe al inmigrante ilegal el papel de «víctima del favorecimiento del tráfico, no puede estar protegiendo la política migratoria porque ése es el interés de las normas administrativas que el inmigrante infringe»[127]. Entiendo que éstos y otros inconvenientes pudieran facilitarse a través de una comprensión del bien jurídico que atendiera, entre otras razones, a principios generales como los citados, y favorecer así una redistribución de lo punible sobre otro tipo de criterios —en definitiva, de proporcionalidad— más allá de compleja estructura típica que muestra este precepto[128]. HORTAL IBARRA ofrece, en de-

---

*otros argumentos*» (la cursiva es mía). No obstante, al respecto, también K. LARENZ, cit., n.º 39, p. 343: «El juez que interpreta ha de prestar atención, en la concreción de los principios constitucionales, al primado de concreción del legislador. Si el principio permite varias concreciones, está vinculado a la elegida por el legislador, con tal de que ésta resida aún en el marco del margen de libre concreción limitado al legislador»; J. RAZ, cit., n.º 21, pp. 206 y ss.

[123] Cit., n.º 37.

[124] *Cfr.* J. HORTAL, cit., n.º 2, pp. 498 y, anteriormente, también, p. 483, deduciendo la inaplicación del ilícito administrativo sobre «la preferencia del orden penal sobre el administrativo sancionador», *cfr.* pp. 499 y ss. En este último sentido M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, pp. 366 y ss., concluyendo que el ilícito administrativo «no tiene ninguna posibilidad de ser aplicado»; igualmente vid. p. 380. En un sentido próximo, asumiendo costes en estos términos J. LACRUZ, cit., n.º 2, pp. 28 y ss.

[125] «Piénsese, por ejemplo, en el caso en el que alguien intenta cruzar la frontera con una persona que no está autorizada para ello. La amenaza contra el bien jurídico vendría producida por ambos sujetos», M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, p. 380.

[126] M. GARCÍA, cit., n.º 5, p. 370. En esta línea, ya E. GARCÍA y J. RODRÍGUEZ, cit., n.º 10, p. 732: «Los propios extranjeros víctimas de este delito serían a su vez autores, al infringir la prohibición legal de entrar en el país de forma clandestina o irregular». Recientemente, también A. PÉREZ, 2006: cit., n.º 5, p. 117.

[127] M. GARCÍA, 2004: «Título XV bis. Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», en J. CÓRDOBA y M. GARCÍA (dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial I,* Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 1325.

[128] En sentido contrario, sin embargo, J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 499. Críticamente, a su vez, STS 1087/2006, de 10 de noviembre, fundamento de derecho primero, infiriendo de la normativa internacional «una *mens legis* orientada hacia un plano supranacional de protección, a modo de interés difuso articulado no sólo para el mantenimiento del orden socioeconómico, sino especialmente dirigido al cuidado y respeto de los derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través de tal delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina y lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral. No se trata, pues, de una mera protección penal del interés público en someter a control administrativo el citado y cada vez

finitiva, una argumentación con un moderado valor jurídico-formal, pero con importantes carencias éticas, teleológicas y pragmáticas; básicamente: se desatienden razones de lesividad, fragmentariedad y proporcionalidad en sentido estricto [129]; se favorece una consecución de fines preventivos bien distintos de «los que debería perseguir», esto es, la instrumentación del Derecho penal en la represión de actuaciones carentes de merecimiento y necesidad de pena [130]; lo que en términos pragmáticos, se traduce en una extensión inadecuada de lo punible. Con otras palabras, la actual doctrina mayoritaria sugiere una interpretación extensiva sobre un *iter argumentativo* con importantes deficiencias. Desde una perspectiva metodológica, a esta acentuación del plano jurídico-formal, subyace una subestimación de la dogmática en cuanto «proceso racional y conformador del Derecho» [131].

En un sentido distinto, propone DE LEÓN VILLALBA la «integridad moral, como bien jurídico protegido por cualquier norma que regule el tráfico de personas» [132]. Seguidamente, identifica este interés con la «inviolabilidad de la libertad» [133], y entronca así con la idea de dignidad, en la medida en que ésta «se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y [...] lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás» [134]. En cuanto al sustento de su postura, este penalista cede —igualmente— gran importancia a razones sistemáticas, y se apoya en instrumentos internacionales de derechos humanos, así como —particularmente, también— en los arts. 10.2 y 15 de la Constitución española [135]. En un segundo plano, sobre la conducta tipificada, entiende que «el tráfico de personas, en el marco de la explotación, constituye el ejemplo paradigmático de un trato inhumano, degradante que afecta profundamente a la personalidad, vejatorio, pero sobre todo que convierte al ser humano en un objeto más de comercio, con una voluntad invalidada y a expensas de la disposición que el traficante quiera hacer del mismo» [136]. Y sobre ello, deduce «que la tipificación y persecución de la conducta básica de tráfico se debe asentar directamente sobre la necesidad de acabar con cualquier tipo de explotación que afecte de una u otra forma a la entidad humana en sus

---

más frecuente flujo migratorio, cuya cirminalización quebrantaría así el principio de intervención mínima del Derecho penal».

[129] *Cfr.* STS 1465/2005, de 22 de noviembre, fundamento de derecho séptimo.

[130] Asumiendo «la incriminación de los actos de colaboración altruistas y/o humanitarios dada su posible subsunción en el tipo básico», J. HORTAL, cit., n.º 2, pp. 494 y en términos similares, 491-493.

[131] M. ATIENZA, cit., n.º 19, p. 54. En nuestra doctrina, ilustrativo G. RODRÍGUEZ, cit., n.º 39, pp. 46 y ss., 47: «¿Quién no tiene noticia de que en determinado caso algún Tribunal, por razonables exigencias de equidad, abrió en su declaración de hechos probados puertas que estaban cerradas o derribó con su silencio muros o vallas que estaban erguidos para poder calificar los hechos como hurto y evitar la pena más grave del robo?». Igualmente R. ALEXY, cit., n.º 23, p. 220: «En los casos más complicados se necesita, para la fundamentación de las decisiones jurídicas, una serie de premisas [...] que no pueden ser deducidas de ninguna ley». Señalando la relación entre las «ideas acerca de la interpretación apropiada y el papel de una determinada intención (del legislador histórico, contemporáneo o del interprete) en la atribución de significado» a las diversas razones, también véase J. WRÓBLEWSKI, cit., n.º 39, p. 51.

[132] F. DE LEÓN, cit., n.º 5, p. 247, matizando que tal comprensión precisa «en algunos supuestos (violencia) de un complemento añadido que deriva del desarrollo concreto de la acción». Siguiendo al anterior, M. GARCÍA, cit., n.º 127, p. 1327; A. PÉREZ, 2006: cit., n.º 5, pp. 120 y ss.; F. PÉREZ, cit., n.º 37, pp. 49 y ss.

[133] F. DE LEÓN, cit., n.º 5, pp. 248 y ss.

[134] F. DE LEÓN, cit., n.º 5, p. 249. En esta línea, también M. GARCÍA, cit., n.º 5, pp. 375 y ss. Sobre la dignidad como bien jurídico, recientemente véase M. ALONSO, cit., n.º 2, pp. 3 y ss.

[135] *Cfr.* F. DE LEÓN, cit., n.º 5, pp. 248 y ss.

[136] F. DE LEÓN, cit., n.º 5, p. 250. De otra opinión J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 479.

rasgos constitutivos esenciales, en los términos descritos y que de forma genérica sintetizamos en el concepto apuntado de integridad moral»[137]. Finalmente, apunta DE LEÓN VILLALBA la idoneidad de este bien jurídico para la solución de problemas concursales[138].

Así como el agotamiento del discurso en razones jurídico-formales no determina necesariamente una valoración alta en este plano, tampoco impide que a partir de ese tipo de razones se confieran contenidos éticos a la concreta postura —más allá de la significación ética, no de la argumentación, sino del propio bien jurídico sugerido—. En este sentido, la argumentación de DE LEÓN VILLALBA, aunque descansa particularmente en razones sistemáticas y en la estructura de la conducta típica, facilita razones de lesividad y proporcionalidad, en la medida en que favorece una materialización del precepto a partir del «concepto apuntado de integridad moral»[139]. Igualmente, la atención de razones concursales se muestra relevante en los planos sistemático —luego, jurídico-formal— y pragmático pues se trata, también, de la extensión de lo punible —frente al ilícito administrativo—. Sin embargo, este autor muestra, a su vez, importantes carencias. Incluso al mismo nivel en el que sitúa su discurso. Y es que en la doctrina se ha puesto de manifiesto que el tipo básico pivota «sobre la idea del traslado de personas a nuestro territorio infringiendo los cauces y/o procedimientos legalmente establecidos»[140]. Su aparente extensión semántica, que parece conferir una estructura dual al precepto: promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas[141]. Se limita considerablemente, mediante la previsión del ánimo de lucro como elemento definidor de uno de los subtipos cualificados: al término «tráfico» no subyace ahí la idea de persona en cuanto mercancía. Y en relación con la otra posible acepción, como sinónimo de «inmigración clandestina», se apunta la ausencia de una relación de necesidad entre el proceso de desnaturalización del inmigrante —y la afección de bienes jurídicos como la integridad moral o/y dignidad humana— «y el hecho de que su entrada y permanencia en el territorio hayan tenido lugar de forma ilegal»[142]. No existe en todos los casos de favorecimiento de inmigración ilegal una necesaria «relación de [...] explotación por parte de quien la favorece»[143]; pero en menor medida aún, una afección de la autodeterminación consciente y responsable de estas personas. Tal déficit jurídico-formal, derivado de la dificultad de ajustarse al verbo típico, se refleja directamente en el nivel de racionalidad pragmática: integridad moral y/o dignidad humana se muestran inidóneos para

[137] F. DE LEÓN, cit., n.º 5, p. 250; sobre las diversas consecuencias, véase pp. 251 y ss.

[138] F. DE LEÓN, cit., n.º 5, p. 252.

[139] Hasta aquí, J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 479. Igualmente, en esta línea C. VILLACAMPA, 2004: cit., n.º 5, p. 186, quien, en relación con el bien jurídico dignidad humana, apunta razones de *ultima ratio* y proporcionalidad.

[140] En este sentido, con razón, J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 479, particularmente, pp. 490 y ss.

[141] Críticamente, al respecto M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, pp. 348, 352 y ss.; sobre la interpretación jurisprudencial, pp. 360 y ss.; de *lege ferenda,* pp. 411 y ss.

[142] J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 481. Anteriormente, también M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, pp. 372 y ss.: «No existe una relación directa entre el hecho de que se cosifique a los extranjeros, se les convierta en una mera mercancía o, incluso, se abuse de su situación y el hecho de que su entrada o permanencia en el país se produzca de manera ilegal». De otra opinión M. GARCÍA, cit., n.º 5, pp. 358, 359, 367 y 373, señalando que también, en estos otros casos el inmigrante constituye el «objeto del negocio» y «se ve sometido a situaciones de dominio, en las que su consentimiento resulta y debe resultar irrelevante para el derecho».

[143] M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, p. 373.

comprender el ámbito problemático de este precepto. Con otras palabras, si se pretende incriminar determinados comportamientos relativos a la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración clandestina de personas, y ésta no se caracteriza por el menoscabo de los bienes apuntados, entonces éstos no resultan adecuados —como bienes jurídicos— para una delimitación del ámbito problemático jurídico-penalmente relevante relativo a la inmigración clandestina de personas. Aquí se puede ver un *modus tollens:*

$$\begin{array}{l} p \rightarrow q \\ \neg q \\ \hline \neg p; \end{array}$$

esto es: «1. Para asumir las ideas de integridad moral y/o dignidad humana como bien jurídico protegido por el art. 318 bis del Código Penal español, entonces, éstas deben favorecer la comprensión de lo injusto propio de las conductas relativas a la inmigración clandestina de personas. 2. Las ideas de integridad moral y/o dignidad humana no caracterizan significativamente la inmigración clandestina de personas. Por tanto 3. las ideas de integridad moral y/o dignidad humana no fungen como bien jurídico protegido del art. 318 bis del Código Penal español».

En un trabajo anterior he sugerido como bien jurídico protegido para el art. 318 bis de nuestro Código Penal los derechos de los ciudadanos extranjeros, mediante una argumentación próxima a la petición de principio que se agotaba en una referencia al título donde se ubica este precepto[144]. Más fundadamente, NAVARRO CARDOSO llega a esta misma conclusión sobre diversas clases de premisas[145]. A nivel ético apunta razones de lesividad, «al Derecho penal no le compete función ordenadora alguna de políticas estatales [...] y si actuase guiado por esa finalidad, no estaría generando más que delitos formales (caracterizados en este caso, por elevar a la categoría de delito el quebrantamiento de normas administrativas)»[146]; fragmentariedad, «no es misión del Derecho penal la ordenación de sectores, ni debe convertirse en "brazo armado" de la legislación de extranjería»; así como, en menor medida, razones de proporcionalidad en sentido estricto, «es a partir de ese objeto de tutela cuando debe dotarse al tipo penal de un contenido de injusto material mínimo para justificar el merecimiento de la intervención jurídico-penal»[147]. E igualmente insiste en el carácter indiciario de la rúbrica

[144] *Cfr.* F. SÁNCHEZ, cit., n.º 22, p. 289.

[145] F. NAVARRO, 2002: «Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», *Revista Penal,* 10, p. 45. Anteriormente, también M. RODRÍGUEZ, cit., n.º 8, p. 58, donde identifica como bien jurídico «el estatus jurídico del extranjero: los derechos y libertades reconocidos al mismo por el ordenamiento jurídico español», matizando, p. 60, que «no se protege a los extranjeros en cuanto individuos aislados, sino como colectivo social titular de una serie de derechos». Críticamente, con carácter general, también F. MUÑOZ, cit., n.º 99, p. 355.

[146] F. NAVARRO, cit., n.º 145, p. 45, apuntando igualmente que «sólo deben tener la consideración de bienes jurídico-penales aquellos que atañen al contenido esencial de un derecho fundamental, no participando de esta naturaleza el control de los flujos migratorios, y sí los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros».

[147] *Ibídem,* e igualmente, en p. 46: las infracciones «calificadas como delito deben contener mayor cantidad de injusto material por ser más peligrosas respecto de la indemnidad del bien jurídico protegido». En esta línea, véase SAP 15/2001 Málaga, Melilla, de 13 de marzo, fundamento de derecho primero, señalando sobre tales razones, la necesidad de atender a la esfera jurídica del ciudadano extranjero, concluyendo así: «El

del Título XV bis a un nivel sistemático[148]. Sin embargo, a la hora de concretar el haz de derechos protegidos mediante este precepto, el autor diferencia tres conjuntos: derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros como la vida, la salud, etcétera; derechos vinculados a la nacionalidad como los derechos de sufragio activo y pasivo, entre otros; y «derechos cuya titularidad ostentan los españoles y que pueden ostentar los extranjeros, siempre que exista una previsión legislativa en ese sentido, la cual debe respetar, en ese caso, las prescripciones constitucionales»[149]. NAVARRO CARDOSO excluye los dos primeros grupos del ámbito de protección del art. 318 bis. Así, en relación con los primeros, derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, arguye que ya han sido elevados a la categoría de bienes jurídicos en otros lugares del Código y leyes penales especiales[150]. Seguidamente, también, descarta los derechos vinculados a la nacionalidad: «Su titularidad sólo la ostentan los españoles, en una suerte de exclusión de los extranjeros»[151]. Y llega, así, a la conclusión de que el haz de derechos protegidos en este precepto son «los denominados derechos sociales, y [...] los llamados derechos políticos no exclusivos de los nacionales (al menos, en una primera lectura de la Constitución), esto es, los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga»[152]. De esta forma, NAVARRO termina aproximándose a la posición de autores como SERRANO-PIEDECASAS, y se expone con ello, al mismo aparato crítico.

Según esta comprensión, por ilustrarla con un ejemplo, si un ciudadano esconde «en la parte trasera de la furgoneta, en el hueco de una mesa que allí iba y oculta tras otros muebles y mantas a una mujer de nacionalidad marroquí llamada Virginia [...], y al hijo de ésta de una edad aproximada de un año y siete meses de edad, a quienes trataba de introducir en España conociendo que carecían de cualquier documentación que les habilitara para entrar o permanecer en territorio nacional»[153], su conducta debe entenderse como una lesión o puesta en peligro de —entre otros— los derechos de reunión, manifestación, sindicación y huelga de estos ciudadanos[154]. La misma tesis debiera explicar materialmente la tipicidad de la conducta de quien, por poner otro ejemplo, trata de facilitar la entrada «a sesenta y ocho inmigrantes de origen subsahariano»[155] presentes ya irregularmente en aquel país, Marruecos. Las dudas que suscitan estos ejemplos responden a varias razones. Por una parte, el traslado físico e irregular de estos ciudadanos a España sólo puede entenderse como un favorecimiento —frente a una situación de irre-

---

bien jurídico protegido por la misma no es otro por tanto que el disfrute de aquellas libertades públicas más que el control por parte del Estado del mercado de trabajo y de la presencia de súbditos extranjeros en España».

[148] F. NAVARRO, cit., n.º 145, p. 45. En esta línea, también M. RODRÍGUEZ, cit., n.º 8, p. 55, quien apunta igualmente «la ubicación sistemática del delito, inmediatamente después del Título en el que se protegen los derechos de los trabajadores, y entre los que también se otorga protección a los derechos de los trabajadores no nacionales frente al abuso de mano de obra extranjera y la inmigración clandestina».

[149] F. NAVARRO, cit., n.º 145, p. 48.

[150] F. NAVARRO, cit., n.º 145, p. 49.

[151] F. NAVARRO, cit., n.º 145, p. 47.

[152] F. NAVARRO, cit., n.º 145, p. 49, mostrando sus dudas sobre la constitucionalidad de los limites al ejercicio de estos derechos que introduce la Ley Orgánica 4/2000. Confirmando en buena medida esta lectura, recientemente véase STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamentos de derecho sexto, séptimo y noveno.

[153] STS 526/2007, de 6 de junio, antecedente primero.

[154] *Cfr.* F. NAVARRO, cit., n.º 145, p. 49.

[155] STS 622/2007, de 5 de julio, antecedente primero.

gularidad en Marruecos— para el futuro ejercicio de ésos y otros derechos de conformidad con lo dispuesto en nuestro marco jurídico: cuando menos, una vez aquí, ello torna físicamente posible[156]. Pero es que por otra parte, cabe señalar que tales derechos como los de reunión y asociación, corresponden en nuestro ordenamiento jurídico «a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre»[157]. Y en cuanto a las concretas limitaciones inesenciales derivadas de la situación de irregularidad, el art. 31.3 de la citada Ley Orgánica 4/2000 prevé la posibilidad de «conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias que se determinen reglamentariamente», a quienes, entre otros supuestos, como consecuencia de su entrada irregular no sean titulares de tal autorización para residir[158]. Luego, no parecen ser éstos los derechos perjudicados a través de la promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a nuestro país.

Con ello sólo restan «los derechos que conforman un estándar mínimo, que dispersos a lo largo del Título I de la Constitución y agrupados en razón de un interpretación sistemática de su contenido [...] corresponden por igual a españoles y extranjeros»[159], esto es, el derecho a la vida, integridad física o el patrimonio, por poner tres ejemplos. Sin embargo, «todos estos intereses ya están elevados a la categoría de bienes jurídico-penales, recibiendo tutela penal específica (homicidio, lesiones, etc.)»[160]. Surge la duda sobre el sentido de una ulterior tutela normativa mediante este art. 318 bis. Hace algunos años apuntaba la especial vulnerabilidad de este colectivo en cuanto razón de esta específica tutela normativa[161]. También para la exclusión de los ciudadanos nacionales del ámbito de protección de la norma[162]. Entiendo que tales razones siguen resultando vigentes. Pues no son ciudadanos españoles o comunitarios quienes se muestran dispuestos a sentarse «en una débil embarcación ocupada por entre 20 y 30 personas más» con destino a España, por poner un ejemplo[163]. Ciertamente, el apdo. 3 del art. 318 bis

---

[156] En esta línea, también M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, p. 369: «Parece complicado afirmar que se protegen los derechos que el extranjero hubiera tenido si la entrada se hubiera producido de manera legal, cuando la situación de ese extranjero se caracteriza, precisamente, por la imposibilidad de entrar de manera legal. El bien jurídico protegido, en definitiva, no puede estar representado por unos derechos que no existen»; E. GARCÍA y J. RODRÍGUEZ, cit., n.º 10, p. 728; J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 477, apuntando que el sujeto pasivo percibe la conducta típica «como un bien que les permite dejar atrás situaciones de extrema miseria». Ultimamente, también J. LACRUZ, cit., n.º 2, p. 21, apuntando en esta línea que «la propia ley de extranjería reconoce un gran número de derechos a los extranjeros que se encuentran en situación irregular en España, entre los que se encuentran los de tipo educativo y sanitario».

[157] STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamentos de derecho sexto y séptimo, respectivamente.

[158] Ley Orgánica 4/2000, cit., n.º 37.

[159] Excluidos, claro está, los derechos vinculados a la nacionalidad, F. NAVARRO, cit., n.º 145, p. 47. En sentido contrario, M. RODRÍGUEZ, cit., n.º 8, p. 55.

[160] F. NAVARRO, cit., n.º 145, p. 49.

[161] En esta línea también A. PÉREZ, 2006: cit., n.º 5, p. 119.

[162] Aun cuando se trata de bienes de los que estos también son titulares, F. SÁNCHEZ, cit., n.º 22, p. 289. En esta linea también, en relación con ciudadanos comunitarios, STS 484/2007, de 29 de mayo, fundamento de derecho segundo. En nuestra doctrina, M. GARCÍA, cit., n.º 127, p. 1333, para quien «ello viene impuesto por la rúbrica del Título [...] y por el propio sentido de este tipo penal, en el que se exige la infracción de trámites de traspaso de fronteras sólo atribuibles a extranjeros»; M. RODRÍGUEZ, cit., n.º 8, p. 72, para quien «en virtud de lo dispuesto en la rúbrica del Título los nacionales españoles no puedan ser sujetos pasivos del delito», excluyendo incluso a los extranjeros en condiciones de acceder a los permisos de entrada o permanencia (*cfr.* pp. 64 y 73). De otra opinión J. LACRUZ, cit., n.º 2, pp. 32 y ss.

[163] SAP Las Palmas 48/2004, de 22 marzo, fundamento de derecho tercero.

empuja a ulteriores discriminaciones. La introducción del ánimo de lucro como circunstancia cualificante en este tercer apartado no sólo impide asignar al termino «tráfico ilegal» una significación distinta que a «inmigración clandestina»[164], también la comprensión de los intereses patrimoniales como bien jurídico protegido ya en el tipo básico de este precepto. Frente a ello la cláusula «poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas» se presta a ulteriores matizaciones. En concreto, una interpretación del tipo básico, siguiendo la concepción mayoritaria, como delito de peligro abstracto de forma que se entiende consumado cuando de la realización del juicio de peligro, esto es, «una persona inteligente (el juez) colocada en la posición del autor, en el momento de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por esa persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre cursos causales (saber nomológico)»[165], cabe inferir que la producción del resultado —la lesión de tales bienes personales: «la vida, la salud o la integridad de las personas»— no era consecuencia absolutamente improbable de la conducta típica. Mientras que en el tipo agravado cabe exigir un resultado de peligro, esto es, la concreción en el supuesto enjuiciado de los distintos factores que sustentan positivamente el juicio de peligro[166].

A las anteriores razones, cabe añadir diversas formas de argumentos. Por una parte, la interpretación expuesta facilita la interrelación del tipo básico con los subtipos agravados del art. 318 bis, particularmente con su cláusula tercera, según el grado de concreción del riesgo generado por la conducta típica para los bienes propuestos. También la discriminación entre injusto punible e ilicito administrativo, en la medida en que la infracción administrativa muy grave, prevista en el art. 54.1.*b)* conforma una estructura típica a partir del «ánimo de lucro» o la pertenencia a «una organización»[167]. Luego, si una ciudadana española, cuando se disponía a embarcar con destino a la península, «al llegar al control policial de identificación de pasajeros, exhibe a los Agentes Policiales su documentación de identidad y las de sus hijas Leticia y Silvia, esta última nacida en 1990 y que no viajaba con la acusada», tratándose en realidad de «Emilia de nacionalidad marroquí carente de documentación administrativa para acceder a territorio español», a la que pretendía introducir irregularmente en el mismo, no nos encontraríamos en el margen del art. 318 bis del Código Penal español, en la medida en que la conducta no afecta a los bienes señalados[168]. Tampoco, si en el momento de proceder al embarque «con dirección a la Península, en el control de registro de vehícu-

[164] *Cfr.* n.º 142.

[165] J. CEREZO, cit., n.º 85, p. 113.

[166] J. CEREZO, cit., n.º 85, p. 114.

[167] Art. 54.1.*b)* Ley Orgánica 4/2000, cit., n.º 37: «Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito»; igualmente véanse arts. 54.2.*a)* y *b)* del citado texto.

[168] De otra opinión SAP 20/2005 Málaga, Melilla, de 1 de abril, considerando, no obstante, mediante la aplicación de la atenuante específica del número 6 de este artículo, «la menor gravedad del hecho derivada de la escasa peligrosidad social de la dinámica comisiva que se concreta en un intento de engaño mediante la generación en los Agentes de un error en la persona cuya inmigración se pretende. Careciendo la actitud engañosa de la realidad suficiente para provocar el error como evidencia el hecho del fácil descubrimiento por los Agentes Policiales de la no correspondencia de la identidad entre la persona y el documento con el que se trata de identificar a ésta». Igualmente vid. SAP 10/2003 Málaga, Melilla, de 12 de febrero, fundamento de derecho segundo, recurriendo aquí a la circunstancia de parentesco.

los, agentes de la Guardia Civil [...] descubr(en) en el espacio existente entre el respaldo de los asientos delanteros y traseros, oculto en el suelo del turismo y debajo de unas mantas a Gonzalo [...], súbdito marroquí (que) carece de autorización administrativa para acceder a territorio de la Comunidad Europea»[169]. Por el contrario, si «los individuos transportados se encontraban ocultos en un doble fondo practicado en la furgoneta de dimensiones ostensiblemente reducidas y de escasa ventilación (obsérvese tan solo tres agujeros en la parte inferior del vehículo que se encontraban tapados por el propio cuero cabelludo de los inmigrantes...). El agente que los interceptó reconoce que los inmigrantes no pudieron salir por sus propios medios, que precisaron de su propia colaboración y ostensiblemente entumecidos; en definitiva que en ningún caso reúne las condiciones mínimas de seguridad para transportar a las cuatro personas que viajaban en el vehículo, poniendo, por ello, en grave peligro la vida de los pasajeros»[170]; se advierten ya los elementos que nos sitúan dentro del margen de lo jurídico-penalmente relevante. También, si se efectúa un traslado desde el «continente africano a Lanzarote [...] en una embarcación y condiciones de ocupación, vestimenta, ausencia de medidas de seguridad, etc.» que incrementa o puede incrementar «el riesgo de la travesía hasta convertirla en un reto de supervivencia»[171], dependiendo de la concreción de estos factores de riesgo —esto es, que los medios y circunstancias del viaje conviertan éste, efectivamente, en un reto de supervivencia— que nos movamos en el marco del tipo básico o cualificado del número tercero del art. 318 bis. Según la estructura expuesta, el grado de peligro —concreto o abstracto— así como, en términos negativos, la ausencia del mismo ofrecen una explicación material de su comprensión en el tipo cualificado, básico o como mero ilícito administrativo, respectivamente[172]. Estos argumentos jurídico-formales permiten una fácil traducción en términos éticos: atienden, en particular, a razones de lesividad, fragmentariedad y proporcionalidad en sentido estricto[173]. También en términos teleológicos, en la medida en que trata de reconducir lo punible —pese a la lamentable técnica legislativa— a lo «que se debiera perseguir». En términos pragmáticos, no parece que el uso del instrumental jurídico-penal deba ir más allá en la regulación de la entrada y salida ilegal de extranjeros en un marco normativo donde el ánimo de lucro juega como circunstancia cualificante. Y se mueven, como las demás posturas, en los márgenes de lo semánticamente posible. En cualquier caso, éstas no son más que mis razones, y como todo lo expuesto, esbozadas provisionalmente y en espera de mejores soluciones y argumentos[174]. Y es que el desarrollo de una te-

---

[169] De otra opinión SAP 25/2007 Málaga, Melilla, de 19 de abril, hechos probados. Críticamente, sobre este y otros supuestos, M. CANCIO y M. MARAVER, cit., n.º 2, p. 407.

[170] SAP 73/2005 Málaga, Melilla, de 28 de septiembre, fundamento de derecho primero.

[171] SAP 48/2004 Las Palmas, de 22 de marzo, fundamento de derecho tercero.

[172] En esta línea también STS 484/2007, de 29 de mayo, fundamento de derecho segundo: «El interés del Estado en el control de los flujos migratorios, ya protegido mediante la acción administrativa, sólo encuentra protección penal si los derechos de los ciudadanos extranjeros se ven seria y negativamente afectados por la conducta, sea de modo actual y efectivo o al menos ante un riesgo de concreción altamente probable [...] es precisa una afectación, real o potencial, de los derechos del ciudadano». En nuestra doctrina, M. GARCÍA, cit., n.º 127, pp. 1327, 1328 y 1336, apuntando algunas lagunas de punibilidad; E. GARCÍA y J. RODRÍGUEZ, cit., n.º 10, pp. 733 y ss.; C. VILLACAMPA, 2005: cit., n.º 5, p. 1670. Desde otra postura, J. HORTAL, cit., n.º 2, p. 493, n. 54. Con carácter general, ilustrativo J. CEREZO, cit., n.º 38, pp. 60 y ss.

[173] *Cfr.* J. DÍEZ, cit., n.º 18, pp. 136 y ss.

[174] Con carácter general, véase R. ALEXY, cit., n.º 23, pp. 141 y 279. En relación con los presupuestos valorativos, también N. MACCORMICK, cit., n.º 30, p. 18: «No deberíamos suponer que nuestras actuales concep-

oría de la argumentación jurídica no ambicionaría ofrecer «la solución correcta», sino simplemente, racionalizar en alguna medida la inevitable mutabilidad de lo jurídico o, parafraseando al profesor de Kiel, este «imprescindible tributo que» nuestra materia, con sus ideales y conceptos, tiene «que pagar a cambio del triunfo, nunca suficientemente apreciado, de su institucionalización en el mundo, tal como es»[175].

ciones de la racionalidad no puedan mejorar y desarrollarse en el futuro de forma que cambien y amplíen las fronteras de la racionalidad». Igualmente ilustrativo J. GARCÍA AMADO, cit., n.º 91, p. 178.

[175] R. ALEXY, cit., n.º 43, p. 64. Igualmente A. AARNIO, cit., n.º 47, p. 112. Escéptico, sin embargo, señala la mayor seguridad del modelo sistemático frente a un modelo argumentativo que se agota en pretensiones retóricas, J.-M. SILVA., cit., n.º 70, p. 658. Anteriormente, también J. HRUSCHKA, 1984: cit., n.º 42, p. 9.

# DOGMÁTICA DEL HECHO PUNIBLE, PRINCIPIO DE IGUALDAD Y JUSTIFICACIÓN DE SEGMENTOS DE PENA *

José Milton Peralta **

*CONICET*

**RESUMEN:** Las tradicionales teorías de la determinación judicial de la pena, basadas directamente en los fines de la pena, presentan problemas de legitimación por dos razones. Por un lado, aunque dentro de una escala penal establecida, admiten un castigo que supere lo que es merecido. Por el otro, en la medida en que dentro de su lógica es perfectamente admisible castigos diferentes ante hechos iguales, violan el principio de igualdad. Con el principio de culpabilidad, la doctrina ya había intentado superar el primer escollo. El segundo, sin embargo, ha pasado un tanto inadvertido, como si se tratara de un problema menor. La distribución equitativa del castigo es parte también del castigo legítimo. Sólo determinando la pena de manera proporcional a la gravedad del hecho se puede dar cuenta de estos dos condicionamientos conjuntamente. De todas formas, para que esto no quede en un mero intuicionismo que impida el control de las decisiones judiciales, es necesario utilizar el instrumental de la dogmática del hecho punible de tradición alemana, con su consiguiente estructura sistemática. Con ella, se puede realizar un examen más preciso y minucioso de la pertinencia de los factores que hacen variar la pena y, así, asegurar la tendencia hacia una pena distribuida de manera más igualitaria.

**Palabras clave:** Determinación de la pena, dogmática, pena.

**ABSTRACT:** Traditional theories of judicial determination of the penalty, based directly on the purposes of the penalty, present legitimating problems for two reasons. On one hand, despite being within an established penalty frame, they admit a penalty that exceeds what is deserved. On the other, insofar as within their logic different penalties for equal acts are perfectly admissible, they violate the principle of equality. With the principle of culpability, doctrine had already attempted to overcome the first hurdle. The second, however, has passed relatively unnoticed, as though it were a minor problem. Equal distribution of punishment is also a part of legitimate punishment. It is only by determining the penalty proportionally to the graveness of the act that both of these requirements can be met jointly. At any rate, for this not to remain as a mere intuition hindering the control of judicial decisions, it is necessary to use the German tradition of dogmatic instruments of the punishable act, with its resulting systemic structure. With this, a more accurate and thorough examination must be undertaken of the pertinence of the factors varying the penalty and, thus, ensure the tendency towards a more equally distributed penalty.

**Key words:** Determination of punishment, dogmatics, punishment.

---

* Fecha de recepción: 28 de febrero de 2008. Fecha de aceptación: 26 de marzo de 2008.

** Doctorando por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, becario Conicet, ex becario DAAD, miembro del Instituto de Argumentación Jurídica de la Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina.

## 1. INTRODUCCIÓN

La determinación judicial de la pena es el acto jurídico mediante el cual el juez establece la cantidad de pena que le corresponde a un sujeto cuya acción se encuentra subsumida en un tipo de la parte especial. Con esta (primera) subsunción el juez cuenta ya con un marco dentro del cual puede variar la pena y su tarea consiste en establecer, dentro de ese marco, la cantidad de pena correspondiente al caso.

Una teoría de la determinación de la pena debe hacer dos cosas. Una, explicitar cuál es el trasfondo material que legitima la imposición del castigo. Esto es, tomar posición acerca del fin de la pena, sus límites y, lo que normalmente se soslaya, acerca del concepto material de delito[1]. Dos, especificar, de acuerdo a ello, cuáles son los factores que cuentan para esta labor concretizadora de la pena. Lo primero es, en general, lo que se debe hacer cuando se trabaja sobre cualquier instituto jurídico penal (pero no es por ello menos decisivo). Lo segundo, en cambio, es más específico de la tarea de determinación de la pena. Saber qué cuenta para determinar la pena es, justamente, el centro de la discusión y cualquier teorización que se haga al respecto debe dar cuenta de ello[2].

Aquí se sostiene que los modelos dominantes en relación a la determinación de la pena tienen defectos valorativos, pues desatienden un principio moral importante como el de igualdad en la distribución del castigo. Nosotros defenderemos, para superar esos problemas, una teoría de la determinación de la pena basada exclusivamente en la gravedad del hecho, entendido este como injusto (o ilícito penal) culpable.

La idea de que la pena debe corresponderse a la gravedad del hecho no es del todo nueva. Como es obvio, los retribucionistas siempre la han defendido[3]. Además, en la actualidad existe un «renacimiento» de la pena «justa», que tiene lugar a través de la prevención general positiva y de la que podríamos llamar «teoría de comunicación de la gravedad del hecho a su autor», defendida ahora en Alemania sobre todo por HÖRNLE (1999). Esta nueva tendencia ha traído aparejado también una sofisticación de la tarea de especificación de la pena proporcional. Ambos puntos de vista, el de la prevención general positiva y el de la comunicación de la gravedad del hecho a su autor, parecen defender una teoría de la pena proporcional aparentemente por motivos no retribucionistas. Aquí, si bien se llega a las mismas consecuencias, se parte de un fundamento diferente. No es la necesidad de comunicar el reproche colectiva —o individualmente— lo que fundamenta una pena proporcional, sino el hecho de que en la distribución del castigo se debe respetar el principio de igualdad, entendido éste como que a hechos iguales le corresponden penas iguales.

---

[1] En cualquier manual contemporáneo de dogmática penal se toman en serio estos problemas, pues su repercusión para ciertas estructuras dogmáticas es fundamental. Sin embargo, como se verá, a veces parece que la determinación de la pena estuviera al margen de todo esto, como si fuera un ámbito ajeno a la imposición del castigo.

[2] P. S. ZIFFER, 1999, *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2.ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 24, 29 y ss. Si se acepta la tesis que aquí se propone, se verá que lo segundo termina siendo un reflejo de lo primero y que de ahí los problemas particulares de la determinación de la pena no serán de naturaleza distinta a los de la teoría del delito en general.

[3] *Cfr.,* por todos, M. KÖHLER, 1997, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer (entre otras), 38, 577, 598 y ss.

En lo que sigue, luego de una breve aclaración metodológica (2), se describirán y criticarán distintos modelos propuestos para determinar el contenido de una pena concreta (3). La relevancia de su repaso radica en la función dialéctica que tiene su comprensión para entender por qué se propone aquí una teoría diferente. Si el lector se encuentra al tanto de la discusión, puede pasar directamente al punto siguiente, en el que se hará un esbozo del modelo que se considera más adecuado (4). Al final, se tratará de ver la repercusión de lo postulado, a manera de ejemplo, con el problema de los motivos para delinquir (5).

## 2. METODOLOGÍA

El trabajo que se va a desarrollar es de carácter prescriptivo. No hace referencia a cómo según algún conjunto normativo se debe determinar la pena, ni tampoco a cómo lo realizan de hecho los jueces en la práctica. Se trata, por el contrario, de proponer una forma de realizar esta tarea. A efectos didácticos, podría considerarse una propuesta de *lege ferenda*.

Indudablemente, conforme se entiende hoy el trabajo de la dogmática, la determinación de cómo se debe aplicar la pena puede tener un reflejo en el tratamiento del Derecho positivo. En la medida que los ámbitos de indeterminación legal o lingüística lo permitan, las conclusiones a las que se llegue aquí pueden influir en la comprensión del derecho positivo. En cuanto el Derecho positivo viole premisas valorativas de carácter fundamental vinculadas a la determinación de la pena, las conclusiones a las que se arribe pueden desplazar a las determinaciones legales. Dentro de este marco, también ésta podría ser considerada una propuesta de *sententia ferenda*.

En cualquier caso, la vinculación entre la propuesta aquí formulada y el Derecho positivo es *otra* pregunta, ligada a la relación entre Derecho y moral y no necesita ser respondida aquí.

## 3. MODELOS ALTERNATIVOS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA

Para este trabajo interesa presentar dos *tipos* de modelos de determinación de la pena. En el primero se consideran relevantes exclusivamente argumentos utilitaristas (3.1)[4]. En el segundo tipo de modelo se agregan como factores a considerar argumentos de tipo deontológicos, que se combinan con los primeros para desarrollar teorías más respetuosas de ciertas premisas éticas (3.2). Se omite tratar aquí una propuesta de mero corte retribucionista por dos razones. Una, que en el ámbito alemán el retribucionismo es bastante parecido a lo que se denomina prevención general positiva (la que

[4] En el Derecho penal, cuando se hace referencia a la utilidad, se usa el término prevención y sus derivados (preventivo, prevencionista, etc.), aunque esta expresión es poco plausible en relación a algunas teorías de la pena. Con el término prevención se sugiere, pues, que la pena se dirige a la *evitación* de conductas delictivas, lo que no necesariamente se compadece con la idea de «devolver la paz social», «aplacar estados de indignación», etc. En cualquier caso, estas teorías no dejan de ser utilitaristas, pues pretenden generar estados placenteros (o aplacar estados de displacer). En lo que sigue, y luego de esta explicación, se usarán los términos utilidad y prevención como sinónimos.

será tratada en 3.1.2)[5]. Dos, porque una propuesta de este tipo (dejando de lado la ambigüedad de su carácter retributivo) tendría que conducir a un sistema similar al que se propondrá aquí, aunque el camino por el que se llegue sea diferente[6]. Los dos modelos que se analizarán permitirán ver una evolución histórica y argumental de los criterios de determinación de la pena hasta llegar a la pena proporcional.

## 3.1. Prevención y determinación de la pena

### *3.1.1. La prevención especial en la determinación de la pena*

De acuerdo a la prevención especial, lo relevante para la medición de la pena es la peligrosidad del autor. Ésta se define como su potencialidad de volver a delinquir. La medida de la pena se establece de acuerdo a lo necesario para la reinserción social del autor (prevención especial positiva) o para su neutralización por el tiempo que fuere posible (prevención especial negativa). Conforme a una teoría bastante extendida, éste es el único factor relevante para determinar el monto de pena concreto.

Se pueden sostener tres clases de argumentos por los cuales una fundamentación de este tipo debe ser rechazada. Una de carácter empírico (a), otra de carácter sistemático (b) y una tercera clase de argumento de carácter sustancial (c).

(a) Los cuestionamientos empíricos a la prevención especial son bien conocidos. Se le achaca, en primer lugar, el fracaso rotundo de los tratamientos resocializadores[7]. Esta crítica es fácil de superar, renunciando a los efectos positivos de la pena y reduciendo su función a la mera inocuización del sujeto durante su período de estancia en prisión. Pero aún esta variante, la prevención especial tiene sus dificultades. Existen graves inconvenientes para realizar pronósticos de peligrosidad lo suficientemente serios que permitan justificar la privación de la libertad por un determinado espacio de tiempo[8].

(b) Los argumentos de carácter sistemático se dirigen a destacar los efectos que una determinación de la pena basada en la prevención especial debería tener sobre el sistema de un código penal y sobre la misma teoría del delito. Las escalas penales no tienen sentido como han sido fijadas (en relación a la gravedad del hecho) y tampoco tiene sentido siquiera su existencia: la peligrosidad es demasiado individual como para hacer generalizaciones de esta clase. Ciertas atenuantes, como la del 81 inc. 1 CP argentino o 21.1 del CP español, no se explican en un sistema basado en la peligrosidad e, incluso, la idea misma de que sea necesaria la comisión de un delito para imponer una pena se torna cuestionable[9]. Sólo se puede dar cuenta de ello si lo que cuenta para el «sí» de la pena no es lo mismo que cuenta para el «cuánto». De otra forma, los «hechos» relevantes para dar paso a la pena deberían ser distintos de los que normalmente se tienen en cuenta e incluirse, por ejemplo, modos de vida[10].

---

[5] B. SCHÜNEMANN, 2002, *Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur*, en PRITWITZ (entre otros) (comp.), homenaje a Lüderssen, Baden-Baden: Nomos, 327, 328 y ss.

[6] Así también, T. HÖRNLE, 1999, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 18.

[7] *Cfr.,* entre otros, W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE, 2001, *Introducción a la criminología*, Valencia: Tirant lo blanch, 243 y ss.

[8] B. FEIJOO SÁNCHEZ, «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho», en *Indret* 1/2007, www.indret.com, 13.

[9] KÖHLER (n. 3), 41. H. H. LESCH, 1994, «Zur Einführung in das Strafrecht: über den Sinn und Zweck staatlichen Strafens (2.Teil)», *JA,* 590 y ss.

[10] *Cfr.* respecto del concepto material de delito, C. ROXIN, 2006, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, München: C. H. Beck, 2/1 y ss. NÚÑEZ es felizmente explícito respecto de esta dicotomía. Para él existe un dualismo «cul-

Por otro lado, las finas elaboraciones dogmáticas que pretenden tener repercusión a nivel valorativo, es decir, en el monto de la pena, se vuelven prácticamente irrelevantes, si la determinación de la pena no tiene ninguna base en ellas. Cuestiones como la diferencia entre dolo directo y eventual, culpa conciente e inconciente, tentativa acabada e inacabada, etc. no tienen que ver con la peligrosidad del sujeto[11].

Algunos autores, en un intento de rescatar a la prevención especial, afirman que de lo que se trata, en realidad, es de una necesidad preventivo-especial «que surja del "hecho" cometido»[12]. Pero esto constituye una deformación del lenguaje[13]. Peligrosidad no es lo mismo que gravedad del hecho[14] y, por ende, no necesariamente quien comete un hecho grave es un sujeto peligroso en esa intensidad[15].

(c) Las críticas mencionadas a la determinación de la pena en base a las necesidades preventivo-especiales revisten un carácter subsidiario. Ellas presuponen, pues, la legitimidad de ese fundamento como determinante para fijar la pena. Sólo tiene sentido preguntarse por su corroboración empírica o coherencia con otros institutos de Derecho penal si previamente se ha respondido «sí» a la pregunta sobre su legitimidad como factor determinante de la pena. El tercer tipo de argumento crítico trata sobre la incorrección moral de esa fundamentación.

Una pena determinada en base a la prevención especial viola la autonomía de los individuos, porque implica castigar al sujeto por cuestiones en las que el Estado no tiene derecho a intervenir: la vida no delictiva del autor[16]. Más allá de los problemas que existen para determinar la peligrosidad del autor, ésta se va a basar, necesariamente, en datos de la realidad de entre los cuales el hecho sólo es uno más. El resto estará vinculado a los hábitos pasados y los futuros planes de vida posibles del autor. La otra cara de la moneda de una pena basada así es, pues, que se alientan ciertos modos de ser frente a otros, lo que un Estado liberal no puede permitir.

Una pena en base a estos criterios admite, además, imponer penas por encima del merecimiento[17], violando así un principio extendido que dice que el castigo no debe superar lo que es retribuible[18]. En efecto, si el delito cometido sólo cuenta como un dato que revela la peligrosidad del autor, pero luego de una investigación surge que en realidad el sujeto es

---

pabilidad-peligrosidad», por lo que hay que dividir el fundamento de la responsabilidad penal de su medida. «[L]os factores objetivos como tales [...] sólo actúan en el ámbito de la individualización judicial de la pena como puntos de arranque o medios para determinar la base subjetiva de la misma». Entendiendo por factor objetivo el ilícito y por factor subjetivo «la mayor o menor probabilidad de volver a delinquir» del delincuente (R. NÚÑEZ, 1965, *Derecho penal argentino*, t. II, Córdoba: Lerner, 1965, 457 y ss.)

[11] G. STRATENWERTH, 1971, «Tatschuld und Strafzumessung», en *Recht und Staat,* Herft 406/407, Tübingen: J. C. B. Mohr, 27; también HÖRNLE (n. 6), 70.

[12] C. ROXIN, 2003, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, München: C. H. Beck, 30/6; similar KÖHLER (n. 3), 46; E. R. ZAFFARONI, A. y A. SLOKAR, 2002, *Derecho penal, parte general*, 2.ª ed., Ediar, 1045. Esta tendencia quizás provenga de las afirmaciones del propio LISZT, pues éste, en las primeras ediciones de su obra hacía lo mismo, *cfr.,* al respecto, E. BACIGALUPO, 1999, *Delito y punibilidad*, 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 83 y ss.

[13] También ZIFFER (n. 2), 66.

[14] KÖHLER (n. 3), 41 y ss.

[15] W. HASSEMER, 1976, «Strafzumessung, Strafvollzug und die, Gesamte Strafrechtswissenschaft», en LÜDERSSEN/SACK (comp.), *Seminar: Abweichendes Verhalten II Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität,* Frankfurt: Suhrkamp, 243, 245; D. BAIGÚN, 1971, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aries: Pannedille, 1971, 83; BACIGALUPO (n. 12), 83

[16] HÖRNLE (n. 6), 40 y ss., 49 y ss. Se trata de una forma encubierta de valorar la «conducta de vida» del autor.

[17] KÖHLER (n. 3), 48 y ss. En contra BACIGALUPO (n. 12), 200, para quien es suficiente con que el autor conozca que será sancionado, sin que la dimensión de la sanción sea relevante.

[18] A. VON HIRSCH, 1976, *Doing Justice*, New York: Hill and Wang, 5; H. L. A. HART, 1968, «Prolegomenon to the Principles of Punishment», en ID, *Punishment and Responsibility,* Oxford: Clarendon, 26 y ss; P. ZIFFER, 2002, «comentario arts. 40 y 41 CP» en, BAIGÚN y ZAFFARONI (dirs), *Código comentado*, Buenos Aires: Hammurabi, 65.

mucho más peligroso de lo que el hecho indicaba, nada impide, conforme a este parámetro, imponerle una pena más elevada que lo que el hecho merecía.

Obviamente, esto es más sutil que establecer prohibiciones a ciertos modos de ser o sancionar conductas que no merecen castigo, pero la diferencia es solamente de grado[19].

De todos modos, no es sólo al Derecho penal *peligrosista* a lo que debe temer un Derecho penal que quiera realizar ciertos principios morales que le otorguen legitimidad. La prevención general también puede conducir a ciertas consecuencias inaceptables.

### *3.1.2. La prevención general en la determinación de la pena*

Según la teoría de la prevención general, la justificación de la pena reside en que ella influye sobre un número indeterminado de individuos logrando efectos útiles en la sociedad. En su variante «negativa», este efecto se logra porque la pena les proporciona a los potenciales autores razones prudenciales para no delinquir (prevención general negativa). En su versión «positiva», la sanción cumple dos funciones. Por un lado, se influye sobre la sociedad mejorando la internalización de los valores cuestionados por la conducta delictiva. Por el otro, se reestabiliza a una sociedad conmocionada por el hecho delictivo, logrando así un efecto de pacificación[20]. No corresponde aquí emprender una tarea de explicación o justificación de alguna de estas funciones o fines de la pena[21]. Lo importante es, para lo que aquí interesa, que todos estos fines, tantos los de la prevención general positiva como los de la negativa, tienen un carácter utilitarista, se dirigen a una sociedad concreta y su satisfacción depende de algo constatable empíricamente. Lo que se debe comprobar es qué pena es necesaria para lograr estos efectos que se pretenden.

Si la prevención general, en cualquiera de sus variantes, debe guiar la medición de la pena, el juez debe realizar, en el caso concreto, esa tarea de evaluación de necesidad de pena. Es decir, deberá apreciar cuánta pena requiere el caso que tiene al frente, para satisfacer esas necesidades preventivas.

Se pueden ensayar tres críticas a una argumentación que afirme que el juez debe determinar la pena de esta manera, también caracterizables como (a) empíricas (b) sistémicas y (c) morales.

(a) El juez no está en condiciones de hacer el tipo de evaluación que requiere la prevención general, pues carece, debido a la forma en que está estructurada su actividad, del «termostato» social adecuado para medir la necesidad de pena. Su decisión será, por ello,

---

[19] A. VON HIRSCH/N. JAREBORG, 1991, «Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», en *Oxford Journal of Legal Studies,* 11, Oxford University Press, 35; sobre el problema también J. M. SILVA SÁNCHEZ, 2007, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», *InDret*/2, (www.indret.com), 01 y ss.

[20] *Cfr.* ROXIN (n. 10), 3/26 y ss.; G. JAKOBS, 1993, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Berlin-New York: de Gruyter, 1/4, 11 y ss., 15-16. ID, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischem" Prinzipiendenken», *ZStW* 107 (1995), 843, 865. ID, «Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern», *ZStW* 101 (1989), 516, 517

[21] Con más detenimiento sobre la prevención general positiva ver J. PERALTA, Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico, *Indret,* 2/2008 (www.indret.com).

normalmente «parcial e irracional»[22]. Por otro lado, es muy difícil demostrar cómo las pequeñas variaciones de pena que puede realizar juez, dentro del marco penal determinado por el legislador, pueden influir en conductas futuras de los ciudadanos[23].

De todos modos, si bien esto es cierto por regla general, hay casos en lo que esta crítica no resulta del todo convincente. Si bien, normalmente, el juez no puede hacer una meritación de las necesidades de pena y debe conformarse con seguir al legislador, existen casos en los que debido a la gran publicidad que se le brinda por la prensa sumado al amplio marco de que dispone el juez para graduar la pena, es posible que logre objetivos preventivo generales imponiendo ciertos montos de pena, a pesar de las limitaciones mencionadas.

(b) Los problemas sistemáticos que surgen de considerar estos factores para la determinación de la pena son similares a los que se plantearon respecto de la prevención especial. Las categorías delictivas, cuidadosamente refinadas por los científicos del Derecho, pierden su lugar ante la percepción real de la sociedad. «Fin de la norma», «prohibición de regreso», «incremento del riesgo», etc. son institutos que poco tienen de comunicables masivamente. Más bien, parece que sucede lo contrario. Que el apego a ciertas premisas que justifican el castigo resulta irritante para una población que no las comprende. Se puede alegar que no se trata, en realidad, de los efectos que la pena pueda tener en una sociedad concreta, sino en una «completa y exactamente informada»[24]. Pero esto ya no es prevención general, sino otra cosa[25].

(c) Decisivo, no obstante, es otra vez el punto deontológico. La medición de la pena basada en la prevención general puede justificar castigos por encima del merecimiento.

Existe abundante literatura que confía en que la prevención general positiva puede garantizar una pena justa[26]. Así, se dice que si no se respetara la proporcionalidad de las penas se produciría una reacción negativa de la sociedad hacia el Derecho[27] y que, por ende, sería disfuncional[28]. Sin embargo, sólo puede afirmarse *por regla general* que una pena adecuada a la responsabilidad que tiene el autor cumplirá las funciones preventivas con total eficacia, pues esto, por ser algo que debe verificarse empíricamente, es necesariamente contingente[29]. El tratamiento dado por la prensa o la impresión que da el autor en la sociedad, la gravedad del daño no imputable al riesgo generado conducta, etc., pueden conducir a una pena excesiva desde el punto del merecimiento individual[30]. En efecto, para cumplir los fines de la prevención general negativa, nada mejor que imponer penas más intensas conforme la inseguridad va aumentando. Aquí también es cierto que llevado al extremo sería inaceptable un sistema que imponga penas excesivas, pero nada excluye uno que admita ello en ciertos casos concretos, si es que el juez puede basar la pena en estos criterios[31].

---

[22] M. GARCÍA ARAN, 1981, «La prevención general en la determinación de la pena», en *ADPCP,* 516; T. HÖRNLE, 2003, *Determinación de la pena y culpabilidad*, Buenos Aries: Di Plácido, 25; W. HASSEMER, 1979, «Generalprävention und Strafzumessung», en HÖRNLE/LÜDERSEN/NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention,* Frankfurt/Main: Metzger, 29, 41 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ (n. 8), 13 con referencias ulteriores.

[23] GARCÍA ARAN (n. 22), 517.

[24] BGHSt (sentencias del Tribunal Supremo Alemán en asuntos penales) 24, 63, 69

[25] En realidad, bastante difícil de precisar. Parece más bien una especie de retribución encubierta bajo argumentos preventivos. Este problema merece un análisis más detenido que no se puede realizar en este lugar.

[26] *Cfr.,* por todos, P. NOLL, 1965, «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en GEERDS/NAUCKE (comps.), *Beitrage zur gesamte Strafrechtswissenschaft,* homenaje a Mayer, Berlin: Dunker & Humbolt, 223; distanciadamente A. ASHWORTH, 2003, *Principles of Criminal Law*, 4.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 21.

[27] HART (n. 18), 25.

[28] FRISCH (n. 52), 7.

[29] HASSEMER (n. 22), 33; HÖRNLE (n. 6), 92 y ss.

[30] HÖRNLE (n. 6), 208.

[31] El Tribunal Supremo alemán, de hecho, ha admitido eso en algunos casos expresamente, afirmando que es posible superar la pena correspondiente a la culpabilidad cuando amenace «un aumento de hechos como el

En relación a la prevención general positiva, la situación no es diferente. Aquí también la necesidad de confirmar valores sociales o de satisfacer el reclamo popular de justicia puede llevar a resultados injustos. La idea de que prevención y justicia van de la mano tiene más que ver, como afirma FLETCHER, en realidad, con la necesidad de ajustar la prevención a ciertos criterios de justicia, que a que entre ambas exista una relación de necesidad[32].

### 3.2. Culpabilidad y prevención en la determinación de la pena

La ausencia de una correlación necesaria entre culpabilidad y prevención ha conducido a la construcción de teorías que se preocupan por aunar ambos conceptos, combinándolos. Se busca, de esta manera, legitimidad, a través del respeto de la culpabilidad, y eficacia, dando lugar a finalidades preventivas sin violar aquélla.

#### *3.2.1. La teoría del espacio de juego*

La teoría del «espacio de juego» o «margen de libertad» *(Spielraumtheorie),* fundada en Alemania por A. F. BERNER en el siglo XIX y desarrollada, principalmente, por el Tribunal Supremo alemán[33], tiene extendida aceptación entre los científicos. Según esta teoría, una pena adecuada a la culpabilidad por el hecho admite, dentro de ciertos márgenes, que se tengan en cuenta consideraciones preventivas. Esto es posible gracias a la indeterminación de la que padece la idea de culpabilidad (entendida como proporcionalidad) que carece de contornos precisos. Existe, entonces, un «espacio de juego» *(Spielraum)* en el que se puede pensar una pena un poco menor «ya adecuada a la culpabilidad» y una pena un poco mayor «todavía adecuada a la culpabilidad»[34]. Dentro de ese marco, pueden considerarse argumentos de prevención especial o general, según el caso.

Una objeción que se formula en contra de la teoría del espacio de juego es que la indeterminación que fundamenta la apertura de ese marco se repite en los contornos que lo delimitan[35]. Para solucionar esto, las zonas de penumbra se deberían reducir refinando los dos factores que cuentan para la pena. Pero el problema es que ambos fac-

---

que se está condenando u otros similares, cuando resulten peligrosos para la sociedad». *Cfr.* H. H. JESCHECK y T. WEIGEND, 1996, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin: Duncker & Humbolt, 5. Auf., 882.

[32] G. P. FLETCHER, 1988, «Utilitarismus und Prinzipiendenken in Strafrecht», *ZStW* 101, 803, 817.

[33] BGHSt (sentencias del Tribunal Supremo Alemán), t. 7, 28 y ss.

[34] F. SCHAFFSTEIN, 1973, *Spielraum-Theorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen*, homenaje a Gallas, Berlin-New York: de Gruyter, 99 y ss.; H. J. BRUNS, 1974, «Alte Grundfragen und neue Entwiclungstendenzen im modernen Strafzmessungsrecht», en *Stratenwerth,* entre otros (comp.), homenaje a Welzel, Berlin-New York: de Gruyter, 744 y ss.; ROXIN, 1977, «La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena», en ID, 1981, *Culpabilidad y prevención,* trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid: Reus, 1981, 93, 97 y ss.; ID, 1978, «Prevención y determinación de la pena», en ID (cita anterior), 115, 116 y ss.; B. SCHÜNEMANN, 1995, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales,* el mismo (comp.), Madrid: Tecnos, S. 147: 172 y ss.; HÖRNLE (n. 22); ZIFFER (n. 2), 49, STRENG, 2005, «Franz, § 46» en *Nomos Kommentar zum StGB,* Baden-Baden: Nomos, 1402, 1453 y ss.

[35] ZIFFER (n. 2), 54

tores son extremadamente difíciles de refinar. Tanto la culpabilidad[36] como las necesidades de prevención se manejan sólo en un ámbito especulativo, lo que conduce a que la zona de penumbra de la pena no pueda ser reducida satisfactoriamente.

Sin embargo, esta construcción tiene el mérito de haber dicho claramente que es plausible encontrar distintas penas adecuadas a la culpabilidad, pero que también existen penas que no pueden ser ubicadas dentro de ese marco. Por ende, con ella se reduce notablemente el margen de discrecionalidad para determinar la pena[37].

De todas formas, aún se pueden enumerar tres inconvenientes de una construcción como esta. El primer problema es que si bien en esta teoría ciertas diferencias valorativas se tornan relevantes, en la medida en que hay un «espacio de juego» las categorías valorativas derivadas de la dogmática pierden un poco su valor. En este sentido, las críticas de carácter sistemático hechas a las teorías exclusivamente preventivas también se pueden dar aquí por repetidas, aunque con menor fuerza. El segundo escollo es que si sólo hay un espacio de juego, se tiene que conceder que aunque no haya necesidades preventivas, la pena siempre se puede fundar exclusivamente en la culpabilidad[38], con lo que se (re)caería en un retribucionismo difícil de compatibilizar con un estado liberal. Como se verá al analizar la teoría de la pena proporcional, este problema se puede solucionar sin recurrir a argumentos retributivos, pero esta empresa no ha sido encarada por los defensores de esta teoría. Por el contrario, en respuesta a esta última dificultad surge la teoría de la culpabilidad sólo como límite máximo. Finalmente, esta teoría tiene una debilidad que también comparten la teoría que sigue y todas las teorías preventivas mencionadas. Todas ellas admiten que ante hechos iguales se sancione de manera diferente, vulnerando de esta forma el principio de igualdad. Luego de analizar la siguiente construcción se verá el problema con más detalle.

### *3.2.2. La culpabilidad como límite máximo*

Esta teoría es una modificación de la del espacio de juego. Aquí se admiten también diferentes montos de pena que se adecuen a la culpabilidad, pero, mientras la teoría del espacio de juego no acepta una pena que no se corresponda con el merecimiento, la que estamos presentando ahora sí, siempre que sea por debajo.

La culpabilidad debe funcionar sólo como un límite máximo. Esto es así, se dice, porque la culpabilidad no *fundamenta* la pena, sino que sólo la *legitima*. El único fin de la culpabilidad es demarcar hasta dónde el castigo es aceptable[39]. Éste será legítimo sólo en la medida en que el hecho le pueda ser retribuido al sujeto. Por el contrario, y puesto que la culpabilidad no fundamenta el castigo, se puede imponer una pena por deba-

---

[36] STRENG (n. 34), 1454. Sobre todo atento a la falta de claridad respecto de qué signifique esto, *cfr.* HÖRNLE (n. 6), 38 ss.

[37] En el mismo sentido HÖRNLE (n. 6), quien destaca la funcionalidad de este punto para el juez que resuelve en casación.

[38] SCHAFFSTEIN (n. 34), 105 y 108.

[39] ROXIN, 1993, *Das Schuldprinzip im Wandel,* homenaje a Arthur Kaufmann, Müller: Heidelberg, 519, 523; SCHÜNEMANN (n. 34), 171 y ss. y 178; M. H. BORINSKY, 2001, «El concepto de peligrosidad del art. 41 del CP y su confronte con el derecho penal de acto (art. 19 de la CN) a los fines de la determinación de la pena», en www.eldial.com (suplemento penal, sección doctrina), 13.

jo de ese límite. El límite mínimo lo pone, en este caso, la necesidad de pena[40]. De ello se sigue que una pena que no esté fundamentada de acuerdo a ambos factores no será una pena moralmente aceptable[41]. Cada uno de ellos funciona como condición necesaria, pero no suficiente[42]. El defensor más conocido de esta postura es ROXIN, quien afirma que si la prevención especial indica una pena inferior a la culpabilidad, se debe hacer lugar a aquélla, y sólo debe ceder en situaciones excepcionales «cuando la imposición de una pena inferior a la que corresponda por el grado de culpabilidad ‹parezca simplemente como incomprensible para la sensibilidad jurídica general›»[43]. Con ello ROXIN señala que el límite mínimo también está marcado por la prevención, sólo que en este caso general positiva. De lo dicho se sigue que, en el caso de que no existieran necesidades preventivas, esta teoría debería conducir a la ausencia de pena[44].

ZAFFARONI podría ser incluido también dentro de una concepción como ésta. Si bien no la sigue exactamente, constituye un caso en el que la culpabilidad hace de límite máximo de la pena[45] y donde otros factores pueden conducir a que la pena se imponga por debajo de aquélla.

La culpabilidad (en el sentido de proporcionalidad) es el primer factor determinante de la pena, como lo es también para ROXIN y, al igual que para éste, se puede imponer una pena por debajo de ella. Pero el factor que es decisivo para hacer esa reducción es completamente distinto. El segundo factor que cuenta en ZAFFARONI para la determinación de la pena es «el esfuerzo personal por la vulnerabilidad». Esto es algo así como el empeño que ha puesto un sujeto para ser atrapado por un sistema que es eminentemente selectivo[46]. A mayor susceptibilidad de ser elegido por el sistema (por el lugar donde se vive, el aspecto físico, la formación, etc.), por regla general, menor esfuerzo habrá hecho el sujeto para ser seleccionado y viceversa. Por supuesto, se trata de un esfuerzo figurado *para* ser atrapado por el sistema, esto es, de un concepto eminentemente normativo. Una vez precisados muy someramente ambos factores surge el concepto de culpabilidad que será decisivo para la medición de la pena. En palabras de ZAFFARONI «[L]a culpabilidad importa un proceso valorativo dialéctico, en el que acaban sintetizándose la reprochabilidad por el acto [culpabilidad] (que prescinde de la selectividad y, por ende, de la vulnerabilidad), y un cálculo del esfuerzo que el agente haya hecho por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo (culpabilidad por la vulnerabilidad), resultando de ambas culpabilidades (por el acto y por la vulnerabilidad) la culpabilidad normativa»[47].

A esta teoría se le pueden formular ciertas críticas comunes las de la culpabilidad como límite máximo de ROXIN, pero conviene ahora detenerse en una que se relacionada concre-

---

[40] Dicha necesidad también hace, en otro sentido, las veces de límite máximo, pues cualquier monto de pena que supere el límite puesto por la necesidad será ilegítimo, porque se estaría imponiendo sin ninguna justificación utilitarista.

[41] *Cfr.* SCHÜNEMANN, 1995 (n. 34), 173; M. CLARK, 1971, «The Moral Graduation of Punishment», en *The Philosophical Quarterly,* vol. 21, n.º 83, 132, 135. De todos modos CLARK admite que, en ciertos casos especiales, se supere el límite de lo «merecido» atendiendo a razones de prevención, 135.

[42] En cualquier caso, si el límite mínimo que marca la necesidad supera el límite máximo demarcado por la culpabilidad, prevalecerá la pena determinada conforme a esta última. De otra forma, la pena no sería legítima.

[43] ROXIN (n. 34), 109 y ss. En el mismo sentido se pronuncia, desde el lado anglosajón, CLARK. Para él también la utilidad debe marcar un límite máximo, de otra forma «se superaría lo que es necesario para lograr fines utilitaristas» (n. 41), 139.

[44] Así es como de hecho fundamenta ROXIN la exclusión de pena en las causas de exculpación. *Cfr.* (n. 10), 19/1 y ss., 22/1 y ss. *Cfr.,* también, la crítica de KÖHLER (n. 3), 41.

[45] ZAFFARONI (n. 12), 1035.

[46] La selección es hecha de acuerdo a ciertos esteriotipos criminales y, por regla general, por la policía, ZAFFARONI (n. 12), 7 y ss. y 1055.

[47] ZAFFARONI (n. 12), 1032 en cursiva en el original.

tamente con ésta. ¿Por qué podría ser este figurado esfuerzo por la selectividad un factor relevante para la medición de la pena? Esto sin duda puede indicar una mayor necesidad de pena desde un argumento preventivo. Así, si un funcionario público comete un hurto en un supermercado y eso trasciende por la prensa, se puede esperar un reclamo popular de mayor castigo que el que corresponda a un ciudadano que no reúna esas características (aunque esto no esté justificado). Pero esto es obviamente lo que no quiere ZAFFARONI, pues este autor se autodenomina un «agnóstico» de la pena[48]. No es fácil encontrar otra fundamentación plausible partiendo de sus premisas, pues, siendo un agnóstico de la pena y sosteniendo que la única función legítima de la actividad judicial radica en limitar el poder punitivo irracional, no puede afirmarse que en estos casos se *deba* imponer una pena más grave que en los casos de sujetos más vulnerables. De otra forma, lo que se está diciendo es que en esos casos es necesario aplicar más pena y eso requiere legitimidad y que la pena cumpla una función. Si esto no se quiere decir, entonces, en estos casos también se deberá intentar poner freno al poder punitivo y procurar en lo posible que se imponga el mínimo de la pena (o, más coherentemente, que no se imponga pena en absoluto).

Existe otra interpretación posible de lo que dice ZAFFARONI, y es que su afirmación no tenga un carácter prescriptivo, sino descriptivo. Eso se puede ver en el siguiente pasaje: «sólo en un sentido bastante metafórico puede entenderse como el reproche por el Esfuerzo personal, pues en definitiva ese juicio no hace más que medir el límite del poder de contención del Derecho penal en caso concreto»[49]. Esto, claramente, no es lo que ZAFFARONI había dicho antes, pero, en todo caso, semejante afirmación carece de valor para la dogmática (tal como se la entiende corrientemente). De una descripción, como se sabe, no se sigue nada. También se puede describir que el sistema castiga más a los más vulnerables, sin que de eso se siga que deba ser así.

Parece, en realidad, que ZAFFARONI pretende hacer una suerte de discriminación inversa con el dDerecho penal, castigando más a los que menos suele seleccionar el sistema. Pero emprender semejante tarea *¡con el Derecho penal!* es inaceptable, pues implica hacer responsable penalmente a las personas por algo que no es legítimo que se les cargue: ser blancos, tener dinero, no tener rasgos indígenas, vestir bien, en síntesis, no ser vulnerables. Y esto no deja de ser relevante sólo porque, de todas formas, no se rebase la culpabilidad por el acto. Se está diferenciando entre dos sujetos por algo de lo que ellos no son responsables. La forma de eliminar la discriminación que existe actualmente en la práctica del Derecho penal es haciendo siempre, a los vulnerables y a los no vulnerables, sólo responsables por el acto realizado, sin considerar otro factor. Y esto ya emparenta esta teoría con el resto que combinan culpabilidad y prevención.

El asunto central es si es admisible considerar factores independientes al hecho como determinantes de manera autónoma para la fijación de la pena, de manera tal que dos sujetos que hacen lo mismo reciban penas diferentes sólo por cuestiones preventivas ajenas a su conducta[50]. Una pena no sólo puede chocar contra ciertas premisas deontológicas porque supere el margen de la culpabilidad, sino también cuando se impone por debajo de ésta, si lo que se tiene en cuenta como factor determinante para hacer la distinción es un factor por el que no se puede responsabilizar al sujeto[51]. Si esto es correcto, de lo que se trata es de si no corresponde introducir todavía un tercer factor relevante para la determinación de la pena: la distribución equitativa del castigo.

---

[48] ZAFFARONI (n. 12), 28 ss. y 44 ss.
[49] ZAFFARONI (n. 12), 1045.
[50] VON HIRSCH (n. 18), 64; STRENG (n. 34), 1455.
[51] En contra, por todos, ROXIN (n. 34), 135 y ss.

## 4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA TEORÍA DE LA PENA PROPORCIONAL

Presupuesto del análisis realizado hasta ahora es, entonces, la utilidad de la pena. La institución del castigo, en un Estado secular, sólo está justificada en la medida en que cumpla una función en la sociedad. Conclusión de lo mencionado es que esa utilidad no puede ser lograda de cualquier modo. El castigo precisa de una legitimidad moral y, por ello, no debe superar el límite de la culpabilidad. Ésta es un condicionamiento deontológico a los fines sociales del castigo.

Sin embargo, también se advirtió que estos dos elementos parecen no ser suficientes para que la práctica del castigo sea legítima. Una premisa esencial es que el castigo sea distribuido también de manera equitativa[52], de tal manera que no se viole el principio de igualdad, condición esencial de la justicia del trato que reciben los individuos por parte del Estado.

Los individuos tienen el derecho a ser tratados todos por igual y la violación a estos principios les permite elevar un reproche en contra de la autoridad que no lo respeta. Si bien la igualdad no abarca todo el concepto de justicia, «sin ella no se puede discutir la justicia en absoluto»[53]. El hecho es que no sólo cuando se castiga por encima de la culpabilidad, sino también cuando se sanciona por debajo de ella se está atentando contra un principio moral que legitima el castigo[54]. «[P]recisamente conforme al principio de igualdad, [se justifica] —dice FERRAJOLI— la graduación equitativa de la medida de la pena, para cada hecho singular...»[55]. Es decir, no sólo se debe respetar la «proporcionalidad cardinal», contenida en el principio de culpabilidad, sino también la «proporcionalidad ordinal», contenida en el principio de igualdad[56].

La primera crítica que se podría plantear es que si esto se toma en serio no habrá ninguna diferencia práctica entre los casos y la forma en la que está dispuesto a castigar un retribucionista y los casos y la forma en la que nosotros estaríamos dispuestos a castigar, por lo que todo esto no pasaría de ser un retribucionismo encubierto[57]. Penar de acuerdo a criterios de justicia distributiva no significa, empero, ser retribucionista. Significa, por el contrario, distinguir entre dos factores que pueden funcionar de manera independiente en la institución de la pena: justificación general del castigo y for-

---

[52] HART (n. 18), 11. Una de las críticas más comunes a los modelos preventivos, es, como se analizó detalladamente y analíticamente más arriba, que permiten un castigo injusto. *Cfr.,* al respecto también, W. FRISCH, 2003, «Einleitung-Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe», en FRISCH/VON HIRSC/ALBRECHT (comp.), *Tatproportionalität,* C. F. Müller, 1, 1 y ss. La pena basada en las necesidades preventivas «es sentida por muchos como poco transparente, para no decir arbitraria, irregular e injusta...».

[53] FLETCHER (n. 32.), 803, 808.

[54] CLARK (n. 41), 132 y ss. a pesar de que este autor admite excepciones, 139.

[55] L. FERRAJOLI, 2001, *Derecho y razón*, *Teoría del garantismo penal*, 5. ed, Madrid: Trotta, 404; también FRISCH (n. 52), entiende que este es uno de los fundamentos de la pena proporcional, p. 2.

[56] Sobre esto VON HIRSCH, 1991, «Proportionality in the Philosophy of Punishment: from "Why punish?" to "How much?"», HeinOnline, *Israel Law Review,* 549, 572 y ss; A. ASHWORTH, «Kriterien für die Proportionalität der Strafe», en FRISCHVON HIRSC y ALBECHT (n. 52), 83 y ss.

[57] Lo que de hecho tampoco sería exacto. Pues aquí se trata siempre de una justicia relativa que se mide de acuerdo a su forma de distribución (HÖRNLE habla de una proporcionalidad relativa, [n. 6], 155 y ss.). Si la ausencia de necesidad de pena permite que la rigurosidad del castigo penal remita a formas menos dolorosa, mientras esto sea hecho respetando la igualdad, será un «avance» bienvenido. Un retribucionista quizás no esté dispuesto a tolerar tal remisión.

ma de aplicación[58]. «[...] es perfectamente consistente», señala HART, «afirmar *ambos*, que el objetivo general que justifica una práctica sancionatoria son sus consecuencias benéficas *y* que el propósito de ese objetivo general debe ser limitado o restringido respetando los principios de la distribución...»[59]. Esto es, en realidad, lo que ya viene haciendo en la dogmática del hecho punible con el principio de culpabilidad. Es sólo que hay que introducir un elemento más. Además de no superar la proporcionalidad del castigo, es necesario que la distribución sea equitativa[60].

Quien con más fuerza ha tratado de llevar a cabo este programa propuesto por HART ha sido VON HIRSCH en la obra ya citada *Doing Justice*[61]. Este autor se ha esforzado por mostrar cómo la pena debe ser distribuida conforme a criterios retributivos, reconociendo incluso que la justificación general del castigo (sea ésta de prevención general positiva o negativa) es relativamente indiferente para la determinación de la pena[62]. En el mismo sentido se pronuncia HÖRNLE, quien también continúa esta línea de trabajo, ya refiriéndose sólo a la determinación judicial de la pena. La «...explicación general del *castigo criminal como una institución*, [afirma] no tiene relevancia...al condenar»[63]. De todos modos, nuestras coincidencias con estos autores son, en principio, sólo respecto del resultado: pena proporcional conforme a ciertos criterios, a desarrollar, contrastables. Pero el fundamento es diferente. Mientras VON HIRSCH y HÖRNLE hacen hincapié en la comunicación que la pena proporcional ejerce sobre el penado, apelando a su razón para que comprenda el disvalor de su acción[64], aquí se trata de algo diferente. Se trata sólo de que la pena es, materialmente, un dolor, un sufrimiento impuesto deliberadamente y que, por ello, debe ser distribuido conforme al principio de igualdad[65].

En cualquier caso, no se desatiende la utilidad. Las prohibiciones se justifican solamente porque es socialmente útil (dentro de ciertos límites) que no se realicen cier-

---

[58] VON HIRSCH (n. 18), 60 y ss.; FLETCHER (n. 32), 813.

[59] HART (n. 18), 9, cursivas del original. La misma distinción, aunque no con las mismas consecuencis, M. BAURMANN, 1990, «Strafe im Rechtsstaat», BAURMANN/KLIEMT (comp.), *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat,* Freiburg-München: Alber, 109, 144 ss.

[60] HART (n. 18), 11, la cursivas no pertenecen al original.

Sin embargo, sí hay diferencias prácticas entre la postura retribucionista y la teoría distributiva que se sigue aquí. La primera (1) es que el retribucionista siempre deberá procurar que cada pena se acerque al ideal de merecimiento absoluto, más alla de que esto sea muy difícil de determinar. En cambio, el distribucionismo admite penas por debajo de la culpabilidad, siempre que esa variación se distribuya para todos por igual. En este sentido, de acuerdo al criterio distributivo, los sistemas penales pueden ir perdiendo paulatinamente su rigor sin que ello sea óbice a respetar los principios mencionados. Un retribucionista coherente no podría admitir esto. La segunda diferencia (2), es que el distributivista que defiende una teoría preventiva de la pena (en realidad, sólo así tiene sentido defender esta postura) aún debe hacer cálculos de costos y beneficios. Dichos cálculos no se realizarán autor por autor y pena por pena, pero sí en general. De tal manera que es lógica y empíricamente posible deslegitimar todo el sistema de castigo penal, si éste no da un resultado positivo en su totalidad. Puesto que al retribucionista esto no le importa (a lo sumo, como para KÖHLER, STRAFRECHT, ALLGEMEINER TEIL, Berlin: Springer (entre otras), 1997, 51, será un efecto concomitante bienvenido), el resultado de esas operaciones no lo condiciona en absoluto.

[61] *Cfr.* (n. 18) y en obras posteriores.

[62] VON HIRSCH (n. 18), 60.

[63] HÖRNLE (n. 22), 23, también CLARK (n.41), 132; VON HIRSCH (n. 18), 59 s. y 61 y ss.

[64] HÖRNLE (n. 6), 108 y ss.; VON HIRSCH (n. 18), 66, 69 y ss.; HÖRNLE/VON HIRSCH, 1995, *Positivegeneralprävention und Tadel*, *GA,* 262 y ss.

[65] El fundamento de VON HIRSCH y HÖRNLE (*cfr.* citas de la nota anterior) parece por momentos un tanto confuso, pues ambos recalcan que el fundamento de la pena en general no tiene repercusión sobre su medida en el caso concreto, pero a su vez reconocen que comunicar el reproche con el monto de la pena es, en sí, un fin de ésta.

tas conductas (cualquiera sea la finalidad de la pena que se considere adecuada o legítima) y se castiga también sólo porque es útil. Es decir, ni se prohíbe ni se castiga para hacer justicia metafísica, pero *si* se castiga, entonces no se puede hacer de cualquier modo[66], se debe hacer distribuyendo el castigo con equidad. Este principio de distribución del castigo no se satisface cuando un autor es sancionado con menos dureza que otro, no por haber hecho algo diferente, sino porque no es necesario de acuerdo a ciertos fines de la pena sancionarlo con igual intensidad[67]. El objetivo principal, entonces, de una comprensión como ésta es refutar la teoría de la culpabilidad como límite máximo, que sostiene que el único criterio de carácter no utilitarista que interviene en la determinación de la pena es la no superación del marco delimitado por la culpabilidad. Por el contrario, la pena será moralmente aceptable sólo si se puede afirmar que se ha respetado a los sujetos que la padecen tratándolos a todos por igual.

### 4.1. Justificación de la dogmática del hecho punible como criterio para establecer la igualdad

Ahora bien, asumido que eso es correcto, ¿de acuerdo a qué criterio se puede afirmar que se está respetando la igualdad en la distribución de la pena? Es decir, ¿cuáles son los factores relevantes para hacer diferencias de pena entre dos sujetos y cuáles no? ¿Cuándo se puede decir que un hecho reviste más gravedad en el Derecho penal? Esta pregunta es obviamente fundamental. Hasta acá nos hemos manejado intuitivamente con la idea de merecimiento, pero es necesario aún especificar cuándo algo es merecido y puede ser incluido legítimamente entre los elementos a distribuir y cuándo debe ser excluido. La respuesta a esta pregunta la brinda la dogmática[68, 69].

Existen cuatro elementos en común que caracterizan a la dogmática i. e. a la teoría del delito de tradición alemana: acción, tipicidad, antijuridicidad (que es lo que nos permite hablar de injusto o ilícito penal) y culpabilidad[70]. Las opiniones que discrepan con esta clasificación son tan aisladas que pueden ser desestimadas a la hora de hacer un trabajo como el que estamos discutiendo. Esto nos permite hablar de *la* dogmática y de *las* categorías del delito sin necesidad de hacer aquí más distinciones.

En la ciencia del Derecho penal, la dogmática del hecho punible cumple explícitamente dos funciones fundamentales: 1. determinar en qué casos está justificado castigar y 2. encontrar soluciones uniformes a problemas uniformes[71], lo que a la postre no es más que lo mismo. La dogmática es el método científico por excelencia, por lo me-

---

[66] FLETCHER (n. 32), 809 y ss.

[67] FLETCHER (n. 32), 813; FERRAJOLI (n. 55), 406.

[68] En contra HÖRNLE (n. 6), 134, con el argumento de que la justicia es un argumento vacuo, imposible de llenar con sentido. Al respecto, lo que sigue.

[69] En este texto se utilizarán como sinónimos las siguientes expresiones: dogmática, dogmática del hecho punible y teoría del delito. Esto es usual entre los penalistas, debido al gran desarrollo que ha recibido la teoría del delito, cuya «dogmática» es el trabajo de los científicos del Derecho por excelencia.

[70] La presentación y desarrollo de estas categorías puede verse en cualquier manual de Derecho penal que siga esa tradición. Una breve explicación al respecto *infra* 4.2.2.

[71] H. WELZEL, 1997, *Derecho penal alemán*, 4.ª ed., Santiago: Editorial jurídica de Chile, trad. del alemán de Bustos RAMÍREZ/PÉREZ, 1; SILVA SÁNCHEZ, 1991, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch, 47 y 50.

nos en los países que siguen la tradición alemana, utilizado en el ámbito penal para el análisis del Derecho. A pesar de la enorme variedad de teorías del delito y de puntos de vista sobre otras discusiones dogmáticas relevantes (casi) todas ellas pretenden hacer una cosa y por ello es que compiten: determinar cuándo el castigo penal debe ser considerado político criminalmente aceptable. En este sentido, la dogmática penal establece lo que *debe ser* sin ningún tipo de ambigüedad[72]. Asimismo, la dogmática cumple la importantísima función de otorgar previsibilidad y uniformidad a las decisiones judiciales. Esto se logra a raíz de su fuerte carácter sistemático, que tiene como fondo indubitable el respeto a la igualdad[73], en la medida en que procura distinguir con precisión distintos tipos de problemas para darle a cada uno el tratamiento que corresponde, sin caer en la casuística.

Si esta argumentación se traslada a la medición de la pena, con las precisiones que se harán más adelante, lo que se estará haciendo es buscar legitimidad para la justificación de cada segmento de pena. Las variaciones de pena sólo podrán estar justificadas en la medida en que, luego de un análisis minucioso, se pueda predicar de ellas que dan cuenta de ciertas estructuras que legitiman el castigo en general. De esta forma, castigos de diferente intensidad sólo encontrarán razón de ser en que son el reflejo de hechos que merecen un castigo diferente porque reflejan distintos grados de culpabilidad por el hecho, entendido el hecho como un ilícito penal. Si el único criterio de legitimación del castigo lo brinda la dogmática, «no pueden existir factores relevantes para la individualización de la pena... que carezcan de un soporte categorial en la teoría del delito»[74], con las precisiones que se formularán más adelante.

A pesar del extraordinario desarrollo de la dogmática, su labor se ha centrado casi exclusivamente en determinar la legitimidad del «sí» de la pena, dejando de lado el problema en torno al «cuánto». Aunque esto siempre estuvo, de todas formas, latente. Desde el momento en que el riesgo para el bien jurídico de una conducta es graduable, desde que las causas de exculpación implican, por lo menos también, una disminución del injusto, desde que el dolo directo se ha considerado más grave que el dolo eventual y que la culpabilidad disminuida atenúa la pena, las repercusiones de la dogmática para la medida de la pena ha estado siempre allí. Sin embargo, no ha sido sino hasta estas últimas décadas que la vinculación entre ambas esferas ha sido comprendida en su totalidad. Aquella desatención pasada pudo deberse, como dice SCHÜNEMANN, a un «tradicional desinterés» de los dogmáticos sobre el tema[75] o, quizás, como dice SILVA SÁNCHEZ, a una esforzada «autorestricción» de ésta, debido a que se ha relacionado siempre de manera directa determinación y fines de la pena[76]. En cualquier caso, el problema de la

---

[72] Con esto se hace referencia, entre otras cosas, a la discusión que mencionan J. A. DÍEZ y U. MOULINES, 1999, en *Fundamentos de la filosofía de la ciencias*, 2.ª ed., Barcelona: Ariel, 19 y ss, 21 y ss. en cuanto afirman que la ciencia del Derecho es descriptiva, en la medida que da cuenta de normas existentes, y prescriptiva en la medida en que de esa «descripción» surge una «prescripción», pero siempre *derivada* de aquélla y no autónoma. Pues bien, la dogmática no hace esto. La dogmática prescribe en el sentido fuerte de la expresión, siempre que, como se dijo, la indeterminación legal o lingüística lo permitan.

[73] B. SCHÜNEMANN, «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld», en SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (comps.) *Bausteine des europäischen Strafrechts,* Coimbra Symposium para ROXIN, Múünchen-Coimbra: Heymanns, 149, 154.

[74] SILVA SÁNCHEZ (n. 19), 9

[75] Prólogo a HÖRNLE (n. 22), 17.

[76] SILVA SÁNCHEZ (n. 19), 3.

distribución justa del castigo se encontraba soslayado en un punto de trascendencia indiscutible para el individuo a penar, el de la determinación de la pena concreta.

De lo que se dijo se sigue lo siguiente: (i). El juez no «debe *perseguir* por sí mismo efectos sobre la colectividad»[77] y tampoco de prevención especial[78]. Los fines de la pena pasan a un segundo plano. (ii). No existe diferencia alguna entre culpabilidad fundamentadora y culpabilidad de la determinación de la pena[79], que con tanta facilidad dejaba las puertas abiertas a considerar a «cualquier factor como relevante para fijar la pena»[80]. (iii). No existe un conflicto entre culpabilidad y prevención en la determinación judicial de la pena. Éste será sólo un reflejo de la tensión general entre utilidad del- y límites al castigo.

Ahora bien, para que todo esto tenga sentido, los marcos penales previstos para los tipos de la parte especial deben ser entendidos de la siguiente manera.

## 4.2. El marco penal como escala de gravedad continua. La determinación de la pena como un reflejo de la teoría del delito.

### *4.2.1. Generalidades*

El análisis debe empezar, entonces, considerando que los marcos penales contienen escalas de gravedad continua. Éstos demarcan la gravedad mínima y máxima del delito y la gravedad de la pena en el caso concreto deberá determinarse en relación a ellos[81].

Para aplicar aquí las construcciones dogmáticas se debe partir de dos presupuestos: 1. de que ningún factor cuenta para la determinación de la pena si no tiene relación con el injusto y la culpabilidad; 2. de que ambos factores son graduables. En un trabajo muy reciente, SILVA SÁNCHEZ, siguiendo la línea trazada por HÖRNLE, ha hecho un planteo similar utilizando expresiones muy gráficas. En palabras de SILVA, la determinación de la pena se manifiesta «como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito», en donde injusto, culpabilidad [...] «constituyen magnitudes materiales graduables»[82]. En este sentido, «el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realización (subtipos), más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado»[83]. De esta forma,

---

[77] GARCÍA ARAN (n. 22), 512.

[78] Esta última deberá ser entendida sólo como una oferta para el condenado una vez que la pena haya sido fijada de acuerdo a otros parámetros. HASSEMER (n. 15), 250; SILVA (n. 71), 37; LESCH (n. 9), 591 y ss.

[79] Similar B. SCHÜNEMANN, 1989, «Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland», en *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland,* HIRSCH/WEIGEND (comps.), Berlin, 147, 160.

[80] ZIFFER (n. 2), 92.

[81] ZIFFER (n. 2), 41.

[82] Aquí se excluye deliberadamente la punibilidad, que fuera incluida por SILVA, como categoría graduable. Esto se debe a que la punibilidad, es una categoría extremadamente heterogénea, donde se puede incluir, sin necesidad de demasiada fundamentación, como si se tratara de un «cajón de sastre» cualquier elemento que no «encaje» en alguno de los otros dos componentes relevantes para el delito. *Cfr.* el propio SILVA (n. 19), 9.

[83] SILVA SÁNCHEZ (n. 19), 5 y 8.

la escala penal no cumple ya simplemente la función de fijar límites al juez, sino que constituye una escala continua en la que el juez debe encontrar la pena correcta[84].

Para determinar la pena de este modo y para no incluir elementos *ad-hoc* es necesario contar con cierta claridad acerca de los factores que cuentan para la teoría del delito, para posibilitar así un control estricto de los elementos de que se vale el juez para determinar la pena. Se podrán tener diferentes teorías del ilícito y culpabilidad, pero éstas siempre deberán ser expresadas, de modo tal que puedan ser controladas. Es en este lugar donde tienen relevancia práctica cuestiones como la importancia de la intención (como característica del dolo directo) en el delito, sobre cuánto cuenta el resultado y por qué, si la conducta de la víctima puede ser considerada un atenuante para la responsabilidad del autor, etc. En este sentido, la teoría de la determinación de la pena se transforma en «un ámbito idóneo... para derivar importantes consecuencias de la postura que se mantenga respecto a problemas como el contenido y graduabilidad del injusto y la culpabilidad...»[85].

### *4.2.2. La función del injusto y la culpabilidad en la determinación de la pena*

Decisivo, entonces, serán el grado de injusto y el grado de culpabilidad, de acuerdo a la graduación de cada uno de sus elementos[86]. A grandes rasgos, el injusto o ilícito penal, que hace referencia a la dañosidad social de la acción, se divide en dos partes (1) la objetiva y (2) la subjetiva.

(1) La parte objetiva se caracteriza, a su vez, por dos elementos. El primero es la imputación objetiva de la conducta. Ésta consta de la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico y de la realización de ese riesgo en el resultado. El primer factor relevante para la determinación de la pena será el grado de riesgo que la conducta del autor implica para el bien jurídico[87]. Por riesgo debe entenderse, *grosso modo,* la potencialidad general de la conducta de producir un daño. Así, usar un arma larga implicará, *ceteris paribus*, un riesgo mayor que usar un arma corta, porque con aquélla aumenta la probabilidad de darle al blanco. Luego, habrá que evaluar cuánta incidencia tuvo ese riesgo en el resultado finalmente producido. Siguiendo con el ejemplo anterior, supongamos que el arma disparaba un sedante, pero debido a que el autor había injerido una sustancia rarísima que combinada con aquél agrava el estado de la víctima, finalmente quedó sedado por mucho más tiempo del calculado. Ese resultado, no imputable al riesgo de la conducta, no puede tener relevancia en la medición de la pena. El segundo elemento objetivo es el resultado en sí mismo[88], cuya ausencia total o parcial puede repercutir a favor el imputado. Si el sujeto generó un riesgo elevado de lesión, en el caso en cuestión, de sedar con un arma larga, pero luego, por azar, el resultado se produce con menos intensidad, supongamos, porque el sujeto había tomado

---

[84] STRENG (n. 34), 1461.

[85] GARCÍA ARAN (n. 22), 511 y ss.; similar también E. DEMETRIO CRESPO, 1997, «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995», *ADPCP,* 323, 333. De la misma manera HÖRNLE (n. 5), 145 ss.

[86] *Cfr.* SÁNCHEZ (n. 19), 11 y ss.

[87] También ASHWORTH (n. 56), 88.

[88] JESCHECK (n. 31), 888.

otra sustancia rarísima que atenuaba los efectos del sedante, esa *no* producción del resultado puede jugar a favor del autor. Que deba ser así es más que discutible, pero sobre eso no se puede profundizar aquí[89].

Un camino similar al aquí propuesto fue insinuado por BAIGÚN (1971), aunque no con una visión completa al respecto. BAIGÚN, al tratar acerca de la «naturaleza de las circunstancias agravantes», afirmaba que respecto de ese tema no había habido mayores innovaciones hasta ese momento, porque éstas figuraban demasiado vinculadas a la individualización de la pena[90], cuando, en realidad, su «esencia» debía «asimilarse a la del tipo». Y esto es efectivamente correcto, las circunstancias agravantes constituyen partes del tipo penal, pero no se deben diferenciar de las circunstancias que sirven para la determinación de la pena, justamente *porque éstas también forman parte del tipo penal.* Esta distinción se explica en BAIGÚN porque si bien para él muchos de los factores mencionados en los arts. 40 y 41 tenían la misma estructura que las agravantes, creía también que había factores que no se podían explicar de ese modo y que, en realidad, constituían «auténticos índices de punición»[91].

(2) La parte subjetiva del injusto consta de dos elementos principales, a saber, el dolo y la imprudencia. En el dolo, a su vez, se considera conocimiento que haya tenido el sujeto del riesgo generado por su conducta, y la intención. Subjetivamente, sólo se le pueden imputar al autor el riesgo generado y el daño causado en la medida en que eran conocidos o cognoscibles por él. Así, por ej., si el autor genera un riesgo del bien jurídico de 8 en la escala del 1 al 10, pero sólo tiene un conocimiento de 6, en la medida en que este desconocimiento parcial no le sea imputable, no podrá contar en su contra y, por ende, se lo responsabilizará sólo por el riesgo 6. Es decir, cabe aquí aplicar la teoría del error con todas sus consecuencias en relación al subtipo que se haya configurado objetivamente. El otro factor subjetivo es la intención. Su inclusión, a diferencia del conocimiento, que es aceptada en general, hoy se encuentra en crisis, pero esto tampoco puede ser analizado en este lugar[92]. Si es que la intención juega algún rol relevante para la teoría del delito, entonces su relevancia se verá reflejada en la medición de la pena[93].

Las causas de justificación excluyen la ilicitud del hecho. Si el hecho está justificado no habrá lugar a la determinación de la pena. De todas formas, aun cuando no está justificado, su *proximidad* con una causa de justificación sí es relevante para la medida de la ilicitud. Éste es el fundamento de la pena disminuida cuando hay exceso en una causa de justificación (art. 35 CP argentino, 21.1 del CP español en función de 20.4, 20.5 y 20.7), pero su fundamentación se puede extender a situaciones análogas. Por ejemplo, si A para salvar un bien de su propiedad de escasa importancia destruye un bien de mayor valor de B y, por ende, causa un daño mayor para evitar uno menor, el hecho no está justificado. De todas formas, que ese daño no haya sido infundado, sino que se haya acercado a lo que constituye un estado de necesi-

[89] Fundamental al respecto M. A. SANCINETTI, 1991, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Buenos Aires: Hammurabi, 1991, *pássim;* Ashwort (n. 56), 88 y ss.

[90] BAIGÚN (n. 15), 26.

[91] BAIGÚN (n. 15), 46 y ss. También 87.5.

[92] *Cfr.,* por todos, sobre la discusión, ROXIN (n. 10), 12/1 y ss.; SANCINETTI (n. 89), 145 y ss.

[93] En contra JESCHECK (n. 31), 887

dad, debe influir en la medida del injusto o por lo menos de culpabilidad[94] y, por ende, debe considerarse relevante para la medición de la pena. Si se entiende el marco penal como un conjunto de submarcos dividido en diferentes subtipos penales, lo que de aquí se sigue es que algunos tipos estaban justificados y otros no y, por ello, sólo se responde por lo que resta de injusto, por aquella parte o aquellos subtipos no justificados.

Otros elementos cuya relevancia para el injusto no se discute (aunque sí su ubicación sistemática), deberán también ser mensurados aquí. El consentimiento es considerado normalmente una causa de justificación, aunque hay una nueva tendencia a considerarla una circunstancia que elimina ya el tipo[95]. En cualquier caso, la configuración de una situación similar a la del consentimiento, o la del consentimiento mismo, aunque éste no sea decisivo para la existencia del injusto, debe contar igualmente para la medición de la pena. HILLENKAMP, en la segunda parte de su obra, «Hecho doloso y conducta de la víctima» (1981[96]), trata este tema y situaciones similares, dando como fundamento de la atenuación de la pena la proximidad de ciertas situaciones a lo que se considera normalmente una causa de justificación[97]. Un ejemplo en este sentido es el caso del «consentimiento» dado por un menor para tener relaciones sexuales. Si bien por su condición su consentimiento carece de relevancia para el «sí» de la pena, esta circunstancia debe ser considerada, porque se acerca a la del consentimiento, lo cual ubica a la conducta del autor en un nivel de menor merecimiento de pena, de aquel que con engaño o violencia somete a un menor a los mismos hechos[98].

La culpabilidad en sentido estricto es el segundo gran factor que cuenta para la existencia de un delito. La esencia de la culpabilidad en materia penal es, en palabras de ROXIN, «un tema eterno del Derecho penal» que está expuesto a dudas que nunca serán despejadas[99]. Pero este problema puede ser dejado de lado a los fines que aquí interesan. Lo esencial, ahora, es saber que la culpabilidad es lo que permite atribuirle al autor el hecho que ya es considerado, en mayor o menor grado, socialmente dañoso. Cualquier concepto de culpabilidad parte de la idea de responsabilidad individual y pretende determinar si, de acuerdo a las características del autor o su situación concreta, el hecho le puede ser reprochado. Dejando de lado este lugar común, aún pueden distinguirse dos grandes formas de concebir la culpabilidad. Ésta puede ser entendida simplemente como un elemento que posibilita la imputación del ilícito (en donde hay una identidad en entre el presupuesto básico de atribución de responsabilidad y reproche) o también como un elemento de la teoría del delito que, además de dar cuenta de

---

[94] Si esto debe repercutir en el injusto o en la culpabilidad y en qué medida es algo que depende, en gran parte, del fundamento de la justificación de la conducta en estado de necesidad. Si su fundamento es puramente utilitarista, entonces, al haber un daño menor cuando el hecho tiene una justificación parcial, esto implica una disminución de la dañosidad social del hecho. Si, en cambio, su fundamento radica en un deber de solidaridad por parte del tercero que ve, por ejemplo, un detrimento de su patrimonio, la fundamentación de la atenuación se deberá buscar en la culpabilidad o no encontrará justificación alguna. Pues el deber de solidaridad sólo *nace* cuando el riesgo para el bien jurídico del autor es realmente intenso. *Cfr.,* al respecto, HÖRNLE (n. 6), 294 y ss.

[95] *Cfr.,* al respecto, ROXIN (n. 10), 13/1 y ss. en especial 12 y ss.

[96] T. HILLENKAMP, 1981, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen: Otto Schwartz & Co, 211 y ss.

[97] En especial las páginas 242 y ss., 269 y ss.

[98] HILLENKAMP (n. 96), 243 y ss.

[99] ROXIN (n. 34), 147.

la estructura principal, tiene un contenido material propio (sólo una parte de la culpabilidad está relacionada con la atribución del hecho cometido, mientras otra parte tiene una explicación diferente)[100].

Esta segunda comprensión de la culpabilidad es denominada de actitud interna o de ánimo *(Gesinnungsschuld).* De acuerdo a ella, al sujeto se le reprocha, además de su ilícito, su actitud interna presente en el hecho. De esta forma, dado que se puede reprochar la actitud del sujeto que no se refleja en la modalidad del hecho concreto (de otra forma será un elemento del injusto), la culpabilidad puede fundamentar espacios o montos de pena de manera independiente a aquél. Ella misma es un elemento que se puede *sumar* al injusto como elemento determinante de la pena. Esta concepción, sin embargo, se encuentra en crisis y por buenas razones[101]. No es éste el lugar para explayarse al respecto, baste con decir que tiene serios inconvenientes para encontrar un lugar en un Derecho penal liberal, por su ostensible vinculación con un Derecho penal de autor (*cfr.* también *infra* 5).

Por el contrario, si por culpabilidad se entiende sólo un proceso de imputación, únicamente interesa saber si el sujeto que actuó en contra de la norma la conocía o podía conocerla y si tenía normalidad motivacional. En la culpabilidad se analiza, entonces, sólo la posibilidad de poder atribuir el injusto al sujeto, es decir, hacerlo responsable por lo que ha hecho[102]. Entendida de esta forma, la culpabilidad no puede fundamentar montos de pena de manera separada del injusto. O bien se atribuirá el ilícito penal de manera completa o bien se lo atribuirá de manera parcial (debido a dificultades que haya presentado para poder seguir la norma o conocerla) o bien no se le atribuirá en absoluto, pero la culpabilidad no cumplirá ninguna función fundamentadora que no se encuentre en relación con el ilícito cometido. En palabras de HÖRNLE: «Las graduaciones de la medida de la culpabilidad sólo son posibles en una dirección: en caso de concurrencia de causas de disminución de la culpabilidad, pero no en forma de incremento de la medida de al culpabilidad»[103]. Así, no se habla ya de «máxima culpabilidad», sino de «culpabilidad completa»[104].

### *4.2.3. Posibles dificultades prácticas de una postura dogmática de la determinación de la pena*

Esta propuesta es criticada por ser poco realista[105]. Existen infinitas graduaciones posibles de los factores relevantes para el injusto y la culpabilidad y demasiadas combinaciones imaginables entre ellos. Esto hace muy difícil determinar cuál medida de pena se corresponde con la conducta evaluada. Además, la escala penal es un continuo y ante dos fundamentaciones bien estructuradas de la responsabilidad penal, que lle-

---

[100] Fundamental al respecto HÖRNLE (n. 22), 37 y ss.; también en 2003, «Kriterien Kriterien für die Herstellugn von Tatproportionalität», en FRISCH/VON HIRSCH/ALBRECHT (comp.), *Tatproportionalität,* Heidelberg: C. F. Müller, 99, 123 y ss.

[101] *Cfr.* HÖRNLE (n. 22), 39 y ss.

[102] SCHÜNEMANN (n. 79), 160.

[103] HÖRNLE (n. 22), 54 y ss.

[104] STRENG (n. 34), 1423.

[105] STRENG (n. 34), 1461

guen a montos de penas próximos pero diferentes, será difícil, si no imposible, determinar cuál de las dos penas es la correcta o la que más plausibilidad tiene.

Esto es cierto, pero, obviamente, no es un problema exclusivo de esta teoría ni lo que aquí se quiere desvirtuar. Esta vaguedad la comparte cualquiera de las construcciones antes señaladas. Sólo existen márgenes de plausibilidad de penas correctas, lo que fue demostrado por la teoría del espacio de juego y que no es poco. Pero lo positivo de este punto de vista no es que elimine esa vaguedad intrínseca al problema de la proporcionalidad, sino que deja bien claro qué es lo que el juez puede considerar relevante para la determinación de la pena y qué no, *no admitiendo argumentos que no tengan que ver exclusivamente con el ilícito y la culpabilidad*. De esta forma, se garantiza una distribución del castigo de acuerdo a principios de equidad «en la medida de lo posible»[106] y que se tienda a argumentar de esa manera.

Los argumentos que no tienen un soporte categorial en la teoría del delito, como lo son las necesidades de retribución o de prevención general o especial, se transforman en elementos ilegítimos para la medición de la pena y tienen un valor similar a otros factores que ya se encontraban excluidos incluso en las teorías criticadas precedentemente. Así, por ejemplo, para una teoría de base exclusivamente utilitarista la nacionalidad del sujeto no puede ser relevante de por sí para medir la pena. Aun así, aquí tampoco existen posibilidades de control estricto de que el juez no se haya dejado llevar por su xenofobia. Eso supondría la determinabilidad exacta de las necesidades preventivas, lo que dista de ser posible. Sólo sabemos que él no puede usar ese argumento válidamente y que, ante circunstancias iguales, es decir, ante las mismas necesidades preventivas (en este caso más difíciles de controlar que en un sistema de base exclusivamente dogmática), debe resolver de la misma manera aunque el acusado no sea un extranjero[107].

### *4.2.4. Otras ventajas en relación a otras teorías de determinación de la pena*

(a) Prevención general y prevención especial como criterios exclusivos de determinación de la pena tienen dos deficiencias en común. (1) Admiten que se sancione al sujeto por encima de la culpabilidad. Esta posible crítica es consabida, pues en la medida en que la pena se determina en base a necesidades empíricas concretas, no hay ninguna razón lógica para suponer que habrá alguna coincidencia entre culpabilidad y prevención, que pase de ser casual. Pero, además (2) ambas violan la autonomía de las personas en el siguiente sentido: no se puede hacer un cálculo de las consecuencias del acto. Las necesidades de pena se determinarán siempre *ex post* y, por ende, no pueden ser calculadas por el autor. Es claro que es poco realista pensar que quien está por cometer un delito hará un cálculo exacto de las consecuencias jurídicas de su acto. De todas formas, a éste le debe ser posible hacerlo. Si bien el autor tiene prohibido cometer el hecho, en el caso que se decida por ello no sólo debe poder conocer que será penado, sino también con qué intensidad. Esto, en general, debería considerarse parte del principio de legalidad cuando se habla de las escalas penales. Con nuestra postura eso

[106] HÖRNLE (n. 6), 70 y 147 ss.
[107] FRISCH (n. 52), dice que sólo quedan para estos casos «determinadas reglas de procedimiento».

se puede profundizar mucho más, posibilitándole al autor hacer un cálculo más preciso de las consecuencias de sus actos.

Quizás valga la pena también hacer la siguiente aclaración. La autonomía que resulta violada en este caso difiere de la que se viola exclusivamente con la determinación de la pena basada exclusivamente en criterios de prevención especial. Una pena determinada sólo de esa manera viola la autonomía de los individuos en el sentido de que estimula ciertos *modos de vida* —independientes del hecho cometido— en detrimento de otros. A lo que se hace referencia ahora es a la posibilidad de elegir qué sanción se quiere padecer con el *acto* a realizar. Quien sale a robar debe saber en qué caso recibirá más pena, si usa un palo o un cuchillo, para elegir qué riesgo quiere correr. La prevención especial como criterio exclusivo para fijar la pena viola ambas clases de autonomía.

(b) En relación a la teoría de la «culpabilidad como límite máximo», que pretende combinar culpabilidad y prevención, presenta la ventaja de que impide la manipulación *expresa* de argumentos. En efecto, para que la culpabilidad pueda funcionar realmente como límite máximo, ese límite se debe poder precisar. Pero resulta que esto es tremendamente dificultoso, como lo demuestran las discusiones acerca de la relevancia del resultado para el concepto de delito, en donde afirmar que el resultado aumenta la necesidad de pena y, con ello, permite superar ilegítimamente el límite de la culpabilidad y afirmar lo contrario, esto es, que la ausencia de resultado es la que disminuye la necesidad de pena de un hecho ya adecuado a la culpabilidad, es igualmente plausible. Los contrincantes en esta discusión no tienen ningún punto en que pararse para demostrar quién lleva razón. Todo dependerá, al final, de qué se haya dicho primero. Con ello se pueden introducir encubiertamente justificaciones de montos de pena en base a factores no legítimos. En la medida en que para la propuesta aquí defendida esos argumentos no cuentan en absoluto, no hay posibilidad de manipulación expresa alguna.

## 5. EL PROBLEMA DE LOS MOTIVOS PARA DELINQUIR

Como ejemplo de lo fructífera que puede ser una teoría como la aquí defendida, vamos a analizar el problema de los motivos para delinquir. Su valoración representa posiblemente uno de los obstáculos más fuertes a una reconstrucción dogmática liberal de todos los elementos enumerados por el legislador como relevantes para la medición de la pena, pues resulta extremadamente dificultoso encontrar su relación con un Derecho penal de acto donde todas las reglas relevantes para la determinación de la pena deben considerarse normas de conducta.

Es claro que explican la génesis del delito[108], pero de ello no se sigue nada. También explica la génesis del delito cometerlo por motivos altruistas y estos motivos no constituyen una agravante. Los motivos abyectos sí configuran una génesis moralmente deplorable, seguramente conforme a la moral positiva y crítica[109]. Pero todos sabemos que no es tarea del Derecho liberal mejorar la situación moral de sus ciudadanos.

[108] H. MARCHIORI, 1983, *Las circunstancias para la individualización de la pena*, Córdoba: Lerner, 41.
[109] BGHSt (sentencias del Tribunal Supremo Alemán en asuntos penales), 3, 132

Constituye un lugar común, no obstante, afirmar que si bien la motivación inmoral por sí sola no puede ser objeto de una prohibición, sí puede ser valorada cuando se haya cometido un ilícito cuya prohibición se encuentre justificada de otra manera[110]. Sin embargo, si se sostiene, como aquí se hace, que para la medición de la pena sólo pueden contar los elementos relevantes para la teoría del delito, con esta constatación no se gana nada. En palabras técnicas, el subtipo por el cual se agrava un delito por la inmoralidad del motivo del agente sería un subtipo iliberal y, por ende, inaceptable.

Es común, asimismo, que se confundan los niveles de análisis al vincular los motivos directamente con la dificultad de ganarse el sustento. DEMETRIO CRESPO afirma que la motivación indica la posibilidad de poder motivarse de otra manera del agente[111]. En el mismo sentido, ZAFFARONI señala: «La motivación es la base del reproche de culpabilidad por el acto: el motivo funda un mayor o menor reproche en razón directa con [la intensidad de su aberración y] el grado de escogimiento o ámbito de autodeterminación constelacional concreta»[112], pues «la esencia de la misma es, precisamente, haber podido motivarse de otra manera»[113].

Pero, en realidad, se trata de dos cuestiones independientes. La dificultad para ganarse tiene un doble fundamento reductor. Por un lado, su proximidad al estado de necesidad implica una reducción del injusto y, por el otro, puesto que significará una reducción del ámbito de libertad del sujeto, constituye una reducción de la culpabilidad[114]. Por el contrario, motivos socialmente valiosos no implican, necesariamente, un menor ámbito de libertad del sujeto. De la misma manera, motivos abyectos no implican, forzosamente, más autonomía para decidir. Obrar por un motivo altruista, patriótico o para defender el honor no implica más apremio, aunque no lo excluya. Obrar por odio racial o religioso o por codicia no implica más autonomía e incluso es posible que en la mayoría de los casos suceda justamente lo contrario.

Otra justificación posible de los motivos está relacionada con el injusto. Con un concepto de injusto basado en el reestablecimiento del valor contenido en la norma jurídica los motivos pueden ser relevantes. Si lo que se quiere proteger con la prohibición de, por ejemplo, matar, es el valor vida y no la vida de un sujeto concreto, el obrar por codicia legitima el uso de una pena de mayor intensidad. El valor vida resulta más cuestionado cuando se obra por motivos tan viles como la codicia o el placer y, en consecuencia, sólo una pena más fuerte puede volver las cosas a su estado anterior[115]. Pero si

---

[110] CLARK (n. 41), 134 y ss.; SANCINETTI (n. 89), 342 y ss.

[111] DEMETRIO CRESPO (n. 85), 336; similar C. LURATI, 2004, «La intervención de un menor y el uso de armas como agravantes en la parte general», en E. A. DONNA (cord.) *Reformas penales,* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 43, 51

[112] ZAFFARONI (n. 12), 1035 y 1051. Aquí ZAFFARONI ha dicho dos cosas que deben ser analizadas independientemente. Una, que hace referencia a la intensidad de la aberración del motivo y otra que se vincula con la «libertad» para actuar. Aquí se hace referencia sólo a lo segundo. De allí los corchetes que señalan lo que no debe leerse en esta afirmación

[113] ZAFFARONI (n. 12), 1052 llega incluso a relacionar esto con el problema del error, pero esta vinculación un tanto sorprendente no puede ser analizada aquí.

[114] *Cfr.* J. DE LA RÚA, 1997, *Código Penal Argentino*, Depalma, 709; O. BREGLIA ARIAS y O. R. GAUNA, 2003, *Código Penal y leyes complementarias*, 6.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 362. En el mismo sentido HART (n. 18), 16; STRENG (n. 34), 1435; SCHAFFSTEIN (n. 34), 110.

[115] SCHÜNEMANN (n. 73), 182; B. HAFFKE, 1978, «Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie», *GA,* 33, 48; JAKOBS, 1969, «Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönliche Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB», *NJW,* Heft 12, 489, 490.

lo que se quiere lograr con la pena es proteger un bien jurídico tangible, la voluntad de vivir de un sujeto concreto, y no el valor vida como una entidad abstracta, el motivo vil no parece agregar nada. La conducta no es objetivamente más riesgosa y el resultado tampoco es más grave. El conocimiento de la realización del estado de cosas que se quiere evitar no tiene por qué ser mayor o menor en estos casos. Tampoco aumenta la intención. No hay más intención de matar, por ej., que al hacerlo porque el otro sea simpatizante o hincha de otro equipo que hacerlo para enarbolar la bandera de la libertad. La intención no cambia.

SILVA SÁNCHEZ afirma que la relevancia de los motivos para el Derecho penal está en su fuerza comunicante y admite que esto se diferencia completamente de la concepción de un injusto dirigido a la protección de bienes jurídicos. Pero afirma que ésta es la única forma de dar cuenta de los motivos[116], pues, como se dijo, en principio, no tienen incidencia ni en la culpabilidad ni el injusto entendido como se ha descrito en este trabajo. Pero esta afirmación de SILVA SÁNCHEZ parece la claudicación de un sistema que sigue la estructura de la dogmática por todas sus ventajas y, para nosotros, una excepción al respeto del principio de igualdad. Quizás sea en estos casos, justamente, donde tiene sentido seguir aferrado a la dogmática, porque aquí es donde se ve su fuerza y sentido con mayor claridad. De hecho, el estado de sospecha también comunica, y (casi) nadie está dispuesto a sancionar sólo por ello. Las conductas preparatorias o la peligrosidad del sujeto también comunican y (casi) nadie está dispuesto simplemente por ello a penar. Siempre se debe pasar por el filtro de la legitimidad[117].

## 6. CONCLUSIÓN

La dogmática ha desarrollado y discutido durante años acerca de los presupuestos de un castigo legítimo, con resultados ostensiblemente positivos. Sin embargo, su vinculación con la determinación de la pena no ha tenido lugar sino en los últimos años.

La vinculación de la dogmática a la determinación de la pena ya debió tener lugar con la idea de la «culpabilidad como límite máximo», pues para saber cuál era el máximo se debía tener claro que contaba para la «culpabilidad». Pero un esfuerzo más fuerte surge de la idea de igualdad, que además de su valor moral inmanente evita fundamentaciones encubiertas de pena. Asimismo, con esta teoría se maximiza la posibilidad del sujeto de desarrollar su plan de vida debido a que puede conocer con cierta precisión las consecuencias de sus actos.

Si esto se acepta, si se considera correcto respetar el principio de igualdad, entonces cada segmento de pena sólo puede fundamentarse en criterios legítimos en base a los argumentos dogmáticos. Qué debe contar como castigo legítimo y qué no es un tema

---

[116] SILVA SÁNCHEZ (n. 19), 9, 11 y ss.

[117] Como afirma(ba) JAKOBS: «Naturalmente es perturbador saber que varias personas han concertado un delito [o que obran por ciertas motivaciones]; pero también perturba saber que alguien está reflexionando sobre la ocasión favorable para cometerlo o que alguien prepara con precisión, como autor único su comisión; a pesar de ello, las dos variantes de actos preparatorios últimamente citados están, en todo caso, exentas de pena…». *Cfr.,* «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho penal,* Madrid: UAM CIVITAS, 1985, 293, 306.

[118] *Cfr.* mi tesis doctoral, en elaboración, *Los motivos en la determinación de la pena.*

arduo. La inmensa bibliografía al respecto lo demuestra. Lo importante aquí es lo siguiente*: no se pueden fundamentar segmentos de pena sin recurrir a las categorías dogmática con el consiguiente esfuerzo argumental*. No se puede remitir a necesidades preventivas, de la índole que sean, como un argumento suficiente, ni para agravar ni para atenuar la pena.

Es posible que, por ejemplo, los motivos cuenten para la determinación de la pena [118], pero la argumentación deberá ser más sofisticada que la simple remisión a la manipulable «necesidad de pena» que se desentiende del merecimiento y de la necesidad moral de una distribución equitativa del castigo. De la imposibilidad de esa simple remisión se trata este trabajo.

# PARALOGISMOS. UNA CONTRIBUCIÓN DE C. VAZ FERREIRA AL ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN FALAZ *

Luis Vega Reñón **

*UNED*

**RESUMEN:** En recuerdo del 50.º aniversario de C. VAZ FERREIRA (†1958/2008), me propongo, primero, mostrar la singularidad de su idea del *paralogismo* dentro de la tradición de las falacias, debida no sólo a su peculiar marco «psico-lógico» de planteamiento, sino a su concepción del paralogismo como un proceso o estado de confusión y una fuente de errores mentales y cognitivos antes que discursivos; y segundo, trasladar esta idea al campo actual de la argumentación para aprovechar su poder de sugerencia. Pues la contribución de VAZ FERREIRA no se limita a la lúcida exploración e ilustración del paralogismo como una dimensión del discurrir falaz, antes de él apenas entrevista, sino que además abunda en sugerencias dignas de tenerse en cuenta en la discusión actual en torno a la argumentación falaz.

**Palabras clave:** C. VAZ FERREIRA, falacias, paralogismo, errores mentales y cognitivos, argumentación.

**ABSTRACT:** In memory of the 50th anniversary of C. VAZ FERREIRA (†1958/2008), I intend (1) to show the singularity of his idea of *paralogism* inside the fallacy tradition, due not only to his «psychologic» frame of approach, but to his conception of the paralogism as a process or state of confusion and a source of mistakes rather mental and cognitive than discursive; and (2) to translate this idea to the present-day field of argumentation to take here advantage of its power of suggestion. VAZ's contribution is not confined itself to the lucid exploration and illustration of the paralogism as a dimension of fallacious reasoning barely glimpsed before him, but it also abounds with hints worth being born in mind in our current discussions about fallacious argumentation.

**Keywords:** C. VAZ FERREIRA, fallacies, paralogism, mental and cognitive mistakes, argumentation.

* Fecha de recepción: 28 de junio de 2008. Fecha de aceptación: 31 de julio de 2008.

** Trabajo realizado en el marco del proyecto HUM2005-00365, financiado por el MEC.

En 2008 celebramos el 50.º aniversario de la publicación de dos obras fundacionales de la teoría actual de la argumentación: *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique* de Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, y *The uses of argument* de S. TOULMIN [1]. Por una —digamos— «ironía de la historia», a principios de ese mismo año en que nacía la teoría de la argumentación, 1958, moría en Montevideo C. VAZ FERREIRA, uno de los padres de la filosofía latinoamericana contemporánea y seguramente el más lúcido analista de la argumentación falaz que hemos tenido en nuestra lengua y cultura hispanas. Puede que VAZ, a sus 85 años, muriera demasiado pronto y que nuestra teoría de la argumentación naciera demasiado tarde. Lo cierto es que no se encontraron y esto ha sido una pena por ambas partes: todavía hoy, la fina concepción del paralogismo que había avanzado VAZ en los años 1908-1910, en especial en (1910) *Lógica viva,* anda sin papeles por el mundo de las falacias, y no cabe dar con su nombre en las referencias y bibliografías al uso en Lógica informal, Teoría de la argumentación o Pensamiento crítico. De modo que a nadie le extrañará que aproveche el presente cincuentenario de la muerte de VAZ no sólo para hacer públicos sus méritos, sino para mostrar el poder de sugerencia de sus ideas —«larvas de ideas», según dijera de ellas UNAMUNO— sobre los paralogismos, y para resaltar esta dimensión del discurso falaz tradicionalmente oculta o preterida incluso en los manuales más al día —*e. g.* DAMER, 2005, y TINDALE, 2007.

## 1. FALACIAS, SOFISMAS Y PARALOGISMOS

La contribución más relevante de la *Lógica viva* es el estudio del paralogismo y el aporte más original es su concepción como un proceso o estado de confusión y una fuente de errores mentales y cognitivos antes que discursivos. Los paralogismos se han considerado tradicionalmente una especie del género de las falacias. Pero aquí no nos van a interesar como clases o tipos de discurso, pues no vamos a examinar catálogos o repertorios de falacias. Hoy día las falacias en general y los paralogismos en particular merecen atención no sólo o no tanto por sus servicios escolares, a efectos clasificatorios críticos o didácticos, como por su condición refleja y su significación sintomática, es decir: por su calidad de espejo de ciertas cuestiones y perspectivas básicas con que nos encontramos en la teoría actual de la argumentación. Pues bien, ¿qué puede indicarnos o sugerirnos la *Lógica viva* de VAZ FERREIRA a este respecto?

Antes de nada, recordemos las pretensiones que guían este libro: lo que ofrece son observaciones e ideas a tener en cuenta, pero no claves doctrinales de una teoría o de un sistema. Esta distinción entre «pensar por sistemas» y «pensar por ideas para tener en cuenta» es justamente una de las puntualizaciones que introduce la *Lógica viva:* al pensar por sistemas consideramos algo destinado a aplicarse o cumplirse en todos los casos; al pensar por ideas observamos o anotamos algo que conviene tomar en consideración cuando abordamos un caso o reflexionamos sobre el particular. Podemos emplear el primer procedimiento, recurrir a sistemas, si disponemos de todos los principios y hechos pertinentes sobre el asunto tratado, si los principios y los datos se dejan

[1] De las dos hay versión castellana: 1989: *Tratado de la argumentación: la nueva retórica,* Madrid: Gredos, y 2007: *Los usos de la argumentación,* Barcelona: Península.

integrar en un razonamiento general y si los casos estudiados son iguales u homogéneos, como ocurriría según VAZ en determinados marcos metodológicos, *e. g.* los propios de las matemáticas o de la mecánica. El otro es, en cambio, el procedimiento indicado cuando hemos de tratar con cuestiones de grado y de matiz, y con muestras concretas, dispares y particulares como los paralogismos de que vamos a ocuparnos. En nuestros días, la inadecuación de pensar por teorías generales o sistemas cerrados en este terreno parece aún más notoria que en tiempos de VAZ FERREIRA: desde 1970 cunde la impresión de que no hay ni ha habido una teoría general de las falacias e incluso algunos dudan de que pueda haberla. Sea como fuere, aquí seguiré el proceder de VAZ FERREIRA de hacer observaciones y apuntar sugerencias, sin ninguna pretensión de cerrar el tema sino, al contrario, con la intención de abrir nuevos frentes.

Partamos, para entendernos, de una noción genérica de falacia y de una visión comprensiva del campo tradicional de los sofismas y los paralogismos.

## 1.1

En nuestros usos comunes, *falacia* y *falaz* se dicen de acciones o cosas censurables que suelen envolver falsedad o engaño. Convengamos en aplicar estos términos a actividades lingüísticas o discursivas que tienen lugar en el contexto de una argumentación o con un propósito argumentativo[2]. También cabe recordar dos líneas de sentido del étimo latino de los términos castellanos, el verbo «fallo». *«Fallere»* significa: *1* Engañar o inducir a error. *2* Fallar, incumplir, defraudar. Seguiré esta pauta y consideraré *falaz,* en principio, el discurso que se presta o induce a error en un contexto argumentativo por ser falso, fallido o fraudulento. En términos más precisos: considero *falaz* la acción discursiva que pasa o se quiere hacer pasar por una buena argumentación —o al menos por mejor de lo que es—, y en esa medida se presta o induce a error pues en realidad se trata de un seudo argumento o de una argumentación fallida o fraudulenta.

También se ha hablado desde antiguo de «sofismas» y de «paralogismos»: un sofisma es un ardid deliberado o una argucia dolosa, mientras que un paralogismo es más bien un error involuntario, un fallo o un descuido. Los sofismas se cometen a sabiendas. En los paralogismos se incurre inadvertidamente. Ambos casos vienen comprendidos en la noción anterior: la falacia que pasa por lo que no es y en esa medida se presta a error sería un paralogismo, mientras que la falacia que queremos hacer pasar por lo que no es y en esa medida induce a engaño sería un sofisma. Esta distinción ya consta expresamente, por ejemplo, en el tratado *De fallaciis* (siglo XIII) atribuido a T. DE AQUINO, aunque no deje de haber atisbos e indicaciones anteriores.

---

[2] La imputación de «falaz» o de «falacia» puede aplicarse a diversos actos o productos discursivos como proposiciones (*e. g.* «el tópico de que los españoles son ingobernables es una falacia»), preguntas (*e. g.* «la interpelación capciosa "¿Ha dejado Ud. de robar?" es una conocida falacia») o argumentos (*e. g.* «no vale oponer a quien se declara en favor del suicidio un argumento falaz del tenor de "Si defiendes el suicidio, deberías tirarte por la ventana"». Supondré que los términos «falaz» o «falacia» se aplican primordialmente a discursos que son o pretenden ser argumentos. Por derivación, cabe considerar falaces otras unidades discursivas (proposiciones, preguntas, etc.) en la medida en que forman parte sustancial de una argumentación o contribuyen a unos propósitos argumentativos. Este contexto argumentativo —entre otros factores como el marco normativo de evaluación y el carácter censurable— también ayudaría a distinguir los casos falaces de otros fallos o errores como las ilusiones cognitivas en general (*cfr.* POHL, 2004).

Puestas así las cosas, propongo contemplar el campo de la argumentación como un terreno donde medran tanto las buenas como las malas hierbas. Entre las malas hierbas figuran las múltiples variedades de la argumentación falaz que cubren desde el yerro más ingenuo debido a incompetencia o a inadvertencia, en el extremo de los paralogismos, hasta el engaño urdido subrepticia y deliberadamente en el extremo opuesto de los sofismas. Hay, por cierto, variantes que se solapan o se muestran a veces graduales e indecisas, hasta el punto de que el espectro de la argumentación falaz parece extenderse como una especie de continuo. Pero estos grados y matices intermedios no borran la distinción y distancia entre ambos extremos, al igual que una gama de colores grises no difumina la diferencia entre el blanco y el negro.

**1.2**

Según otra presunción habitual de la tradición lógica, las falacias más relevantes son las que tienden al polo de los sofismas efectivos y con éxito, es decir las estrategias capciosas que logran confundir o engañar al receptor del discurso, sea un interlocutor, un jurado, un auditorio, el público. Por ejemplo, durante la pasada legislatura se adujo el siguiente dilema contra la política de entablar conversaciones con ETA: en el curso de las conversaciones, o el Gobierno pacta con ETA o no pacta con ETA; si pacta, se rendirá a sus exigencias y traicionará la sangre de las víctimas; si no pacta, se expondrá a nuevos atentados y más violencia. He ahí un sofisma. El estudio de los sofismas en el campo de la argumentación responde, entre otros servicios, a su penetración crítica. Gracias a esa idea de sofisma, podemos detectar no sólo el recurso a argumentos espurios como el dilema citado, sino la manipulación falaz de formas correctas de razonamiento —de modo análogo a como podemos reconocer el discurso que trata de engañar con la verdad[3]—. Dando un paso más, podemos advertir no sólo sus efectos perversos sobre la inducción de creencias o disposiciones, sino su contribución a minar la confianza básica en los usos del discurso. De hecho, el dilema anterior formaba parte de una estrategia de crispación que amenazó con pervertir —y a veces pervirtió— el discurso político. Pero su importancia también estriba en lo que unos sofismas cumplidos nos revelan acerca de la argumentación en general. En tales casos, la argumentación falaz se desenvuelve en un marco no sólo discursivo sino interactivo: para que alguien engañe, alguien tiene que ser engañado. La dualidad de sofismas y paralogismos presenta así una correlación de ambos: el éxito de un sofisma cometido por un emisor trae aparejada la comisión de un paralogismo por parte de un receptor, de modo que la complicidad del receptor es co-determinante de la suerte del argumento.

Por su parte, la consideración de los casos o estados paralogísticos también tiene una significación especial: si la importancia de los sofismas nos remite a la dimensión

[3] Recordemos, de paso, la fortuna del tópico de «engañar con la verdad» en las comedias de enredo, véase J. Roso, 2002: «Engañar a la manera de Lope. Apuntes sobre el recurso en la dramaturgia barrica», *Anuario de Estudios Filológicos,* 25, 445-460. «Engañar con la verdad» es, por otra parte, el título de una versión española —a cargo de Bretón de los Herreros— de *Les fauses confidences* (1738) de Marivaux. Por lo demás, el propio Aristóteles ya había advertido la existencia de usos falaces —por inadecuación al marco temático o metodológico involucrado— de silogismos válidos (*e. g.* en *Refutaciones sofísticas,* 169b21-23).

dialéctica y retórica de la argumentación —*e. g.* a la interacción y la inducción—, la de los paralogismos estriba en su dimensión epistémica o, más en general, cognitiva, y en sus relaciones con la idea de *error lógico* y con ciertas ilusiones «inferenciales» o «discursivas». Veamos una muestra de las que en psicología se han llamado «inferencias ilusorias» (JOHNSON-LAIRD y SAVARY, 1999):

Consideremos las siguientes aserciones referidas a una determinada mano de cartas (grupo de cartas repartido a cada jugador de un juego de baraja):

i) «Si en esta mano hay un *rey,* entonces hay un *as* o, en caso contrario, si hay una *reina,* entonces hay un *as* en esta misma mano».
ii) «Hay un *rey* en esta mano».

¿Qué se sigue lógicamente de i) y ii)?

La respuesta habitual en las pruebas con este test es que se sigue que hay un *as.* Bien sea por *Modus Ponens* a partir de la primera disyuntiva y ii), o bien, en todo caso, porque las dos condiciones pertinentes son la presencia de un *rey* o de una *reina,* y según i) tanto una como otra carta estaría acompañada por un *as.*

Es una respuesta errónea aunque nos parezca «natural». Se trata de una ilusión inferencial, según cabe mostrar a la luz del uso lógico del condicional: un condicional es falso si su prótasis es verdadera y su apódosis falsa; es verdadero en cualquier otro caso.

La aserción i) puede ser verdadera tanto en la condición *rey* → *as,* como alternativamente en la condición *reina* → *as.* En otras palabras, la disyunción es compatible con la falsedad de una de las dos condicionales que la componen. Así pues, el primer condicional puede ser falso. En este caso, por definición, dada la prótasis: «hay un *rey*», no se daría la apódosis: «hay un *as*»; y *Modus Ponens* tampoco sería aplicable. Por lo demás, nada asegura la presencia de una *reina* en la otra alternativa, ni la de un as: pues el condicional puede ser verdadero siendo sus dos miembros falsos. Por consiguiente, de i) y ii) no se sigue que haya un as en la mano.

El condicional es un operador lógico delicado que suele prestarse a errores o fallos[4], así como los cuantificadores o los operadores modales cuando se hallan incrustados. Pero VAZ FERREIRA discurría al margen de este tipo específico de fallos o dificultades que ponen en cuestión nuestra competencia lógica estándar, sean ilusiones inferenciales semejantes a las ilusiones ópticas, o sean paralogismos propiamente dichos, i. e. cometidos en un contexto o con un propósito argumentativos. Le importaban otros casos más comunes y ordinarios y, en este sentido, hay que reconocer que tanto la diagnosis como el estudio de ciertas modalidades y efectos deletéreos de los paralogismos usuales son méritos distintivos de su *Lógica viva.* Su significación no se deriva sólo de la frecuencia y de la «naturalidad» de los propios paralogismos, ni se debe solamente a las lúcidas observaciones de VAZ sobre algunas variedades típicas, como la falsa oposición, la falsa precisión, el trato erróneo de las cuestiones normativas como si fueran explicativas, o las trampas subyacentes en la sistematización del pensamiento o en el esquematismo del lenguaje. Su significación también estriba en la pro-

[4] De ahí que en las pruebas de razonamiento lógico para los candidatos a las facultades de Derecho en EEUU y Canadá, LSAT (Law School Admission Tests) abunden los casos de condicionales; véase *e. g.* D. M. KILLORAN, 2007: *LSAT Logical Reasoning Bible,* Milton Head Island (Canada): PowerScore.

yección del planteamiento «psico-lógico» de VAZ sobre ciertos aspectos de nuestras prácticas argumentativas a veces descuidados, como los cognitivos por ejemplo. Así pues, para apreciar esa significación como es debido, deberemos partir de una visión más general de las ideas de VAZ FERREIRA sobre la lógica y las falacias.

## 2. UNA APORTACIÓN TÁCTICA Y DOS SUPUESTOS ESTRATÉGICOS

Resumiré el legado de VAZ FERREIRA a este respecto en tres puntos principales: un giro digamos *táctico* y dos supuestos *estratégicos.* El giro *táctico* tiene que ver con su tratamiento de los casos considerados: consiste en abandonar la vía tradicional de los tipos y las clases de falacias para fijarse en los usos y las disposiciones falaces que presentan multitud de ejemplos tomados de la práctica común y cotidiana en diversos géneros de discurso público (*e. g.* periodístico, parlamentario, académico). Así pues, frente a la consideración lógica abstracta de cómo uno podría o debería equivocarse, la *Lógica viva* pasa a considerar cómo, efectivamente, la gente se equivoca y cómo se muestra de ordinario predispuesta a hacerlo. Ahora bien, este cambio táctico del foco de atención, este giro desde las falacias de catálogo hasta nuestras prácticas falaces, responde a ciertos supuestos estratégicos más innovadores y profundos.

Dos de estos supuestos merecen a mi juicio especial atención.

Uno guarda relación con la idea básica de paralogismo. Se funda en la revisión del análisis desarrollado por la *Lógica* de J. STUART MILL[5] de una nueva clase de falacias —que J. BENTHAM había avanzado en otro sentido—: las falacias de confusión o errores discursivos cometidos por un pensamiento confuso e indistinto como el que incurre inadvertidamente en ambigüedad, petición de principio o ignorancia de la cuestión; fallos casi insensibles que, una vez advertidos, pueden parecer sorprendentes en una mente despierta. Pero VAZ hace notar —y este un punto de perspicacia y originalidad— que no constituyen en realidad una clase determinada de falacias, sino un modo de caer en ellas, sea cual sea su clase. Dice: «habrá diversos modos psicológicos de caer en las falacias: sin razonar o casi sin razonar...; razonando muy confusamente, menos confusamente, y así por grados hasta el caso en verdad menos común del mal raciocinio distintamente concebido» (*Un paralogismo de actualidad,* 1908, en VAZ, 1979: p. 177). Por lo demás, su comisión no sólo revelaría incompetencia, poca inteligencia o falta de instrucción, pues tales paralogismos también pueden darse de forma incipiente, indecisa o aun prediscursiva en mentes preparadas *(ibídem).* Estas observaciones llevan a reconocer diversos modos de incurrir en usos —o de hallarse en estados— paralogísticos, en particular: *a)* un modo explícitamente discursivo; *b)* un modo confuso pero explicitable; *c)* un modo confuso e irreducible al discurso expreso o, al decir de VAZ, «sub-discursivo», que según él sería por cierto el más común y característico[6].

El segundo supuesto, de carácter más general, responde a una profunda convicción formulable en estos términos: «lo que expresamos es una mínima parte de lo que

[5] Véase MILL, 1917: libro V, cap. II, §2, pp. 730-31, y cap. VII, pp. 806-831.
[6] Véase PALLADINO, 1962: en especial pp. 170, 173.

pensamos y lo que pensamos es una mínima parte de lo que psiqueamos "es decir, de lo que vivimos intelectual, sensitiva y afectivamente"»[7]. De este supuesto se desprende un par de ideas básicas de la «Psico-Lógica» de VAZ: por un lado, i) ni los esquemas verbales, ni menos aún los patrones lógicos, pueden imponerse y ahormar los procesos psicológicos; por otro lado, ii) hay una lógica pre- o sub-discursiva ignorada o desatendida por la lógica tradicional. Ambas ideas se oponen a la pretensión clásica del análisis lógico de atenerse estrictamente al razonamiento expreso (VAZ, 1945: p. 190) y a la concepción tradicional de los sofismas como falacias clara y distintamente concebidas (VAZ, 1979: pp. 176-177). Frente a esta idea canónica y precisa del sofisma, los paralogismos que a VAZ FERREIRA le importa detectar y examinar vienen a ser unos procesos «psíquico-lógicos» por los que caemos o nos encontramos en estados de neblina que tiñen, velan o enturbian nuestra mente, «nos impiden ver y pensar con justeza» (1945: p. 135)[8].

Valga como ejemplo el paralogismo de la *falsa oposición.* Según VAZ: «Es una de las falacias más comunes, y por la cual se gasta en pura pérdida la mayor parte del trabajo pensante de la humanidad, la que consiste en *tomar por contradictorio lo que no es contradictorio;* en crear falsos dilemas, falsas oposiciones. Dentro de esta falacia, la muy común que consiste en *tomar lo complementario por contradictorio* no es más que un caso particular de ella, pero un caso prácticamente muy importante» (1945: p. 11, cursivas en el original). Por otra parte, este paralogismo puede presentarse bajo formas no solo burdas y evidentes, sino celadas y sutiles. Así, tras ofrecer unas primeras muestras flagrantes de disyuntivas forzadas o indebidamente excluyentes, VAZ hace notar: «Ahora, debo advertirles que, en la mayoría de los casos prácticos, nuestro paralogismo no se ve tan claramente. En la realidad, lo que hace la falacia de falsa oposición es, sobre todo, confundir más o menos, como *sombrear* las cuestiones» (1945: p. 18). Nos encontramos, en definitiva, ante un paralogismo de confusión típico.

En la *Lógica viva,* la falsa oposición presenta tres variedades principales: 1) una muy genérica consiste en tomar por opuestos contradictorios dos extremos que son más bien contrarios o simplemente dispares pero no irreconciliables; las otras dos, más específicas, son 2) el falso dilema que juzga excluyentes entre sí unos casos complementarios, y 3) el descarte empeñado en tratar como incompatibles los factores o elementos concurrentes en un caso complejo (VAZ, en otros momentos y lugares, también se ocupará de otros paralogismos relacionados con la contradicción y de otros casos distintos de contraposición, por ejemplo, entre ideales que llama «interferentes», *i. e.* fines que interfieren entre sí o valores en conflicto irreducible).

La modalidad primera (1) no parece atraer especialmente la atención de la *Lógica viva,* aunque la historia de la filosofía viene cargada de ejemplos a partir del paradigma de falsa oposición que representan los primeros versos de la revelación de la diosa en el Poema de Parménides. Recordemos que, a juicio de Parménides o a tenor de lo que

---

[7] *Cfr.* el prólogo de M. CLAPS a la edición de VAZ, 1979: p. xxii.

[8] En ocasiones, VAZ lamenta verse obligado a esta suerte de expresiones metafóricas para dar cuenta de los fenómenos confusos e innominados aludidos: «Me desespera tener que usar estas metáforas ("teñir", "velar", "enturbiar", etc.): el lector querrá interpretarlas de acuerdo con la buena psicología» (1979: p. 177). *Cfr.* también una acotación en análogo sentido a propósito de lo que, en otro contexto, denomina «instinto lógico» o «buen sentido hiperlógico» (1945: p. 194, n. 1).

la diosa declara, sólo cabe concebir dos caminos de investigación acerca del ser: i) que es y no es posible que no sea, *i. e.* la vía de la verdad bien redonda, y ii) que no es y es necesario que no sea, *i. e.* la vía de lo absolutamente incognoscible e inescrutable (28 B 2, 3-5). Luego, en conclusión, no queda sino un único camino pensable o practicable, que es y no es posible no ser (28 B 8 1-2). Pero ni que decir tiene que, entre los dos extremos contrapuestos, caben efectivamente otros casos no considerados, como el de que no es necesario que sea y el de que no es necesario que no sea; casos que abren, en suma, la vía de la contingencia frente a las dos vías anteriores de la necesidad de ser y la necesidad de no ser. Así pues, lejos de ser contradictorios los extremos iniciales de lo que es y lo que no es, no pasan de resultar —dentro de su imprecisión— contrarios y, en definitiva, no llegan a determinar esa suerte de silogismo disyuntivo que el Poema pretende: no establecen la disyunción excluyente sobre la que Parménides quiere sentar, dada la imposibilidad e inaceptabilidad absoluta del no ser, la imperiosa necesidad del ser[9]. De ser cierta la significación fundacional que suele reconocerse al Poema de Parménides, cabría pensar que el primer paso histórico de la filosofía es un tropiezo en un paralogismo.

Frente a la ausencia de muestras y análisis de paralogismos de este tipo, debida quizás a su carácter más escolar y abstracto, VAZ prodiga detalles y ejemplos a propósito de las otras dos modalidades específicas. Una buena muestra de los paralogismos excluyentes de tipo (2) podría ser la generada en torno a una propuesta que avanzara él mismo en el Consejo Universitario: VAZ proponía hacer obligatoria durante el Bachillerato la lectura de obras originales, prestadas por la Universidad, para familiarizar a los estudiantes con los grandes autores y elevar el nivel de enseñanza. La propuesta suscitó una discusión entre los colegas que compartían ambos objetivos pero discrepaban de los medios y medidas al respecto: uno alegaba que el verdadero procedimiento para ese fin era organizar conferencias; otro se oponía señalando que el procedimiento indicado consistía en que fueran los profesores quienes hicieran las lecturas en clase. «Y así continuaron varios miembros del Consejo proponiendo procedimientos, cada uno de los cuales, para el que lo proponía, era el *procedimiento,* el único que debía adoptarse» (1945: pp. 26-27). Pero es evidente que muchas de las medidas propuestas, lejos de ser excluyentes entre sí, podían resultar complementarias. Con todo, el desenlace fue el peor posible: en vista del cariz irreconciliable de la discusión, no se adoptó ninguna medida.

Por otro lado, una buena ilustración de los paralogismos de falsa oposición de tipo (3), que descartan los casos co-determinantes en atención al caso que se considera única o verdaderamente decisivo, sería la discusión que VAZ recoge y esquematiza en torno al problema del origen de las nacionalidades: «¿Qué *es lo que hace* verdaderamente una nacionalidad? —La raza, nos dice una escuela. —No, dice otra: las condiciones geográficas y geológicas. —Tampoco es cierto, dice una tercera: *lo* que hace las nacionalidades es la comunidad de religión. —Falso, dice una cuarta: *lo* que hace las nacionalidades es la comunidad de leyes. Y para otra será la comunidad de idioma, etc.» (1945:

[9] Por lo demás, la posibilidad —después reconocida (28 B 8 51 y ss.)— del parecer de los bicéfalos o aturdidos sobre lo que es y no es, se refiere a otro género de fenómenos, el cosmológico, y pertenece a otro dominio cognitivo y expresivo, el de las opiniones de los mortales. Es obvio que este reconocimiento, en vez de corregir o atenuar la contraposición de partida, se suma a ella y viene a suplementarla en este otro dominio.

pp. 40-41). Ahora bien, observa VAZ, la nacionalidad es «un algo» complejo y vago en cuya formación y explicación entran todos esos factores, aunque en proporciones distintas no sólo en general sino según los casos; así pues, quien sólo reconozca un factor y rechace la contribución o cooperación de los demás, «se condena fatalmente a pensar mal» (1945: p. 41).

La perspectiva analítica de VAZ sobre los paralogismos de falsa oposición tiene además otras dos peculiaridades importantes. Una estriba en la consideración de las relaciones mutuas o las posibles contaminaciones, digamos, entre diversos tipos de paralogismos, consideración que casa con la intención de tratar con disposiciones, usos o estados falaces concretos, antes que con clases generales o patrones abstractos de falacias. La otra peculiaridad consiste, en la atención prestada a sus proyecciones o secuelas tanto teóricas como prácticas, es decir: tanto en relación con las cuestiones planteadas o tratadas en el plano del pensamiento y del discurso, como en relación con los problemas a resolver o los asuntos a decidir en el terreno de la acción.

## 3. RECAPITULANDO: UN PERFIL DEL PARALOGISMO

Los paralogismos responden básicamente a este perfil: *a)* Dada su dinámica y concreta condición psico-lógica (*i. e.* psíquica y lógica), son procesos, estados o disposiciones normalmente detectables y evaluables por sus síntomas, efectos o secuelas, al menos en la medida en que pueden darse en un nivel pre- o sub-discursivo y pueden hacerse sentir antes que amoldarse a nuestros esquemas verbales y patrones lógicos. *b)* Conforman o inducen a confusiones, sesgos o distorsiones en las que se incurre con facilidad, y con menor, mayor y a menudo total inadvertencia. Se hallan muy extendidos y son difíciles de corregir, aunque algunos puedan parecer pueriles tras ser detectados. *c)* Desde un punto de vista lógico y cognitivo, constituyen no sólo errores sino fuentes de error con serias repercusiones tanto en el orden del pensamiento, como en el terreno de la acción —donde pueden conducir incluso a la inactividad—. En esta perspectiva, no representan fallos o errores esporádicos, sino más bien tendencias constitutivas de vicios.

Llegados a este punto, conviene recordar que los efectos o las secuelas de las disposiciones o procedimientos matrices también pueden ser, al menos en principio, no sólo negativos sino positivos. Cierto es que, en el balance final, prevalecen y son más graves los negativos, y por ello requieren mayor atención y un tratamiento especial. Pero VAZ no deja de reconocer ese doble signo de las fuentes de paralogismos y su doble proyección en usos legítimos e ilegítimos, estimulantes y perversos. El caso mismo de la oposición —del papel que los pares de contrarios desempeñan a veces como guía estructural de visiones del mundo y conceptualizaciones—, sería un buen ejemplo. De estas complejas condiciones de diagnóstico y evaluación se desprende que los juicios sobre los paralogismos han de ser respetuosos con su constitución indistinta y gradual por lo regular, y los dictámenes han de ser en correspondencia sutiles y ponderados. Más aún, al tratarse de cuestiones de grados y modulaciones que se dejan sentir antes que declarar, VAZ también creerá oportuno remitir su estimación y resolución a una suerte de instinto lógico o empírico (1945: pp. 192-194), o de buen sentido hiperlógico (1945: pp. 139, 192, 199), es decir, a una disposición o un hábito de sensibilidad, susceptible

de formación y refuerzo, que deberá acompañar al examen lógico y al ejercicio del razonamiento en todas las cuestiones de ese género[10].

## 4. IDEAS PARA TENER EN CUENTA

Pues bien, traslademos las ideas de VAZ desde su lugar psico-lógico de origen hasta el campo actual de la argumentación para considerar sus posibles sugerencias en este terreno.

### 4.1

Para empezar, propician una visión de la argumentación como una suerte de iceberg discursivo, cuya parte oculta o «sub-discursiva» es mucho mayor que la porción visible, el argumento explícito. Es una imagen ya establecida, pero que hoy nos conduce a la pragmática de las relaciones entre lo implícito y lo explícito antes que a la psicología supuestamente pre-lingüística o sub-lingüística de la *Lógica viva.* El trasfondo marino del iceberg de la argumentación no son precisamente las corrientes de la vida mental, sino más bien el tejido lingüístico de la comunicación y la conversación entre los agentes discursivos —donde el diálogo o la deliberación de uno consigo mismo, lejos de ser el caso paradigmático, es un caso derivado y límite—. Además, el reconocimiento y el control de unas disposiciones pre-discursivas como las supuestas se vuelven muy problemáticos en la medida en que tales disposiciones tengan que detectarse por introspección: la introspección no será un recurso muy efectivo para advertir los paralogismos debidos a inadvertencia o incompetencia. Más aún, para soslayar los sesgos del que emplea sofismas y las limitaciones del que cae en paralogismos, puede darse el caso de requerir el juicio de un tercero, mediación que presupone su expresión o trasunto lingüístico. Así pues, el traslado de las ideas de VAZ a nuestro tiempo comporta situar el paralogismo o las falacias en general en un nuevo marco: no consistirán ya en una disposición o un estado del espíritu, o en un modo de pensar —y menos aún de *psiquear*—, sino en actividades discursivas que tienen lugar en un contexto y con un propósito argumentativos (para dar cuenta y razón de algo a alguien, o para inducirle a creer o hacer determinadas cosas, por ejemplo). Todo lo cual supone, en fin, contar no sólo con las dimensiones «multiagenciales» —si se me permite la expresión a partir del neologismo «multiagentes»— e interactivas del discurso argumentativo, sino con las perspectivas pertinentes para su visión y reconocimiento, e.g. la dialéctica o la retórica, más allá de los aspectos lógicos y psicológicos en los que se detiene VAZ FERREIRA[11]. Aunque, para no incurrir en falsa opo-

[10] Así, por ejemplo: «Cuando hemos visto y pesado por el raciocinio las razones en pro y las razones en contra que hay en casi todos los casos, cuando hemos hecho toda la lógica (la buena lógica) posible, cuando las cuestiones se vuelve de grados, llega un momento en que una especie de instinto —lo que yo llamo el buen instinto hiper-lógico— es el que resuelve los casos concretos. Y sería bueno que la lógica no privara a los hombres de esta forma superior de buen sentido» (1945: p. 139). Se trataría de «una especie de instinto que sale de la experiencias general, que es como un resumen y concentración de la experiencia y que nos indica más o menos, que nos *hace sentir* aproximadamente cuál debe ser aquel grado más justo» (p. 193).

[11] Es sintomático que en las ocasiones en que advierte la incidencia de las maneras de *presentar* opiniones, planteamientos, ejemplos o argumentos, solamente se refiera a sus efectos psicológicos por contraste con

sición, esta perspectiva discursiva no implique la exclusión o la falta de pertinencia de cualquier referencia psicológica en el ámbito de la teoría de la argumentación y, menos aún, en el terreno del pensamiento crítico. De hecho, hoy en día ha renacido una suerte de ave fénix neo-psicologista bajo el nombre de «protológica» y la forma de una teoría cognitiva que postula la existencia de un módulo de competencia lógica pre- o sublingüística, garante de nuestra normatividad y racionalidad discursiva (vid. HANNA,2006).

**4.2**

Demos un paso más. Hoy en día, las referencias de VAZ a los paralogismos como errores o fuentes de error en el sentido de usos o disposiciones concretas, frente a la idea tradicional de unas clases o patrones generales de falacias, suscitan un punto delicado. Sea C un contexto discursivo dado: ¿cabe distinguir entre el *empleo falaz* de un argumento en C y el empleo de un *argumento falaz* en C? Una consecuencia de la distinción sería admitir, en el primer caso, la posibilidad de un uso falaz o paralogístico de un buen argumento, posibilidad no contemplada por quien se atenga únicamente al segundo caso. VAZ, a tenor de sus observaciones críticas al planteamiento de las falacias de confusión por parte de S. MILL y de su insistencia en los modos concretos de incurrir en usos o estados paralogísticos, apoyaría no sólo esta distinción, sino la prioridad del primer caso sobre el segundo. Una postura más radical, favorecida por la visión de la argumentación desde el punto de vista de la retórica, lleva a reducir el segundo caso al primero al sostener que los distintos usos de un mismo (patrón de) argumento conforman y determinan en realidad distintos argumentos en sus contextos de empleo. Pero, sin dar este paso reductor, también cabe reconocer la posibilidad de casos prácticamente indistinguibles o inciertos.

**4.3**

Sigamos. ¿Cabría pensar en las clases o tipos reconocidos de falacias como si fueran cristalizaciones de prácticas discursivas relativamente comunes y arraigadas, antes de pasar a su registro escolar en los manuales? Esta sugerencia casaría perfectamente con algunos rasgos de los paralogismos vazferreirianos: su comisión fácil y frecuente, por lo regular inadvertida; su arraigo y la dificultad de erradicarlos; su naturalidad, en suma.

Creo que además la idea podría rendir importantes servicios al estudio teórico de la argumentación falaz. Dos, en especial. Por un lado, contribuiría a explicar el atractivo y la capacidad de confusión o el poder de engaño que normalmente se atribuye a este género de discurso. Por otro lado, abriría una interesante perspectiva analítica en el tema de las falacias. Los dos descansan en un mismo supuesto básico: la consideración de los paralogismos como casos de mal funcionamiento de unas habilidades discursivas en las que solemos confiar. Un mal funcionamiento que, a la luz de la distinción tradicional de un principio entre paralogismos y sofismas, puede ser más bien endógeno y «espontá-

---

los lógicos, sin considerar su condición discursiva retórica —quizás bajo el influjo de una vieja idea de la oratoria—; *cfr.,* por ejemplo, 1945: pp. 94-95; 145-149, 176-177, 201.

neo», como el producido por el propio discurrir monológico de un agente, o más bien exógeno e inducido como el producido en un agente receptor por el éxito de una estrategia sofística de otro agente emisor del discurso. Pero un mal funcionamiento que, en todo caso, no es un fallo ocasional, sino que representa una tendencia con una inflexión o una inversión de signo: un modo de proceder que en ciertos contextos y con ciertos usos podría tener ciertas virtudes estimulantes, en otros ámbitos de aplicación y con otros usos pasa a constituir un vicio. Según esto, los paralogismos o las falacias en general, lejos de reducirse a meras disfunciones, constituyen confusiones habituales y errores de cierta trascendencia, amén de ser censurables como prácticas incorrectas; son vicios que piden corrección. Detengámonos un momento en este punto.

Si la idea de virtud, bajo la invocación de unas *virtudes intelectuales,* se encuentra hoy bien presente en epistemología, también podemos hallar en teoría de la argumentación, concretamente en el estudio de las falacias, una idea vagamente correlativa de *vicio discursivo* aunque no se llame así y se considere en una perspectiva más cognitiva que discursiva: según FOGELIN y DUGGAN, «bajo la denominación de "falacia" criticamos cualquier procedimiento para fijar creencias que tenga una propensión inaceptablemente alta a generar creencias falsas o infundadas en relación con tal procedimiento» (1987: p. 257). Pues bien, en este mismo sentido externo —es decir al margen de las disposiciones y circunstancias concurrentes en el argumentador—, cabría trasladar el lenguaje «fiabilista» de las virtudes y los vicios al campo de la argumentación. Aquí vendría a ser *virtuoso* un proceso o procedimiento discursivo que, sin ser infalible, conduce normalmente y en un marco adecuado de empleo a la adopción de creencias o resoluciones fundadas y razonables. Sería un procedimiento de argumentación fiable en la medida en que, aplicado del modo apropiado en las condiciones debidas, produce por lo regular más creencias o decisiones justificadas o acertadas que injustificadas o erróneas. Paralelamente, se entendería por *vicioso* o *viciado* en este contexto un procedimiento discursivo que, sin necesidad de ser deliberadamente perverso, conduce normalmente a la adopción o al mantenimiento de creencias injustificadas, o de actitudes infundadas o de resoluciones no razonables, según sea el asunto en cuestión. Tal sería el caso general de los paralogismos, mientras que algunos sofismas o estrategias falaces, en particular, supondrían un modo de proceder deliberadamente inductor, perverso y engañoso, de modo que por esta puerta se nos volverían a colar las relaciones de interacción y los agentes discursivos. Pero en todo caso será un proceso o un proceder vicioso el que determine el carácter viciado del producto, antes que a la inversa, como parecían indicar los antiguos censos de formas de falacias [12]. Ahora bien, el punto crítico no radica simplemente en si estos modos falaces de proceder violan alguna pauta, regla o condición del buen argumentar o del argüir como es debido, según cabe suponer desde una obstinada tradición escolar en torno a las falacias —pues aun concediendo que toda práctica falaz sea una mala práctica argumentativa, de ahí no se sigue que toda mala argumentación sea una falacia—. El punto más bien estriba en que esos procedimientos viciosos o viciados dan al traste con la calidad de la argumentación o de la confrontación, sesgan la interacción y obstruyen o deterioran su curso y su desenlace,

[12] Otras importaciones de la ética y de la epistemología de la virtud dejan al margen la vertiente fiabilista y destacan otros aspectos de la concepción tradicional de la virtud, como la atención preferente al agente argumentador antes que a sus obras. *Cfr.,* por ejemplo, ABERDEIN, 2006, y COHEN, 2007.

en el marco discursivo dado. Lo que está en juego, en última instancia, es la calidad y la conformación de nuestro discurso público. Y a este respecto las prácticas falaces en su contexto reclaman una vez más su entidad propia y prioritaria frente a la reglamentación o la estandarización de las falacias.

**4.4**

Recordemos, en fin, otro rasgo distintivo del tratamiento vazferreiriano de los paralogismos para aprovechar la que aquí habrá de ser una última idea a tomar en cuenta. Se trata del cuidado y la lucidez de VAZ a la hora de ponderar tanto algunas virtudes como los claros vicios que pueden anidar en las actitudes determinantes de paralogismos: así, no olvida el valor y el poder estimulante de la contraposición, la precisión o el pensar por sistemas, al menos bajo ciertas formas y en ciertos contextos, aunque luego se echen a perder y sus perniciosas secuelas arrojen un saldo negativo. VAZ, en esta línea, da a entender que sus usos viciosos o viciados provienen de alguna suerte de extrapolación, arrogancia o exceso que convierte un procedimiento prometedor en un sesgo ruinoso. Y esto puede ocurrir, por cierto, tanto con las buenas ideas como con las buenas observaciones [13]. La cuestión que entonces podría sugerir el discernimiento mostrado por VAZ en punto a las virtudes y vicios de los modos de proceder que dan en paralogismos, vendría a ser ésta: cómo es que ciertos procedimientos habituales posiblemente fiables y estimulantes, virtuosos, degeneran o se vician en ese mismo sentido discursivo y cognitivo.

No faltan en el entorno actual del estudio de las falacias indicaciones que pueden ayudarnos a situar esta cuestión en un marco teórico más básico y comprensivo. Nuestras habilidades como agentes discursivos forman parte de nuestras habilidades racionales como agentes, necesarias para nuestra supervivencia y nuestra calidad humana de vida. Estas habilidades tienen dos dimensiones o ámbitos de desempeño relevantes en el presente contexto: una cognitiva, relacionada con la información y su tratamiento, que viene a corresponder a la racionalidad teórica; otra estratégica, relacionada con el éxito de planes o proyectos y, en general, con nuestras actuaciones e interacciones con el entorno, que viene a corresponder a la racionalidad prudencial o práctica. Como agentes discursivos en una y otra dimensión, contamos con ciertos recursos, en especial información, tiempo y capacidad de procesamiento, de los que disponemos en un grado mayor o menor, aunque siempre limitado. Por ejemplo, si se trata de acometer y llevar a buen término empresas científicas o tecnológicas de cierta envergadura, una comunidad o una institución establecida dispondrá de esos recursos en mayor grado que uno cualquiera de sus individuos. Pero en todo caso, siempre dispondremos de ellos en grado limitado y habremos de actuar con información incompleta, falta de tiempo y di-

[13] Así, en la doctrina sistemáticamente naturista, «una idea excelente, como es la de seguir hasta cierto punto, hasta cierto grado, según los casos, las indicaciones naturales, ha sido echada a perder, y, en vez de ser ella un instrumento de verdad, se nos ha convertido en un instrumento de error; nos ha servido, por ejemplo, para destruir o para inhibir la acción de otras muchas verdades» (1945: p. 121). O a propósito de una posición higienista que llevara a sostener una teoría de la vacuna permanente por infección continua con microbios, «(U)na observación buena, excelente para haber hecho de ella un uso moderado y razonable, la hemos echado a perder y la hemos convertido en una causa de error, y de error funesto» (1945: p. 122).

ficultades de procesamiento —como las experimentadas, en el terreno específicamente discursivo, con condicionales, negaciones y cuantificaciones incrustadas, modalidades iteradas, probabilidades compuestas, etc.—. Así que nos veremos abocados, en el marco de una economía de recursos precarios, a situaciones de riesgo donde habremos de confiar en ciertas habilidades comprobadas en la ejecución de tareas, aunque nunca tengamos, por lo regular, el éxito asegurado. Confiaremos, por ejemplo, en polarizaciones y oposiciones para introducir cierto orden en la conceptualización del mundo o para aprovecharnos de la eficacia y la economía discursivas de pautas de argumentación como «el silogismo disyuntivo», aunque a veces nos confundan las falsas contraposiciones o se nos vaya la mano en categorizaciones de falsos opuestos, extrapolaciones y, como VAZ diría, «trascendentalizaciones» erróneas. O, por poner otro caso, seguiremos confiando en nuestra inveterada tendencia a generalizar, e.g. a efectos de identificación, previsión o prevención, aunque esto no deje de llevarnos a veces a generalizaciones precipitadas o indebidas[14]. Confiaremos incluso aunque las cosas se compliquen al movernos entre diversos contextos discursivos o cuando, por ejemplo, entremos en conflicto entre lo que no es razonable desde un punto de vista, pongamos el teórico o cognitivo, pero parece razonable desde otro, pongamos el punto de vista práctico o estratégico[15]. En esta perspectiva del fallo de funcionamiento o de una mala ejecución de nuestras habilidades discursivas, se explica fácilmente la naturalidad con que podemos caer en paralogismos, la dificultad de corregirlos e incluso la peculiaridad de que a veces, aun siendo casos de mal proceder discursivo, nos parezcan buenos: se trataría de una situación parecida a la de los procedimientos o los mecanismos familiares que se nos descomponen o, en nuestra torpeza, descomponemos, de modo que, en palabras de VAZ, echamos a perder una idea excelente y lo que podría haber sido instrumento de la verdad se convierte en instrumento del error (1945: p. 121). El problema es que, por lo regular y salvo en dominios restringidos de aplicación de algoritmos elementales y métodos efectivos, no disponemos ni de criterios a priori de prevención de deslices o descuidos, ni de pautas capaces de garantizar el éxito. Luego, hemos de aprender de nuestros errores, así como de nuestros aciertos. O, mejor dicho, hemos de aprender de nuestros errores en el marco de nuestros aciertos, porque de lo contrario puede que no sobreviviéramos el tiempo suficiente para seguir aprendiendo.

## 5. CODA

Hasta aquí, en la estela de la *Lógica viva* de VAZ FERREIRA, nos hemos ocupado de los paralogismos y, más en especial, de los paralogismos autoinducidos, aquellos en los

[14] J. WOODS ha insistido en este caso y en el de la estimación de probabilidades conjuntas. También propone reinterpretar las falacias tradicionales en este marco del funcionamiento precario y la actuación fallida de nuestras habilidades en la ejecución de tareas cognitivas (WOODS, 2004: pp. 8-15 y 351 y ss.).

[15] Por ejemplo, investigaciones experimentales sobre el aprendizaje han mostrado que las ratas, tras una mala experiencia con ciertos alimentos en determinadas circunstancias, los descartan en cualquier otra circunstancia: es una medida drástica que seguramente les depara más creencias falsas que verdaderas, pero puede contribuir a mejorar sus probabilidades de preservación y supervivencia (véase STICH, 1985). En un sentido análogo cabe apreciar la prudencia preventiva de la paloma que empolla sus huevos en *Alicia en el país de las maravillas* (cap. 5), cuando recela de la niña que ha caído del cielo culebreando, tiene el cuello largo y reconoce haber comido huevos, al tomarla erróneamente por una serpiente.

que el propio agente da en caer por confusión o por arrogancia o por inadvertencia. Pues bien, ¿las consideraciones y sugerencias avanzadas a este propósito pueden aplicarse no sólo al resto de los paralogismos cometidos de buena fe, sino extenderse hasta el otro extremo de los sofismas y generalizarse a toda suerte de falacias? Recordemos, sin ir más lejos, el último punto: cabe pensar que las disposiciones, condiciones o estados de confusión o inadvertencia que suelen propiciar los paralogismos típicos les hacen casi invulnerables o insensibles a las políticas sistemáticas de prevención o de erradicación. ¿Tendremos mejores expectativas de prevención y defensa cuando nos enfrentamos a tramas discursivas deliberadamente engañosas, a estrategias netamente sofísticas, a argucias expresas? A la luz de la situación dada en otros campos vecinos o afines —vista, pongamos por caso, la necesidad de servirse del «razonamiento por defecto» en múltiples contextos de acción e interacción discursiva, o de dejarse guiar por «heurísticos» en teoría de la decisión o, más en general, por presunciones y reglas heurísticas en diversos ámbitos del conocimiento común o científico—, considerando por añadidura la ausencia de una teoría cabal de las falacias y de criterios efectivos a priori de detección y prevención, no parece razonable esperar, al menos por ahora, medidas preventivas que nos libren definitivamente de toda suerte de deslices o nos garanticen el éxito en medio de las constantes experiencias de precariedad discursiva y cognitiva. Ni siquiera hay garantías de prever el momento en que, por decirlo en los términos pragma-dialécticos de F. VAN EEMEREN y P. HOUTLOSSER, nuestros ajustes estratégicos en el curso de una discusión «derrapan» y empiezan a deslizarse por la rampa de las falacias[16]. Tendremos que seguir aprendiendo. Por ejemplo, las ideas de VAZ sobre ciertas matrices de paralogismos, como la oposición excluyente o el pensar por sistemas, nos pueden poner en guardia ante posibles errores en este punto: de lo anterior, no se sigue que las confusiones e inadvertencias paralogísticas se extiendan por sistema como una maldición por todo el campo de las falacias, ni de la inexistencia de criterios de éxito a priori se desprende la exclusión de toda posible pauta de detección y toda posible medida preventiva. En su reciente revisión general de las falacias, Ch. TINDALE empieza asegurando que «los modos de evitar el razonamiento falaz, sea el debido a nosotros o sea el dirigido a nosotros, se reducen en su mayoría a algún tipo de educación» pues nacen, como ya apuntaba ARISTÓTELES, de la inexperiencia (TINDALE, 2007: p. 16). Al margen del juicio que nos pueda merecer esta pedagogía —es claramente insuficiente, por ejemplo, dentro de los marcos socio-institucionales de la argumentación que conforman los espacios o las «esferas» públicas del discurso[17]—, lo cierto es que la *Lógica viva* de VAZ FERREIRA sí puede ser, en efecto, sumamente ilustrativa y educativa.

El estudio de las falacias, como por lo demás el de otros muchos casos, procesos o estados discursivos y cognitivos, es hijo, diría PLATÓN, de Poros, la abundancia, y de Penía, la penuria, una pareja de opuestos que no viven en falsa oposición. No disponemos de una definición cabal, ni de una teoría integradora de la argumentación falaz; peor aún, tampoco disponemos, ni seguramente podremos disponer, de una clasifica-

[16] Véase VAN EEMEREN y HOUTLOSSER, 2004: pp. 58-59 en especial.

[17] En estos marcos, ciertas condiciones concurrentes como la opacidad, la asimetría o no-reciprocidad o la heteronomía de la interacción, pueden determinar bloqueos, sesgos y distorsiones del discurso público, cuya neutralización exigiría acciones o medidas preventivas de carácter socio-ético y socio-político que, por lo regular, se encuentran fuera del alcance, de la competencia o de la «educación» de cada uno de los individuos afectados.

ción fina y exhaustiva de los gérmenes paralogísticos o de los especímenes sofísticos, ni de un tratamiento preciso y efectivo de detección y prevención de sus infecciones. Pero por otro lado, como ya mostraban los análisis y sugerencias de VAZ FERREIRA en la primera mitad del pasado siglo y en un medio lingüístico y cultural hispano, tenemos a nuestra disposición unas cuantas ideas dignas de recordarse y de tomarse en cuenta al respecto. Dada la situación, no estará de más desarrollarlas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFÍCAS

ABERDEIN, A., 2006: «Virtue Argumentation», en *Procds. 6th Conference of the ISSA,* Amsterdam: Sic Sat, pp. 15-20.

COHEN, D. H., 2007: «Virtue Epistemology and Argumentation Theory», en *Procds. Conference 2007 of the OSSA,* CD-Rom, Windsor (Ontario): University of Windsor.

DAMER, T. E., 2005: *Attacking Faulty Reasoning,* Belmont (CA): Thomson Wadsworth, 5.ª ed.

DOURY, M., y MOIRAND, D. (eds.), 2004: *L'Argumentation aujourd'hui,* Paris: Presses Sorbonne Nouvelle (hay traducción en prensa, Barcelona: Montesinos, 2008)

EEMEREN, F. H. VAN, y HOUTLOSSER, P., 2004: «Une vue synoptique de l'approche pragma-dialectique», en DOURY y MOIRAND (eds.), pp. 45-75.

FOGELIN, R. J., y DUGGAN, T. J., 1987: «Fallacies», *Argumentation,* n.º 1, pp. 255-262.

HANNA, R., 2006: *Rationality and Logic,* Cambridge (MA): The MIT Press.

JOHNSON-LAIRD, P. N., y SAVARY, F., 1999: «Illusory Inferences: a Novel Class of Erroneous Deductions», *Cognition,* 71, pp. 191-229.

MILL, J. S., 1917: *Sistema de Lógica inductiva y deductiva,* Madrid: Daniel Jorro (trad. de E. OVEJERO Y MAURI a partir de la 6.ª ed. inglesa; la 1.ª ed. data de 1843).

PALLADINO, J., 1962: «La *Lógica Viva* y la teoría de los sofismas», *Revista de la Facultad de Humanidades y Ciencias,* Montevideo, n.º 3, pp. 165-192.

POHL, R. F., 2004: *Cognitive Illusions. A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory,* Hove (UK)/New York: Psychology Press.

STICH, S. P., 1985: «Could Man Be an Irrational Animal? Some Notes on the Epistemology of Rationality», *Synthese,* n.º 64, pp. 115-135.

TINDALE, C., 2007: *Fallacies and Argument Appraisal,* Cambridge: Cambridge University Press.

VAZ FERREIRA, C., 1945: *Lógica viva,* Buenos Aires: Losada, 4.ª ed. La 1.ª ed. data de 1910. La última edición en vida del autor es la 5.ª, 1952.

— 1956: *Algunas conferencias sobre temas científicos, artísticos y sociales,* Buenos Aires: Losada.

— 1979: *Lógica viva. Moral para intelectuales,* Caracas: Biblioteca Ayacucho. Incluye «Un paralogismo de actualidad» (1908) y otros textos de *Fermentario,* amén de un prólogo de M. CLAPS y una amplia bio-cronología de S. VAZ FERREIRA. Por desgracia, también abunda en errores tipográficos.

WOODS, J., 2004: *The Death of Argument. Fallacies in Agent-based Reasoning,* Dordrecht: Kluwer.

# NOTAS
# NOTES

# VALIDACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DE TEORÍA GENERAL DEL DERECHO *

Jesús Delgado Echeverría **

*Universidad de Zaragoza*

**RESUMEN:** Este trabajo pretende introducir un concepto nuevo en la teoría general del derecho, el de validación, relacionado con los de validez, vigencia, fuerza de obligar, invalidación y convalidación. Las normas validadas en un sistema forman un subconjunto que no coincide con las válidas, con las vigentes ni con las convalidadas. En el texto se ofrece un concepto riguroso de invalidación mediante definiciones formales. De momento, puede servir decir que el concepto de validación denota un tipo de actos que operan sobre otros actos o normas afirmando o presuponiendo su validez con arreglo a ciertos criterios y dotándolos de fuerza de obligar provisional, mientras no sean declarados inválidos; a la vez que restringen las posibilidades de que tal declaración de invalidez tenga lugar. Se muestra la presencia de tales actos de validación y su necesidad institucional en los ordenamientos actuales, tanto respecto de normas generales (por ejemplo, promulgación, publicación) como de actos de particulares (por ejemplo, fe pública notarial, inscripciones registrales). Por último, se relaciona la validación con la presunción de validez.

**Palabras clave:** validación, validez, vigencia, fuerza de obligar, invalidación, convalidación, presunción de validez.

**ABSTRACT:** This work seeks to present a new concept of the general theory of law, that of validation, related to those of validity, legal force, binding force, invalidation and convalidation. Validated norms in a legal system constitute a subset which neither coincides with valid norms, nor with those in force, nor either with those which have been convalidated. The text offers us a rigorous concept of invalidation by means of formal definitions. For now, it is enough to say that the concept of validation indicates a type of actions which operate on other actions or norms, declaring or presupposing their validity in accordance with certain criteria, and endowing them with temporary binding force, as long as they are not declared invalid; while, at the same time they lessen the possibilities that such a declaration of invalidity should take place. The presence of such validation actions and their institutional necessity in the current legal systems is shown, with regard to general norms (for example, enactment, publication) as well as with regard to actions performed by private individuals (for example, notary's public affidavits, Registrar's entries). Lastly, validation is associated with the presumption of validity.

**Keywords:** validation, validity, legal force, binding force, invalidation, convalidation, presumption of validity.

*Quia bonum sit valere*
CICERÓN, *De finibus,* 4.62

---

* Fecha de recepción: 2 de diciembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

** Trabajo realizado en el marco de los proyectos SEJ2005-05790 y DER2008-01669/JURI. Agradezco a M. ATIENZA y a J. AGUILÓ sus valiosas observaciones a una redacción previa. También me he beneficiado de la discusión de las ideas centrales en el Seminario del Grupo de Investigación «Nulidad» en la Universidad de Zaragoza.

## 1. VALIDEZ, JUICIO DE VALIDEZ, ACTOS DE VALIDACIÓN

La validez de un acto no es una propiedad del mismo, sino una relación entre el acto y la norma que atribuye el poder para realizarlo y señala sus condicionamientos y límites. Un acto es válido en un sistema normativo siempre que forme parte del mismo una norma atributiva de poder conforme a la cual el acto sea válido; en otro caso, el acto no es válido.

Pero la relación del acto con la norma atributiva de poder sólo puede afirmarse mediante un juicio que requiere justificación. Este «juicio de validez» es siempre más o menos incierto, pues tiene como presupuesto la interpretación de (todas) las normas del sistema[1].

Diferentes sujetos (las partes, terceros, expertos, funcionarios, jueces...) pueden mantener diferentes opiniones razonables sobre la validez del acto. Sólo la «cosa juzgada» puede poner fin a la incertidumbre y, entonces, no con valor de «verdad», sino como última palabra revestida de autoridad, que excluye cualquier juicio posterior sobre la validez relevante en el sistema.

Ahora bien, en la práctica social del Derecho se cuenta con la validez de los actos que se presenten con ciertas características, de modo que tienen fuerza de obligar y producen todos sus efectos mientras no sean objeto de invalidación por los jueces tras el debido proceso. Limitar las oportunidades de juicios de invalidez relevantes en el sistema contribuye a la credibilidad del acto como válido y a aumentar la confianza de sus autores y de los terceros en el cumplimiento y efectos del mismo.

En la experiencia jurídica, pasada y presente, observamos la presencia de artificios muy variados que contribuyen a estabilizar las expectativas sobre la obligatoriedad de los actos jurídicos. Se trata, dicho ahora de manera muy general, de signos o actos de las partes, de terceros o de autoridades, referidos a otros actos jurídicos y que tienden a dotarlos de mayor fuerza de obligar. A estas formas o formalidades añadidas con dicha finalidad, así como a los resultados de las mismas, podemos llamar genéricamente validación.

En el presente trabajo, después de considerar otras posibilidades, propongo un concepto más estricto de validación, que no incluye todos los artificios dirigidos a aumentar la fuerza *social* de obligar de las normas (su eficacia, si se prefiere), sino sólo aquellos que operan formalmente mediante la restricción de las acciones y recursos jurídicos que tienen por objeto la invalidación de las normas (por ejemplo, limitación de jurisdicciones, procedimientos, legitimados, plazos, carga de la prueba).

Este trabajo es, por tanto, sustancialmente, una propuesta de un concepto específico de validación que entiendo puede rendir interesantes servicios en la teoría general del derecho y en la dogmática de algunas de sus ramas; concepto referido tanto a los actos de los particulares como a los de los poderes públicos productores de normas generales.

---

[1] La relación con todas las normas del sistema la enfatiza, por ejemplo, PEÑA FREIRE (1999: 106-107): «[l]a validez/legalidad es una relación de corrección entre una norma y un ordenamiento jurídico»... «[S]ólo la relación de congruencia con todas y cada una de las normas del ordenamiento es condición suficiente de validez».

En la teoría general de la norma, el concepto de validación contribuye a explicar y aclarar los problemas que suelen plantearse como de «inexistencia» de las normas en cuya producción no se han observado requisitos mínimos de competencia y procedimiento, o la cuestión del estatus de las normas «irregulares» (en particular por contradecir normas superiores) no invalidadas por el juez competente. Se trata de los importantes problemas que están detrás de la insatisfactoria propuesta de KELSEN de una «cláusula alternativa tácita». Se defenderá que las normas validadas tienen plena fuerza de obligar (validez, *Geltung,* en el sentido de obligatoriedad, *Verbindlichkeit*) mientras no sean invalidadas.

Respecto de los actos de los particulares, la validación se manifiesta de muy diversos modos, relacionados con la forma de los mismos y otras formalidades. Son fenómenos destacados de validación la intervención notarial y la inscripción en ciertos registros. Los actos (contratos, testamentos...) validados tienen fuerza de obligar que sólo podrán negar los jueces y, acaso, algunos funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

La validación puede tener diversa intensidad en sus efectos, pero en todo caso, además de determinar la fuerza de obligar de los actos, dificulta o limita las oportunidades de invalidación de los mismos.

## 2. EL TÉRMINO «VALIDACIÓN»

«Validación» es término poco utilizado hoy en el lenguaje jurídico, aunque en él nació[2]. En el DRAE (sin marca de desuso o uso antiguo) tiene como primera acepción «Acción y efecto de validar», y como segunda «Firmeza, fuerza, seguridad o subsistencia de algún acto»; mientras que validar se define como «Dar fuerza o firmeza a algo, hacerlo válido». De momento, podemos entender por validación, referida a los actos jurídicos, tanto la acción de validar como el resultado de la misma, consistente en dar o aumentar la firmeza, fuerza, seguridad, subsistencia o validez de algún acto. Obsérvese la ambigüedad proceso-producto o acción-resultado tan frecuente en el lenguaje jurídico, si bien en el DRAE el énfasis se pone en el resultado o efecto (firmeza, fuerza) más que en las características de la acción (indicada con el poco expresivo dar).

Más allá del DRAE, validación parece tener hoy, preferentemente, el sentido de verificar o comprobar la adecuación de actos, procesos o resultados a las reglas o especificaciones a las que deben atenerse (comprobando, en este sentido, su validez). Este desplazamiento semántico, del efecto a la acción (que puede comprobarse en ese riquí-

[2] En el Diccionario de Autoridades, 1739, se define: «Firmeza, fuerza, seguridad o subsistencia de algún acto. Lat. *Validatio, Confirmatio.* Ordenam. R. lib. 5. t. 2. gloss. l. 1. Para mayor *validación* de dicha merced, de nuestra ciencia, sabiduría, y poder Real, etc.».

El término se ha conservado en la fórmula arcaizante y solemne con la que el Jefe del Estado ratifica los tratados internacionales firmados por el Reino de España. Por ejemplo, Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (23 de noviembre de 2007, *BOE,* 21 de abril de 2008): «...Vengo en aprobar y ratificar cuanto en la misma se dispone, como en virtud del presente la apruebo y ratifico, prometiendo cumplirla, observarla y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, *para su mayor validación y firmeza,* mando expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación» (cursiva añadida).

simo banco de datos que constituye Internet y que, supongo, tiene algo que ver con el uso de *validation* en inglés) es muy conveniente para el concepto de validación que me propongo delimitar y utilizar en este trabajo.

Cercano al concepto de validación se encuentra el de roboración[3]. Sus acepciones en el DRAE son: 1. Dar fuerza y firmeza a algo. 2. Reforzar con razones o argumentos. 3. Otorgar, confirmar, rubricar algo (ésta con la marca de «anticuado»). La primera acepción (y aun la segunda) coinciden prácticamente con el significado de validación. La tercera, anticuada, nos introduce en campos semánticos de gran interés: otorgar, confirmar, rubricar. Añado autorizar, a lo que da pie también el sentido del término «robra»[4] en su segunda acepción (DRAE, con la marca de anticuado): «escritura o papel autorizado para la seguridad de las compras y ventas o de cualquier otra cosa», que nos introduce muy derechamente en asuntos centrales de nuestro tema[5].

«Roboración», por tanto, sería también buen candidato como término central en estas páginas. Prefiero, sin embargo, el de validación, por compartir raíz con «validez» y ser éste el centro del campo semántico que nos interesa. También porque validación tiene fáciles equivalentes en otros idiomas, y no tanto roboración.

## 3. DEFINICIONES

Propongo las siguientes definiciones:

Def. 1: Validación. «Una norma jurídica ha sido validada = def. (1) El sujeto $P_i$ ha realizado el acto jurídico $A_i$, y (2) $A_i$ ha producido *prima facie* la norma jurídica $N_j$, y (3) el acto jurídico $V_i$ afirma o presupone que $A_i$ es válido en el sistema $S_k$ y (4) entonces (4.1) $N_j$ tiene fuerza de obligar $FoN_j$ a no ser que se produzca un acto de invalidación $IN_j$ y (4.2) se restringen las posibilidades de $IN_j$».

$V_i$ es el acto de validación, cuyos efectos son, conjuntamente, los señalados en 4.1 y 4.2. El acto de validación $V_i$ puede afirmar o presuponer sólo que $A_i$ observa algunos de los requisitos impuestos por las normas de $S_k$ (por ejemplo, sólo competencia y procedimiento, pero no coherencia con normas superiores).

La definición de validación quiere referirse tanto a normas generales (como leyes) como a normas particulares (como sentencias o contratos).

Esta definición de validación enlaza con las que ofrecí sobre validez de los actos jurídicos, en particular las de validez de un acto jurídico respecto de una norma y validez

---

[3] Que tanto «roboración» como «validación» sean palabras que el corrector de Word admite sin protesta es buen indicio de que no se ha perdido su uso en castellano.

[4] En su primera acepción en DRAE, robra es «Agasajo del comprador o del vendedor a quienes intervienen en una venta» (un equivalente funcional de la escritura, podemos advertir ya, dirigido a «la seguridad de las compras»).

[5] Dic. de Autoridades, 1737, voz «robra»: «Escritura o papel autorizado, para la seguridad de las compras y ventas, o passage de las aduanas. Tráhele Covarr. en su Thesoro. Lat. *Syngraphum publicum. Litera publica»;* y «robrar», «Hacer la escritura o papel autorizado, que llaman Robra. Tráhele Covarr. en su Thesoro en la voz Robra. Lat. *Literas, vel tabulas publicas conficere, signare*». En efecto, en el Tesoro de Covarrubias se lee: «robra. La escritura que se hace de alguna compra o venta, a roborando, porque se confirma con la escritura. Robrar, hacer la tal escritura».

de un acto jurídico en el sistema (DELGADO ECHEVERRÍA, 2005). Estaban, a su vez, inspiradas en definiciones de VON WRIGHT, 1963: pp. 201-205, y ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: p. 120, y 1979, p. 73, sobre validez de normas. Conviene recordarlas aquí.

Def. 2: «Un acto $A_i$ es válido respecto a una norma $N_j$ = df. (1) $N_j$ confiere poder un sujeto $P_i$ para realizar el acto jurídico $A_i$, y (2) y el sujeto $P_i$ ha realizado el acto jurídico $A_i$».

Def. 3: «Un acto $A_i$ es válido en el sistema $S_k$ = *df.* En el sistema $S_k$ hay por lo menos una norma $N_j$ tal que $A_i$ es válido respecto a $N_j$».

Para completar la definición de validación, se precisa la de invalidación.

Def. 4: Invalidación. «Una norma ha sido invalidada = def. (1) El sujeto $P_i$ ha realizado el acto normativo $A_i$ y (2) $A_i$ ha producido *prima facie* la norma jurídica $N_j$ y (3) el acto jurídico $IN_j$ afirma que $A_i$ es inválido conforme a una norma del sistema $S_k$ o que no es válido conforme a ninguna norma del sistema $S_k$ y (4) $N_j$ carece de fuerza de obligar $FoN_j$».

Obviamente, validación e invalidación no son conceptos que puedan definirse el uno por el otro.

Y para aclarar por comparación la definición de validación, es útil una definición de convalidación.

Def. 5: Convalidación. «Una norma ha sido convalidada = def. (1) El sujeto $P_i$ ha realizado el acto normativo $A_i$ y (2) $A_i$ ha producido *prima facie* la norma jurídica $N_j$ y (3) el acto jurídico $CN_j$ afirma que $A_i$ es válido en el sistema $S_k$ y (4) entonces (4.1) $N_j$ tiene fuerza de obligar $FoN_j$ y (4.2) se excluye la posibilidad de $IN_j$».

Ni def. 1 ni def. 5 presuponen la corrección de $A_i$ respecto de todas las normas de $S_k$ (tampoco la incorrección). El caso paradigmático de convalidación es la «cosa juzgada»: la sentencia definitiva del órgano que tiene la última palabra impide cuestionar en adelante la validez de la norma en el sistema, que definitivamente tendría (convalidación) o no (invalidación) fuerza de obligar. Mientras que en los casos de validación, la validez de la norma pude todavía ser discutida con consecuencias en el sistema, pero ahora con restricciones.

## 4. EL CONCEPTO DE VALIDACIÓN EN LA TEORÍA DE LA NORMA

La lectura de las páginas que KELSEN dedicó al conflicto entre normas de diverso nivel (leyes «inconstitucionales», sentencias «contrarias a la ley») sigue produciendo desasosiego. KELSEN presenta problemas de muy difícil solución y la que él da (la llamada cláusula alternativa tácita) es insatisfactoria y sorprendente. Parece una contradicción que destruye en sus raíces la concepción del Derecho como sistema escalonado de normas afirmar que cuando una norma superior faculta para producir normas con arreglo a cierto procedimiento y con determinado contenido, faculta también alternativamente para producirlas sin atender a ese procedimiento o dotándolas de otro contenido. Mantener que en ambos casos la norma inferior es igualmente válida parece un contrasentido, aunque se añada que ambas opciones no son iguales y que «la cons-

titución, si bien no puede excluir el segundo camino, da preeminencia al primero» y que las personas que han intervenido en las producción de la norma «por el segundo camino» pueden incurrir en responsabilidad (KELSEN, 1979: 280-281).

No es de este lugar la reconstrucción del pensamiento KELSENiano a este respecto, la posible evolución del mismo, las vías intentadas para explicarlo y, sobre todo, para criticarlo e intentar superarlo. Para situar en la teoría de la norma el concepto de validación cortaré de un tajo el nudo gordiano que KELSEN ata con el concepto de validez *(Geltung)*[6]: distinguiré, de una parte, la validez como *corrección* en la producción de la norma con arreglo a la norma de competencia y, de otra, la validez como *fuerza de obligar.* Dos conceptos con extensión referencial distinta. Una distinción, por lo demás, ampliamente asumida por los autores, con terminología algo variable que indica también disensiones parciales subyacentes: a la concurrencia de todos los requisitos (competencia, procedimiento, materia y contenido) suele llamarse validez; la fuerza de obligar se designa como existencia, vigencia, obligatoriedad, eficacia, aplicabilidad. Opto por fuerza de obligar, o fuerza obligatoria, porque me parece más adecuado para referirlo tanto a las normas generales (leyes) como a la individuales (sentencias, contratos), y porque pone de relieve que el sentido del ordenamiento es que estas normas deben ser obedecidas (que es legítimo obedecerlas y legítimo exigir obediencia) aunque haya en la sociedad diversidad de opiniones sobre si la norma es válida (es decir, sobre si se ha producido correctamente), mientras una decisión revestida de autoridad no la invalide.

En este contexto, un acto de validación tiene como consecuencia constituir la fuerza de obligar de la norma de manera provisional. Un acto validado puede o no haber sido correctamente producido de acuerdo con la norma que regula su producción, incluida la no contradicción con normas superiores: esto es algo sobre lo que caben diversas opiniones (por sí irrelevantes en el sistema); pero la norma que es el sentido objetivo del acto validado tiene en todo caso fuerza de obligar, mientras no sea invalidado por el órgano competente mediante el procedimiento adecuado.

## 5. LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS GENERALES

Cuál sea el acto de validación que constituye provisionalmente la fuerza de obligar de una ley es cuestión que depende de cada ordenamiento estatal. Son candidatos posibles, al menos, los actos de sanción, de promulgación y de publicación (uno o varios de ellos, en relaciones variables). No discutiré aquí la cuestión en general y me limito a algunas observaciones.

Los autores suelen considerar la sanción, la promulgación y la publicación, sin mucho compromiso, como requisitos de eficacia (o acaso también de validez)[7]. Lo que yo

[6] Sobre el uso de *Geltung* por los filósofos del Derecho en lengua alemana y, en particular, por KELSEN, véase DELGADO PINTO, 1990: 101-103, en particular nota 1; específicamente, sobre la traducción al castellano de *Geltung* en KELSEN, para la que propone «vigencia», p. 107, n. 2. Otras observaciones en DELGADO ECHEVERRÍA, 2003: pp. 233-235.

[7] *Cfr.* GUASTINI, 1999, sobre promulgación, pp. 320 y 367; sobre publicación como condición de eficacia, p. 321.

añado es que pueden ser también, y al menos uno de ellos es, acto de validación: en el Derecho español, cabe dudar si la sanción-promulgación (sólo promulgación en las leyes autonómicas) o la publicación. El principio de seguridad jurídica y la exigencia constitucional de publicidad de las leyes me inclinan a considerar, en todo caso, la publicación como acto de validación, necesario para la Fo de la ley. Los ciudadanos sólo podemos comprobar la publicación en el *Boletín Oficial;* ni siquiera sabemos dónde están ni si se puede acceder a los documentos de sanción-promulgación firmados por el rey y refrendados por el presidente de gobierno (o los de promulgación firmados por los Presidentes autonómicos); de hecho ni siquiera suele publicarse su texto en los repertorios que reproducen las leyes[8]. Pero no habría dificultad en admitir que actos de validación son tanto el de promulgación como el posterior de publicación, que constituirían un proceso de validación, en el que el último acto (publicación) ha de incluir referencia a los anteriores.

Me parece útil distinguir tres posibles funciones distintas de la publicación: signo de la existencia de una norma, requisito de validez de la norma, acto de validación. Las tres funciones pueden coexistir en un ordenamiento, con relaciones variables entre ellas.

*a)* La publicación como signo de existencia de la norma. Signo entre otros, como podrían ser noticias en la prensa o comentarios escuchados a personas con autoridad social, por los que el ciudadano puede guiarse —a su riesgo— para conocer las normas que pretenden su obediencia.

*b)* La publicación como requisito de validez. Así es en el Derecho español. Las normas generales no publicadas no tienen fuerza de obligar, por lo que la publicación ha de entenderse como el último acto del procedimiento establecido para dictar normas generales. La distinción, aquí, entre requisitos de validez y requisitos de eficacia, para introducir en los segundos la publicación, no me parece útil y, en todo caso, creo que no altera el análisis que estamos conduciendo. Que la publicación sea requisito de validez (o de eficacia) asegura que carece de fuerza de obligar la norma no publicada, pero por sí no dota de esta fuerza a la publicada.

*c)* Publicación como validación. La publicación no es un mero hecho, sino un acto de autoridad que ordena la publicación, precedido en nuestro derecho, para las leyes,

---

[8] Las fórmulas actuales de sanción y promulgación de las leyes españolas son las siguientes, tomadas de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (*BOE* 29 de diciembre de 2007: como se dice en el texto, es raro que estas fórmulas se transcriban en los repertorios usuales).

(Al principio). «Juan Carlos I / Rey de España / A todos los que la presente vieren y entendieren / Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley».

(Al final). «Por tanto, / Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley./ Madrid, 28 de diciembre de 2007. / Juan Carlos R. / El Presidente del Gobierno, / José Luis Rodríguez Zapatero».

Ejemplo de promulgación y orden de publicación de una ley autonómica [Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona (Aragón)]. «En nombre del Rey y como Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón, promulgo la presente Ley, aprobada por las Cortes de Aragón y ordeno se publique en el *Boletín Oficial de Aragón* y en el *Boletín Oficial del Estado,* todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.1 del Estatuto de Autonomía».

A los efectos de este trabajo, es indiferente el ámbito del juicio de conformidad con el ordenamiento que el Jefe del Estado o el Presidente de un gobierno autonómico han de hacer sobre el documento legislativo que sancionan, promulgan u ordenan publicar: el mínimo, que el documento ha llegado a sus manos por el cauce adecuado y con las firmas necesarias. Es muy distinta e interesante, en cuanto que reconoce al Presidente de la República poderes aparentemente discrecionales, aunque limitados, la regulación italiana (arts. 73 y 74 de la Constitución italiana).

por las necesarias sanción y promulgación (o sólo promulgación en las leyes autonómicas). Son actos de autoridades del poder ejecutivo (la sanción, del rey, con refrendo). Escribe KELSEN: «El órgano constitucional competente para efectuar la publicación (...) debe por lo menos poder examinar si aquello que se presenta subjetivamente como ley, ha sido en general dictado por el órgano llamado por la constitución a legislar, aun cuando el órgano con competencia para efectuar aquel limitado examen no pueda examinar el procedimiento en que la ley fue dictada, o si el contenido de la decisión es conforme a la constitución; no puede estar obligado a publicar como ley (...) todo aquello que se presenta como ley» (KELSEN, 1979: 279). El ámbito más o menos amplio de las facultades de comprobación de la regularidad de la formación de la ley es contingente y depende de cada ordenamiento, pero si existen estos órganos específicos con autoridad para promulgar y publicar las leyes, han de poder comprobar al menos que los enunciados normativos que publican son imputables al órgano legislativo constitucionalmente establecido. Además, el acto de publicación debe ir precedido de la comprobación del acto de sanción-promulgación.

Creo que, en el Derecho español, la publicación de las leyes no es sólo un requisito de validez, sino también un acto de validación que, como tal, constituye el deber de obedecer la ley publicada (mientras la ley no sea, eventualmente, invalidada). Es lo que resulta de la Constitución, al establecer el principio de publicidad de las leyes (como parte del principio de seguridad jurídica), pero también al establecer el recurso de inconstitucionalidad, con sus precisiones de legitimación y plazos y la previsión de poder o no decretar el Tribunal la suspensión de la entrada en vigor de la ley impugnada.

Creo que sería oportuno que la doctrina especializada realizara un análisis más profundo de los actos de sanción, promulgación y publicación de las leyes (y las garantías de que están revestidos) en nuestro Derecho y, probablemente, en otros de nuestro entorno. Tengo la sensación de que se tratan con cierta ligereza como meros «formulismos» y la publicación como un mero hecho del que se desconoce el responsable de ordenarla. Pienso también que merecerían estos actos una regulación legal más precisa. Para ambas tareas, dogmática y normativa, el concepto de «validación» espero que resulte de utilidad.

## 6. VALIDACIÓN DE OTRAS NORMAS

Signos que permiten la recognoscibilidad de las normas, requisitos de validez y actos de validación se presentan respecto de todas las normas, generales o individuales, si bien con arreglos que pueden ser distintos de caso a caso. Todas las normas generales de rango inferior a las leyes requieren de su publicación como requisito de validez, y la publicación es simultáneamente acto de validación (basado a su vez en una certificación emitida por el funcionario competente, fedatario público). Las sentencias se hacen públicas en la sala del tribunal mediante certificación del secretario del tribunal y sólo entonces vinculan a las partes. Los contratos, en el Derecho español, no requieren habitualmente ninguna forma ni formalidad para su validez, sino que la eventual intervención notarial, o su toma de razón en determinados registros, constituye una validación.

En cada uno de estos casos (hay otros muchos) la validación afirma o presupone más o menos requisitos de validez del acto normativo validado. Hay un mínimo: la autoría del acto, es decir, que aquellos enunciados normativos proceden de quien dicen proceder, y que este autor está habilitado para emitir actos de este tipo. Puede incluir también la observancia del procedimiento. En la validación de los actos de los particulares, es habitual que las normas prevean también una comprobación del contenido de los actos y de su coherencia con normas superiores («legalidad»).

Hay, por tanto, una importante diferencia entre la validación de los actos de autoridades públicas y los actos de los particulares. Los primeros son validados de ordinario sin más comprobación que la de la validez formal, y aun ésta no siempre plenamente. Los segundos son objeto de comprobación también en su validez material. Lo que significa que los primeros tienen fuerza de obligar siempre que sean identificados como actos de la autoridad competente; mientras que los actos de los particulares han de pasar filtros más exigentes. Ya se comprende que el sistema ha de suponer fácilmente que los actos de las autoridades cumplen todos los requisitos de validez —entre otras razones, porque es obligatorio que los cumplan— mientras que los actos de los particulares han de ser comprobados más intensamente por alguna autoridad. Además —pensando ahora en las consecuencias de la validación—, las posibilidades de invalidación son mucho más limitadas para los actos de las autoridades que para los de los particulares. Una ley publicada sólo puede perder su fuerza de obligar mediante sentencia del Tribunal Constitucional (que sólo cabe pronunciar previa interposición de recurso con legitimación políticamente limitada y plazo de caducidad, o bien a consecuencia de cuestión planteada por los jueces cuando y como esto es posible); las normas reglamentarias son susceptibles de impugnación por ilegalidad de manera general durante cierto plazo, o bien en relación con cada acto de aplicación singular, ante la jurisdicción ordinaria; las sentencias sólo son susceptibles de los recursos previstos en cada caso; mientras que la validez de los contratos o de los testamentos podrá ser revisada por los tribunales en todos los casos en que se les requiera una decisión fundada en estos actos, y la validación notarial no excluye tampoco que otras autoridades puedan negar la fuerza de obligar del acto en el ámbito de su competencia.

## 7. LAS NORMAS DE VALIDACIÓN

Las normas de validación proceden de momentos históricos diferentes y se presentan por separado en diversos conjuntos normativos. La Constitución se ocupa de la sanción, promulgación y publicación de las leyes (normas completadas por otras de menor rango y, sobre todo, por convenciones y costumbres constitucionales); las leyes orgánicas del poder judicial y de enjuiciamiento contienen normas sobre la intervención de los secretarios judiciales; la LRJAP establece la «presunción de validez» de los actos de la administración sometidos al Derecho administrativo; para los actos de los particulares, las leyes del notariados e hipotecaria regulan los principales actos de validación de los notarios y de los registradores de la propiedad. Pero no es la interpretación y explicación de estas normas el objeto de este trabajo, sino señalar los rasgos comunes de todas las normas de validación, según el concepto que proponemos. ¿Qué tipo de normas son?

Para responder a esta pregunta seguiremos fundamentalmente a H. L. A. HART. HART no menciona en ningún momento las normas de validación, aunque sí hace algunas referencias que podemos aprovechar a nuestro propósito. En el capítulo V de su obra fundamental (dedicado a «El derecho como unión de reglas primarias y secundarias») se ocupa (1961: 119) de la «conexión muy estrecha» que habrá «entre las reglas de cambio y las de reconocimiento: porque donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica obligatoria de las reglas, aunque no es menester que mencionen todos los detalles del procedimiento legislativo. *Por lo común, las reglas de reconocimiento considerarán que un certificado oficial, o una copia oficial, bastan para acreditar que se ha cumplido con el procedimiento establecido* (en el original, quizás con mayor fuerza, se dice *«a sufficient proof of due enactement»*). La regla de reconocimiento, por tanto, no exige (comprobación de) la (plena) validez de la norma producida según las normas de cambio, sino sólo un «certificado oficial»[9]. Pero es obvio que la norma de reconocimiento que se conforma con un certificado o copia oficiales no es la dirigida a las autoridades que tienen la última palabra, las cuales han de poder enjuiciar plenamente la validez de la ley (salvo que aquel legislador sea la autoridad que tiene la última palabra). De donde resulta que en la compleja regla (o principio) de reconocimiento (o en la pluralidad organizada de reglas de reconocimiento) hay una regla de reconocimiento *prima facie* que presupone otra regla, es decir, una regla de atribución de poderes que los confiere a una autoridad para «certificar» la existencia de la norma. Es esta conjunción de regla de reconocimiento y regla que atribuye poderes la que constituye la regla de validación.

Las reglas de validación son reglas de reconocimiento subordinadas (en el sentido de HART, 1963: 126), en cuanto que sus consecuencias pueden ser suprimidas mediante actos (de invalidación) cuya validez deriva de la regla de reconocimiento última. Quizás pueden considerarse «reglas de reconocimiento derivadas» en el sentido —o sentidos— que explica RUIZ MANERO (1990: 124).

Son reglas contingentes, si bien exigidas en los complejos ordenamientos contemporáneos por el principio de seguridad jurídica. Las hay en ordenamientos muy anteriores: escribas, secretarios y cancillerías no son de hoy, y respecto de los actos de los particulares, son probablemente coetáneas a las reglas de adjudicación y en íntima conexión con estas. Respecto de las leyes, adquieren mayor importancia y especiales perfiles cuando las constituciones sujetan los actos normativos del legislador a exigencias en cuanto al contenido, es decir, cuando se plantea el problema de la validez (existencia, fuerza de obligar) de las leyes inconstitucionales.

El poder para validar está conferido a sujetos muy distintos, en elencos más o menos relacionados con el tipo de actos normativos. Si éstos proceden de autoridad pública, sólo la misma u otra autoridad pública podrán validar. Las autoridades judiciales, que tienen «la última palabra revestida de autoridad» tienen también muchas veces «la penúltima palabra», es decir, dictan resoluciones que, antes de ser firmes, no con-

[9] Véase también, p. 40, en un contexto menos claro, la referencia a un certificado: «A veces las normas acuerdan valor definitivo, en lo que hace al procedimiento interno, a un certificado en que conste que los procedimientos exigidos han sido observados».

validan definitivamente la norma, sino que la validan a reserva de los posibles recursos o, si la resolución se ha tomado en procesos sin efecto de cosa juzgada, de posibles procesos «plenarios» posteriores.

La validación por el propio sujeto o sujetos autores de la norma (autovalidación) se manifiesta sobre todos respecto de los actos de los particulares, pero es pensable (si bien hoy no parece muy extendido) en las autoridades públicas: por ejemplo, la pronunciación de una fórmula o la colocación de un sello por el mismo autor del acto. En cambio, los actos de los particulares pueden ser validados también mediante formas o formalidades que no requieren intervención de autoridades (fórmulas verbales, sellos, testigos, apretón de manos, lifara o banquete ritual, arras, escritura, juramento, formularios tales como los de la letra de cambio o el cheque), si bien los efectos en cada caso pueden ser muy diferentes y discutibles y conviene tratarlos por separado de los supuestos de intervención de autoridad pública, que son únicos comprendidos en nuestra definición de validación.

## 8. LAS NORMAS VALIDADAS

Las normas validadas son un subconjunto de normas que no coincide exactamente ni con el de las normas (plenamente) válidas ni con el de las normas con fuerza de obligar. En cuanto a esto último, la coincidencia será completa si la validación es, al mismo tiempo, requisito de validez (como la publicación lo es para las leyes), y el ámbito de no coincidencia será mayor en los actos de los particulares cuando se admite que estos pueden ser plenamente válidos sin sujetarse a ninguna forma pública, es decir, cuando no es requisito de validez la forma y pueden valer «por el mero consentimiento» (como dice, de los contratos, el art. 1.258 CC español).

Las normas validadas no son un subconjunto de las normas (plenamente) válidas, pues pueden o no reunir todos los requisitos de validez (incluidos los materiales o de contenido). A este respecto, ocurre lo mismo que con el conjunto de las normas convalidadas, es decir, aquellas declaradas válidas por las autoridades que han pronunciado al respecto la última palabra revestida de autoridad. La clase de las normas convalidadas no contiene sólo normas válidas y por la misma razón («el órgano de control de la validez no es infalible») la clase de las normas inválidas puede contener normas convalidadas (GUASTINI, 1999: 359, 369, 411, n. 67). La convalidación no produce la certeza respecto de la validez del acto, ni la presupone (tampoco presupone la invalidez) sino que pone fin al debate con efectos jurídicos sobre la validez. Podrá continuar en la sociedad y en la dogmática jurídica un debate sobre si el acto normativo cumplió todos los requisitos de la norma que regulaba su producción (incluida su compatibilidad con normas superiores), pero ahora es seguro en el sistema que la norma tiene y tuvo fuerza de obligar. El acto de convalidación —como el de validación— afirma o presupone que el acto se formó correctamente, pero constituye validez (fuerza de obligar) con independencia de la corrección de la afirmación o presuposición[10]. En particular,

[10] En realidad hay un *continuum* entre validación y convalidación. Algunos actos de validación pueden producir efectos preclusivos muy fuertes, mientras que el supuesto de convalidación en el que se piensa, que es la sentencia (con efecto de cosa juzgada) que rechaza una acción o recurso dirigido a anular una norma, no siem-

la «cosa juzgada» que convalida la norma pone fin al debate sobre la validez por razones de seguridad jurídica, razones que pueden considerarse «principios institucionales» de cualquier sistema jurídico (en el sentido de ATIENZA y RUIZ MANERO, 2001); también por razones de seguridad jurídica y de eficacia del Derecho la validación restringe las posibilidades del debate jurídico, constituyendo validez (fuerza de obligar) mientras una autoridad competente no invalide el acto. Esta autoridad competente puede ser la misma que lo sería para convalidar.

Mientras que las normas convalidadas y las invalidadas se encuentran en una situación definitiva (pues su estatus no puede ser ya debatido dentro del sistema), las validadas tienen una situación provisional. Provisional, aquí, no significa sino que es posible todavía un juicio sobre la validez (y contrario a la misma) con consecuencias en el sistema. En el mayor número de casos este juicio no se producirá y cabe entender que ésta —es decir, evitar o restringir las posibilidades de un juicio posterior— es una de las finalidades de la validación.

## 9. MUNDOS JURÍDICOS ÓPTIMOS

Al final de su trabajo «sobre normas inconstitucionales», tras presentar la distinción entre validez y vigencia, J. J. MORESO introduce la noción de «Mundos jurídicos óptimos» (MJO). «Llamaré mundo jurídico óptimo (MJO) a aquel mundo posible en el cual todas las autoridades que crean normas (con apariencia de normas jurídicas) lo hacen en virtud de una norma previa que les autoriza a ello». «Un mundo en que todos los actos de creación de leyes vigentes son actos válidos (en el sentido de que existe una norma válida que los autoriza)» (1993: 104-105).

En un mundo jurídico óptimo tendrían fuerza de obligar todas y solas las normas producidas cumpliendo plenamente las exigencias de las normas que regulan su producción. Un MJO no incluiría las normas validadas o convalidadas que no cumplieran ese requisito e incluiría, por el contrario, las invalidadas «indebidamente». «MJO es, claramente, un mundo ideal».

En un MJO los sujetos sabrían con seguridad cuáles son las normas válidas: por hipótesis (en este mundo contrafáctico), todas las vigentes. En un MJO son innecesarios los pronunciamientos de las autoridades que tienen la última palabra revestida de autoridad: «En MJO no hacen falta mecanismos como el control de constitucionalidad o la apelación de sentencias» (MORESO, 1993: 105). Pero el mundo jurídico real (MJR) es un mundo jurídico defectuoso (MJD), en el que las autoridades y los particulares, intencionadamente o por ignorancia o negligencia, producen actos normati-

---

pre impide absolutamente que con posterioridad se vuelva a juzgar sobre la validez de la misma, bien con fundamento en otros vicios de invalidez bien a instancia de otros legitimados. La cosa juzgada tiene sus límites personales y materiales. En este sentido, decisiones judiciales que consideraríamos en principio casos de convalidación pueden verse también como ejemplos de validación «fuerte» (con gran limitación de las posibilidades de nuevo enjuiciamiento de la validez). Obsérvese también que invalidación y convalidación no son fenómenos simétricos: la sentencia que invalida expulsa definitivamente la norma del sistema, sin posibilidad de posterior reconsideración; mientras que la sentencia que rechaza la demanda de invalidez no por ello declara necesariamente la validez ni precluye totalmente que se cuestione con posterioridad.

vos incorrectos. En el MJR no está a nuestro alcance el saber con seguridad cuáles son esas normas que, todas y sólo ellas, constituirían el sistema de normas válidas. Para el objetivo de conocer si una norma ha sido correctamente formada cumpliendo todos los requisitos de validez, es insuficiente el remedio de acudir a las autoridades que tienen la última palabra revestida de autoridad: su criterio será más o menos fiable, y la argumentación en que fundamentan su juicio más o menos convincente, pero siempre pueden equivocarse o engañarnos [11]. Las autoridades no son infalibles ni necesariamente honestas.

KELSEN insiste en que la pregunta sobre la validez de las normas —en particular, en razón de sus relaciones con normas superiores— no puede plantearse con independencia de la cuestión sobre quién ha de responder la pregunta anterior [12]. No cualquier sujeto, responde: «Si la constitución autoriza a cualquiera a resolver este interrogante, apenas si podría contarse con leyes obligatorias para los sujetos y órganos de Derecho. Si es menester impedir tal situación, la constitución sólo puede autorizar a un determinado órgano en este respecto» (1979: 278). Difícil disentir de esta opinión. En general, la constitución y las leyes predeterminan los órganos que, con competencia exclusiva, se pronuncian sobre la validez de los actos normativos de autoridades y particulares. Pero sus pronunciamientos son decisivos, no porque declaran que el acto normativo se ha formado correctamente (juicio «de expertos» que puede tener mayor o menor fuerza de convicción), sino porque lo que hacen es constituir la fuerza de obligar: su pronunciamiento es definitivo, pero no infalible. En palabras de MORESO (1993: 108-109), generalizables a los pronunciamientos de todos los tribunales sobre cualesquiera normas, «las sentencias de un Tribunal Constitucional tienen valor declarativo en lo que respecta a la validez de las normas, pero tienen valor constitutivo en lo que respecta a su vigor...».

En el MJR es imprescindible esta posibilidad de someter a las normas (públicas y privadas) a un juicio de invalidación/convalidación del que resulten decisiones constitutivas sobre la fuerza obligatoria de las normas. Pero no es suficiente para la seguridad jurídica. Es preciso también saber a qué atenernos respecto de las normas (que aparecen como tales) sin necesidad de procesos de invalidación/convalidación o antes de que se inicien y concluyan. Necesitamos saber a qué atenernos sobre las reglas que debemos obedecer o con arreglo a las cuales ejercemos nuestros derechos y que han de ser aplicadas por las autoridades. El MJR es un MJD, en el que tienen fuerza de obligar normas no producidas válidamente (y del que son excluidas indebidamente normas válidas). Pero el MJR será menos defectuoso si hay criterios establecidos, generales y previos a los pronunciamientos definitivos sobre la validez (siempre posibles, pero poco frecuentes), que indiquen con la mayor claridad las normas obligatorias para cada uno: este criterio nos lo proporcionan los actos de validación. La validez (corrección) necesita de la validación (y no sólo de la convalidación) como condición de posibilidad en la práctica social del Derecho.

---

[11] Cabe el «riesgo de error honesto, abuso o violación», y «es imposible proveer mediante reglas a la corrección a las infracciones de todas las reglas» (HART, 178).

[12] «La pregunta referente a si una norma producida por un órgano jurídico corresponde a la norma superior que determina la forma de su producción o también su contenido, no puede separarse de la pregunta sobre quién está facultado por el orden jurídico para resolver la pregunta previa» (1979: 274).

## 10. PRESUNCIÓN DE VALIDEZ Y VALIDACIÓN

Cabe abordar el indicado problema de seguridad jurídica suponiendo o introduciendo una «presunción de validez» de las normas. Entre presunción de validez y validación hay sin duda implicaciones relevantes, por lo que parece útil hacer algunas consideraciones sobre las presunciones de validez. Adelanto ya que el análisis que de ellas ofrecen los autores me parece insuficiente y que uno de sus puntos débiles es precisamente la fijación del hecho a partir del cual se presume la validez (¿existencia?, ¿resultado institucional?, ¿corrección en cuanto a sujeto y materia?).

Suele hablarse de presunción de constitucionalidad de las leyes, así como de presunción de legalidad o de validez de los reglamentos y de los actos administrativos. En ocasiones, las leyes formulan explícitamente presunciones de validez (*v. gr.* de los actos administrativos). Algunos autores se han planteado también la presunción de validez de los actos (contratos) de los particulares, como una manifestación del *favor negotii* (de *favor matrimonii* en la presunción de validez del mismo)[13].

Creo que no se ha formulado una presunción de validez de las sentencias, pero sí, como se sabe, una «presunción de cosa juzgada», que sería una presunción de validez en su forma más fuerte: *iuris et de iure.* Paralelamente, cabría hablar de presunción de validez *(iuris tantum)* de todas las resoluciones judiciales, incluidas las no firmes o no definitivas. Pero las mismas razones por las que se niega que la cosa juzgada se explique adecuadamente como una presunción deberían llevar a negar este carácter a toda «presunción de validez». La sentencia firme y definitiva produce sus efectos con independencia de que el tribunal haya acertado o no al aplicar las normas y, en su caso, a declararlas válidas o inválidas; en este sentido la sentencia tiene eficacia constitutiva. Podrá decirse que la norma que atribuye este poder al juez está basada en que es razonable, o que es preferible, presumir que el juez acierta, pero no es una norma de presunción, sino de atribución de poder. Del mismo modo, las normas de validación atribuyen a una autoridad el poder de constituir provisionalmente fuerza de obligar (de la norma validada), mientras no sea invalidada, en su caso, por el órgano y mediante el procedimiento adecuado, con independencia de que la autoridad validante acierte o no en su juicio sobre la validez de la norma.

Parece útil, en todo caso, tratar de precisar en qué puede consistir una presunción de validez de normas o de actos, para compararla y relacionarla con una norma de validación.

D. MENDONCA (1998) nos presenta la propuesta de ULLMANN-MARGALIT, según la cual las presunciones pueden representarse mediante una fórmula con la siguiente forma estándar:

(1) Pres ($P$,$Q$),

donde «Pres» representa el operador de presunción, «$P$» el hecho que da lugar a la presunción y «$Q$» el hecho presumido. La fórmula se leería: «$P$ da lugar a la presunción de que $Q$», o «Existe la presunción, a partir de P, que $Q$».

[13] Un amplio e incisivo tratamiento general de la presunción de validez, desde el Derecho administrativo español, nos ofrece M. REBOLLO PUIG, 2005. Creo que la distinción que introduce entre presunción de legalidad y presunción de validez coincide aproximadamente con la distinción que sigue en el texto según se interprete ($Q$) como corrección o como fuerza de obligar.

Esta fórmula corresponde sin duda a intuiciones muy extendidas sobre qué sea una presunción. Hagamos un primer intento de interpretar la fórmula para una presunción de validez. ¿Qué significarían *P* y *Q*? El hecho que da lugar a la presunción podría ser la «existencia» de la norma, o su «validez formal» (también un acto que constata su existencia, lo que acercaría la presunción de validez a una norma de validación). Evidentemente, *P* no puede ser el hecho de que la producción de la norma haya sido plenamente regular en forma y fondo[14]. Que *P* sea alguna de estas cosas (u otras que ahora no imagino) dependerá de la configuración específica de la presunción en el sistema de referencia.

En cuanto a *Q,* la expresión «presunción de validez» interpretaría *Q* como «validez». Pero ¿en qué sentido de validez? Puede ser, al menos:

*a)* Validez como adecuación plena (competencia, procedimiento, materia y contenido) a las normas que regulan su producción.
*b)* Validez como fuerza de obligar.

A) *Consideremos, en primer lugar, la alternativa a).* De este modo, y tomado para *P* el significado de «existencia», la presunción de validez tendría la siguiente forma:

(2) «Existe la presunción, a partir de que *N* existe, que *N* se adecua plenamente al ordenamiento».

Exploremos ahora las características de esta presunción. Siguiendo las consideraciones de MENDONCA sobre la fórmula propuesta por ULLMANN-MARGALIT, «la regla no tiene tanto que ver con la afirmación de hechos como con el proceder sobre su base» (1998: 84), es decir, que el destinatario de la presunción tome *Q* «como si fuese verdadera, como base para actuar». En nuestro caso, que se comporte conforme al contenido de *N* si *N* fuera una norma válida, plenamente adecuada al ordenamiento.

MENDONCA parece suponer que las presunciones están dirigidas a los jueces[15], es decir, que operan únicamente en el proceso; pero en nuestro caso tenemos que considerar destinatarios a todos los sujetos, pues las presunciones de validez operan en el tráfico jurídico y no operan, o lo hacen de otro modo, precisamente para los jueces llamados a formular juicios de validez revestidos de autoridad. Las autoridades en general (también las autoras de *N*), lo mismo que los particulares, han de comportarse como si *N* fuera plenamente válida: deben cumplir los deberes establecidos en ella, pueden exigir cumplimiento a otros y deben justificar sus decisiones contando con *N*.

«Las presunciones están asociadas con ciertas inferencias, pero las presunciones, en sí mismas, no versan acerca de inferencias». Las presunciones legales de validez pueden estar basadas en la creencia de que en la mayor parte de los casos los actos de las autoridades reúnen todos los requisitos de validez formal y material, pero no establecen una inferencia en este sentido. Cabe que esta consideración probabilística *(quod*

---

[14] La proposición que dijera que «existe la presunción, a partir de que la norma se ha producido con total regularidad, que la norma es válida» no sería una presunción, sino una definición de validez.

[15] Es también el caso del importante trabajo sobre presunciones de J. AGUILÓ, 2006, si bien parte de su análisis podría generalizarse. La introducción de reglas legales sobre presunciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en relación con la prueba de los hechos en el juicio (con la correlativa derogación de las hasta entonces presentes en el Código Civil) contribuye a olvidar el análisis de las normas de presunción que no tienen como ámbito operativo el proceso.

*plerumque accidit)* sea la justificación de las presunciones legales (es más/menos frecuente *Q* que No-*Q,* en caso de *P*), pero caben al menos otros dos tipos de consideraciones (MENDONCA, 95): evaluativas (las consecuencias de presumir *Q,* en caso de *P,* serían más/menos graves que las consecuencias de presumir No-*Q,* en caso de *P*) y procesales (es más/menos fácil producir prueba a favor de *Q* que de No-*Q,* en caso de *P*). Para las presunciones legales de validez, la consideración probabilística es plausible, pues podemos suponer que es lo que ocurre en la inmensa mayor parte de los casos (además, el ordenamiento toma abundantes precauciones para que así sea, en forma de cautelas organizativas, de procedimiento y sancionatorias); pero es la consideración evaluativa la decisiva: las consecuencias de presumir No-*Q* serían catastróficas, pues cualquier sujeto podría negarse a cumplir o a aplicar la norma mientras no se demostrara que ésta se adecua totalmente al ordenamiento. La consideración procesal coopera en el mismo sentido, pues sin duda es mucho más fácil demostrar la falta de un requisito que no demostrar la presencia exhaustiva de todos los requisitos: probar la validez, en el sentido de adecuación total de la norma a las exigencias de forma y fondo de las normas que regulan su producción es extraordinariamente difícil.

Esto nos lleva a la consideración de qué significa la prueba en contrario en la presunción de validez. MENDONCA presenta la cuestión, en general, del siguiente modo. «Las normas presuntivas contienen una cláusula de prueba en contrario con las formas "a no ser que" o "hasta que", por lo que la fórmula debería recoger esta variable en su antecedente, con lo cual ella debería asumir una forma como la siguiente:

(3) «Si está probado *(P)* y no está probado (No-*Q*) (o «hasta que se pruebe No-*Q*»), entonces es obligatorio presumir (*Q*)» (MENDONCA, 1998: 94).

Nuestra expresión (2) se completaría entonces del siguiente modo:

(3) «Existe la presunción, a partir de que *N* existe, que *N* se adecua plenamente al ordenamiento, hasta que se pruebe que N no se adecua plenamente al ordenamiento».

Pero la prueba de que *N* no se adecua plenamente al ordenamiento, *a)* no es una prueba de hechos, y *b)* sólo puede producirse en determinados procedimientos judiciales.

En realidad *a)* no es una prueba, sino un juicio de adecuación de una norma a los parámetros de la norma que regula su producción, y *b)* lo que se produce en el correspondiente procedimiento judicial es una declaración con fuerza de cosa juzgada, que pone fin definitivamente al debate (jurídico) sobre la validez.

La presunción de validez quedaría destruida, no por la prueba de la no validez, sino por un pronunciamiento de invalidez revestido de autoridad.

B) *Sigamos ahora la alternativa b)* («validez» como fuerza de obligar).

Si *P* se interpreta como existencia, tendríamos:

(4) «Existe la presunción, a partir de la existencia de N, de que N tiene fuerza de obligar (FoN), hasta que en el procedimiento adecuado se establezca que (no se adecua plenamente al ordenamiento y por tanto) no tiene fuerza de obligar» [16].

[16] De modo similar entiende la presunción de validez Á. RÓDENAS, 2006: «La mínima apariencia de cumplimiento de las exigencias que figuran en la ley pone en marcha todos los efectos jurídicos previstos para los

Esta «presunción» apunta a una norma presente en los ordenamientos jurídicos que conocemos, justificada por razones institucionales ligadas a la eficacia del Derecho. Sin ella no sería posible la práctica social del Derecho, pues cualquiera podría en cualquier momento eximirse de la obediencia a las normas. Pero no es una presunción, sino una norma constitutiva, que vincula la fuerza de obligar de la norma a la «existencia» de la misma. Su talón de Aquiles reconocido está en la interpretación de «existencia» de la norma.

Para superar esta debilidad, puede formularse la presunción interpretando *P* como específicos hechos o actos. En particular, como actos de autoridades que certifican la existencia de la norma.

Si *P* se interpreta como acto de validación, tendríamos:

(5) «Existe la presunción, a partir de $V_i$, que $N_j$ tiene fuerza de obligar $FoN_j$, hasta que se declare con autoridad $\neg FoN_j$».

Pero entonces, manteniendo la forma de presunción, la hemos vaciado de contenido. $FoN_j$ no es un hecho, ni la presunción indica que haya que comportarse o decidir sobre la base de un hecho «dado por cierto». En realidad, hemos formulado los efectos constitutivos de un acto de validación:

(6) «Dado $V_i$ (acto de validación referido a la norma $N_j$), $N_j$ tiene fuerza de obligar, a nos ser que se produzca un acto de invalidación $IN_j$»[17].

Acto de validación que presupone la norma que confiere poderes de validación (la norma de validación).

No es mi intención explorar todas las posibilidades e instancias de presunciones de validez de actos y de normas. Mi propósito era construir el concepto de validación y mostrar su utilidad para dar cuenta de algunos problemas centrales en la teoría de las normas. Las relaciones entre validación y presunción de validez son indudables y la exposición anterior contribuye, creo, a perfilar el concepto de validación. Quizás también aporte alguna mayor claridad a la teoría de las presunciones de validez, sin duda acreedora de mayor atención teórica.

---

resultados normativos regulares, y sólo en virtud de un pronunciamiento expreso de un órgano revestido de autoridad para ello será posible romper esta presunción» (p. 269). Tal presunción está justificada por «una exigencia normativa»: «de acuerdo con nuestros sistemas jurídicos no sólo *deben* producir efectos jurídicos aquellas entidades jurídicas que se adecuan a las exigencias contenidas en las normas sobre la producción normativa, sino también aquellas otras que, pese a no adecuarse, presentan al menos *una mínima apariencia* de adecuación» (p. 269, cursivas del original; también p. 276). La autora refiere también la presunción de validez a los actos de particulares, en términos, en mi opinión, necesitados de matización. Por otra parte, acepta la configuración de las presunciones de validez como *presunciones-principio,* siguiendo la sugestiva distinción de J. Aguiló, 2006.

[17] Ciertamente, cabría formular una presunción de validez interpretando *P* como acto de validación y *Q* como corrección o adecuación al ordenamiento: «Existe la presunción, a partir de que *V* valida la norma *N,* que *N* se adecua plenamente al ordenamiento, hasta que se pruebe que *N* no se adecua plenamente al ordenamiento». En mi opinión, como resulta de todo lo dicho en estas páginas, no se trataría propiamente de una norma de presunción, sino de la expresión de alguna de las razones que justifican la existencia de normas de validación.

## NÓMINA DE AUTORES Y OBRAS CITADAS

AGUILÓ REGLA, J., 2006: «Presunciones, verdad y normas procesales», *Isegoría,* 35, pp. 9-31 (luego en AGUILÓ REGLA, J., 2008: *Sobre Derecho y argumentación,* Palma, Mallorca: Lleonard Muntaner, pp. 87-107).

ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems,* Viena-Nueva York: Springer Verlag (cit. por *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* 2.ª ed., Buenos Aires: Astrea, 1987).

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2001: «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 24, pp. 115-130.

— 2003: «Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 26, pp. 719-735.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., 2003: «Las normas derogadas. Vigencia, validez, aplicabilidad», en *Derecho Privado y Constitución,* 17, pp. 197-252.

— (2005): «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y dogmática)», en *Anuario de Derecho Civil,* LVIII, pp. 9-74.

DELGADO PINTO, 1990: «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 7, pp. 101-103.

GUASTINI, R., 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho,* Barcelona: Gedisa.

HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law,* Oxford: Clarendon Press, 2.ª ed., 1974 [trad. cast. de la 1.ª ed. (1961), por CARRIÓ, G. R., 1963: *El concepto de Derecho,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot].

KELSEN, H., 1960: *Reine Rechtslehre,* 2.ª y definitiva edición, revisada y ampliada, Viena (trad. del original en alemán por VERNENGO, R. J., 1979: *Teoría pura del Derecho,* México: Universidad Nacional Autónoma de México).

MENDONCA, D., 1998: «Presunciones», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* 21, pp. 83-98.

MORESO MATEOS, J. J., 1993: «Sobre normas inconstitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 13, 38, pp. 81-115.

PEÑA FREIRE, A. M., 1999: «Validez y vigencia de las normas jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho,* XVI, pp. 99-119.

REBOLLO PUIG, M., 2005: «La presunción de validez», en *Civitas, Revista Española de Derecho Administrativo,* 128, pp. 587-638.

RÓDENAS, Á., 2006: «Sobre la validez jurídica: entre la normatividad y la convención», *Analisi e diritto 2006* (a cura di P. COMANDUCCI e R. GUASTINI), pp. 255-276.

RUIZ MANERO, J., 1990: *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action, A Logical Enquiry,* London: Routledge & Kegan Paul [cit. por *Norma y acción. Una investigación lógica,* P. GARCÍA FERRERO (trad.), Madrid: Tecnos, 1979].

# LAICIDAD, RELIGIÓN Y DELIBERACIÓN PÚBLICA *

Rodolfo Vázquez **

*Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**RESUMEN:** Se propone una concepción de la laicidad como método de conocimiento en el plano individual y como método de decisión democrática en el ámbito público mediante procedimientos discursivos. El Estado laico debe abarcar todo sector en el que la dimensión valorativa sea preeminente, pero de manera enfática, con respecto a la dimensión religiosa. En este sentido, una bioética laica en el ámbito público debe asumir la autonomía del Estado respecto a las doctrinas y normas religiosas y el respeto a la libertad de conciencia y a la privacidad. En el texto se hace mención de algunos ejemplos recientes en México en los que el principio de laicidad queda cuestionado y se proponen algunas alternativas de solución de acuerdo con algunas ideas de RAWLS, HABERMAS, DWORKIN, LAFONT, entre otros filósofos.

**Palabras clave:** laicidad, pluralidad democrática, libertad de conciencia y privacidad, deliberación pública.

**ABSTRACT:** We are proposing a conception of laicism as a cognitive method in the individual sphere and as a democratic decision making method in the public sphere using discursive procedures. The secular State must fully cover the sector in which the moral (values) dimension is preeminent, but most emphatically, the one regarding the religious dimension. In this sense, laicism in the public sphere should incorporate the autonomy of the State regarding religious doctrines and norms as well as the respect towards the individuals' privacy and freedom of conscience. Through out this paper the reader will find various recent examples in which laicism has been questioned in Mexico, as well as some possible solutions around the ideas of RAWLS, HABERMAS, DWORKIN and LAFONT, among other philosophers.

**Keywords:** laicism, democratic pluralism, freedom of conscience and privacy, public deliberation

---

* Fecha de recepción: 28 de octubre de 2008. Fecha de aceptación: 27 de noviembre de 2008.

** Agradezco a M. ATIENZA, E. GARZÓN VALDÉS y A. KRAUS sus comentarios a una primera versión de este trabajo.

## EL CASO MEXICANO

En el año 2000 daba inicio en México el llamado «sexenio del cambio democrático». Ello representaba la derrota del partido hegemónico en el poder durante setenta años y el estreno de un gobierno de derecha. Quizás alertando lo que podría significar este tipo de gobierno, en alianza tácita con la iglesia católica —digo tácita porque en México se reconoce jurídicamente la separación de las iglesias y el Estado—[1] y anticipando las posibles consecuencias en materia civil y educativa, se comenzó a enfatizar a través de los medios y de la comunidad intelectual la importancia de la laicidad y de algunos valores afines: la tolerancia, la pluralidad, la separación entre lo público y lo privado, la libertad religiosa y el proceso de secularización[2].

Tal énfasis resultaba especialmente importante en un fin de siglo y el inicio del siguiente, en lo que se advertía sobre el hecho de un cuestionamiento creciente de la laicidad:

> Desde hace algunas décadas, decía el sociólogo R. BLANCARTE, es notorio el proceso de recuperación de espacios públicos por parte de las religiones y no sólo en las áreas de mayor presencia católica; lo vemos en el Islam, en el hinduismo y en los diversos cristianismos. La crisis de la utopía de la modernidad, la incapacidad de ésta para dar respuesta a todos los problemas sociales y de sentido de los individuos, la ausencia de una legitimidad de muchas instituciones políticas, ha conducido a un nuevo planteamiento del papel de las religiones y de las instituciones eclesiales en la actualidad[3].

La apreciación de BLANCARTE era correcta. Los seis años del gobierno foxista y el tiempo que lleva el actual presidente Felipe Calderón han sido una confirmación de lo que podríamos llamar un reposicionamiento de la religión y un debilitamiento de la laicidad[4]. Menciono algunos ejemplos.

No hace mucho se abrió el debate en México en torno al tema de la laicidad educativa en las escuelas públicas. Se argumentó, entonces, nada menos que por el *Ombudsman* nacional, que la prohibición de la enseñanza religiosa en las escuelas era una forma de discriminación negativa hacia aquellos padres de familia que sin tener recursos suficientes para enviar a sus hijos a escuelas privadas confesionales, debían enviarlos, contra sus convicciones, a escuelas públicas laicas[5]. En el mismo sentido, para el actual presidente del Episcopado mexicano, las leyes mexicanas deben garantizar la libertad religiosa, que es mucho más amplia en su contenido que la libertad de creencia

---

[1] *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 130, totalmente reformado, Diario Oficial de la Federación, 28 de enero de 1992.

[2] Véase R. VÁZQUEZ (coord.) 2007, *Laicidad. Una asignatura pendiente,* México: Coyoacán. En esta compilación colaboran R. BLANCARTE, C. PEREDA, C. YTURBE, A. SAURET, G. GUEVARA NIEBLA, M. LAMAS, L. SALAZAR CARRIÓN, A. RUIZ MIGUEL, J. WOLDENBERG, P. SALAZAR UGARTE, F. RIMOLI y M. CARBONELL.

[3] R. BLANCARTE (comp.) 2000, *Laicidad y valores en un Estado democrático, México:* El Colegio de México y Secretaría de Gobernación, p. 9. En este libro se recogen los trabajos de M. LIMÓN ROJAS, P. LATAPÍ SARRE, J. GUILLERMO FIGUEROA, Y. A. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M. CEBALLOS, J. MEYER, D. CARRASCO ALTAMIRANO y del propio R. BLANCARTE, con una presentación de A. LIRA.

[4] El carácter laico del Estado mexicano se reconoce en una ley secundaria, la *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público,* Diario Oficial de la Federación, 15 de julio de 1992.

[5] Véase una crítica a la posición del *Ombudsman* nacional, J. L. SOBERANES, en J. VOLPI, «Soldados de Cristo», *Proceso,* núm. 1484, 10 de abril de 2005, p. 54.

y culto. Hacer valer la libertad religiosa es hacer valer el derecho de los padres de familia a que sus hijos sean educados conforme a su fe y el Estado debe implementar las condiciones y los recursos para que tal libertad religiosa no se vea limitada[6]. No está de más considerar la advertencia de C. MAGRIS con respecto a las consecuencias que se podrían seguir de este argumento:

> En nombre del deseo de los padres de hacer estudiar a sus hijos en escuelas que se funden en principios (religiosos, políticos o morales), surgirían escuelas inspiradas en los diversos harapos ocultistas de cada vez mayor difusión, en conventículos estrafalarios e ideologías de todo género. Hay ciertamente padres racistas nazis, estalinistas deseosos de educar a sus hijos (a nuestras expensas) en el culto de su Moloch; padres que pedirían escuelas en las que sus pimpollos no se sienten junto a condiscípulos meridionales. Nacerían probablemente escuelas satanistas, otras prestas a llamar como «expertos» a cartománticos y magos y así sucesivamente[7].

Por supuesto, no es objeto de debate el hecho de que en materias como Historia y Civismo se explique el fenómeno religioso y se enseñe una historia comparada de las religiones. Pero la pretensión del prelado va más lejos en el sentido de incluir la enseñanza de una religión como parte del currículum escolar y financiarla por el Estado. A esta pretensión se añaden otras demandas: el voto pasivo de los ministros de culto; el derecho a expresar sus opiniones en materia política y a asociarse con fines políticos; que las asociaciones religiosas posean medios de comunicación masivos; y que las iglesias reciban subsidios públicos mediante la recaudación de un impuesto especial que recogería y distribuiría el Estado. Al comentar estas demandas, un católico como P. LATAPÍ considera que:

> [...] se habla de un «Estado confesional» que vendría en sustitución del «Estado laico». [...] A los católicos que vamos depurando nuestra idea de la Iglesia en la dirección contraria —como una comunidad de fieles en la fe cuya seguridad no estriba en el poder temporal, sino en la confianza en Dios, como aparece en el Evangelio— nos chocan profundamente estas demandas de la jerarquía eclesiástica[8].

El tema de la «píldora del día siguiente» es hasta hoy, pese a su no muy lejana autorización, un debate inconcluso que no sólo abandera la iglesia católica argumentando sus presuntas consecuencias abortivas, sino que a esta cruzada se sumó el anterior secretario de Gobernación y un sinnúmero de asociaciones de padres de familia. Que estas asociaciones y la iglesia católica —y otras iglesias— expresen libremente su opinión es parte del juego democrático en una sociedad plural, pero que el Estado asuma un papel promotor y protagonista en temas que deberían terminar resolviéndose en la conciencia privada de cada mujer, es otro asunto[9].

En el debate sobre el tema de la clonación terapéutica y la posibilidad de investigación de embriones humanos, algunos dirigentes de la Conferencia del Episcopado Mexicano manifestaron su preocupación sobre el voto de México en las Naciones Uni-

---

[6] Véase la entrevista de R. VERA al presidente del Episcopado mexicano, C. AGUIAR RETES, en *Proceso,* núm. 1574, 31 de diciembre de 2006, pp. 13 y ss.

[7] Citado por A. RUIZ MIGUEL, en R. VÁZQUEZ (coord.), *op. cit.,* p. 165, núm. 7.

[8] P. LATAPÍ, 2008, *Andante con brío,* México: FCE, pp. 37-38. Varios líderes religiosos manifestaron su desacuerdo con las pretensiones de la Iglesia Católica. El obispo primado de la Iglesia Anglicana en México, Carlos Touché, dijo desconocer si «detrás hay un intento de los obispos católicos por recuperar el poder y la influencia que tuvieron en el pasado, lo cual significaría un retroceso». *Milenio,* 20 de marzo de 2008, Política, p. 13.

[9] Véase R. BLANCARTE, 2008, «¿Es abortiva la anticoncepción de emergencia?», en *Sexo, religión y democracia,* México: Planeta, pp. 179 y ss.

das a través de un desplegado en los periódicos publicado en octubre de 2004. Lo que llama la atención de este pronunciamiento, en palabras de R. BLANCARTE, es que «no era usual que los obispos expresaran sus puntos de vista sobre temas controvertidos de políticas públicas de manera abierta»; y agrega «ellos, a partir de consideraciones de valor y de una cierta idea de la vida, pretendían ponerle un freno a cierto tipo de investigaciones. Poco importaba si con ello se coartaba la posible curación de muchos males que aquejan a la humanidad, como la diabetes, el cáncer o el Alzheimer»[10]. Finalmente, pese a sendos comunicados enviados por asociaciones civiles, entre ellas por el Colegio de Bioética, a la Secretaría de Salud y de Relaciones Exteriores, México decide cambiar su intención de voto inicialmente permisiva, por una prohibitiva.

El 28 de agosto de 2008, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en sesión plenaria por ocho votos contra tres validar constitucionalmente las reformas legales promovidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal mediante las cuales se despenaliza el aborto en las primeras 12 semanas de embarazo. Sin duda es una decisión de gran relevancia social y, por supuesto, progresista en el concierto de nuestros países latinoamericanos. Lo que me interesa destacar para los propósitos de este trabajo es que los órganos que interpusieron las acciones de inconstitucionalidad en contra de tales reformas fueron la Comisión Nacional de Derechos Humanos a través de su *Ombudsman* con alegatos claramente metafísicos y religiosos; y la Procuraduría General de la República, órgano del poder ejecutivo federal.

Y podríamos continuar con los ejemplos señalando la complicidad del gobierno con la jerarquía eclesiástica en los casos de sacerdotes pederastas; o las «macrolimosnas» otorgadas a la iglesia católica por un gobernador estatal en franca violación a la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, etcétera.

Por desgracia las acciones y actitudes dogmáticas han mostrado la peor cara de las religiones y de las instituciones. No es extraño que esta situación haya provocado una polarización de las críticas y éstas se hayan deslizado hacia formas de «laicismo», que no de laicidad. N. BOBBIO caracteriza al «laicismo» por su tono beligerante, por un «lenguaje insolente, de rancio anticlericalismo, irreverente y, para decirlo en una palabra, nada laico, emotivo y viceral, que no se expresa con argumentos y, por tanto, parece querer rechazar cualquier forma de diálogo...», es decir, aquel laicismo que necesita «armarse y organizarse» degenerando, también, en integrismo, fundamentalismo y radicalismo[11]. Digamos que ésta sería la otra cara de la moneda, que también ha encontrado en México manifestaciones claras de rechazo, impugnación y en ocasiones de violento repudio a cualquier manifestación pública de religiosidad.

## ¿QUÉ ES LA LAICIDAD?

Entiendo por laicidad la doctrina que sostiene la imparcialidad del Estado ante las diversas creencias de los ciudadanos en materia de religión. Esto quiere decir que: 1. las

[10] *Ibídem,* «Iglesia, clonación y democracia», pp. 135 y ss.

[11] N. BOBBIO, «Cultura laica y laicismo», texto en respuesta a los intelectuales italianos que firmaron un «Manifiesto laico» contra el integrismo religioso (17 de noviembre de 1999), publicado en el periódico español *El Mundo.*

creencias religiosas, su transmisión y enseñanza se localizan en el ámbito privado; 2. en tanto expresión de un derecho individual, el Estado debe proteger la libertad ideológica, que se manifiesta también en la no profesión de creencia religiosa alguna, así como las ideas antirreligiosas; 3. las faltas a la moral de inspiración religiosa no tienen trascendencia política y más bien el Estado debe definir los delitos mediante criterios universalizables; 4. se debe privilegiar el criterio de argumentación y consentimiento de los individuos, a través del voto y del principio de mayoría, frente a la pretensión de la custodia de verdades reveladas por la divinidad a través de sacerdotes y jerarquías eclesiásticas [12].

Con respecto a lo público y lo privado, debe aclararse que si bien el ámbito primordial de las creencias religiosas es el privado, la libertad religiosa comprende también el derecho a expresar e intentar expandir las propias creencias en el ámbito público: «desde la construcción de lugares de culto y de enseñanza religiosa hasta las procesiones y el proselitismo casa por casa» [13]. Lo que importa entender es que el perímetro correcto del ejercicio de esos derechos debe situarse estrictamente dentro de la sociedad civil y no traspasar a la utilización del Estado. Éste debe mantener una posición de imparcialidad frente a todos los cultos, sin privilegiar alguna confesión religiosa por encima de las demás.

También conviene aclarar que imparcialidad no es sinónimo de neutralidad entendida como inacción. En palabras de J. R. COSSÍO:

> Mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes. [...] lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, y que el principio de separación entre las Iglesias y el Estado consagrado en el art. 130 de la Constitución Federal no exime en muchos casos a los órganos estatales del deber de regular en distintos niveles (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas [14].

En este mismo sentido se expresan M. BOVERO y L. SALAZAR CARRIÓN. El adjetivo laico puede entenderse desde un punto de vista negativo mínimo de modo tal que para que un Estado sea laico basta con que sea neutral en relación a los diferentes credos religiosos. Sin embargo, reducir la laicidad de esa manera, piensan estos autores, abre las puertas al nihilismo, al relativismo, al indiferentismo o al cinismo. Para evitar caer en tal situación, es necesario que el pensamiento laico no se entienda como la ausencia de valores, sino como la manera de presentar y defender ciertos principios y valores: el pensamiento laico se funda en un principio práctico: la tolerancia; y en un principio teórico: el antidogmatismo. Siendo así, lo propio de una ética laica es colocar como principio

---

[12] A. RUIZ MIGUEL, «Laicidad, laicismo, relativismo y democracia», en R. VÁZQUEZ (coord), *op. cit.,* pp. 159-160. Véase también R. BLANCARTE, «Laicidad: la construcción de un concepto universal», en R. VÁZQUEZ (coord.), *op. cit.*, p. 35. Para BLANCARTE los tres elementos esenciales de la laicidad son: 1. el respeto de la libertad de conciencia; 2. la autonomía del Estado respecto a las doctrinas y normas religiosas y filosóficas particulares, y 3. la igualdad real de todos los seres humanos y la no discriminación directa o indirecta.

[13] *Ibídem.*

[14] J. R. COSSÍO, 2008, «Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas», en *Letras Libres,* abril núm. 112, pp. 64-65, el texto reproduce el voto concurrente formulado por el ministro Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 502/2007, fallado por la Primera Sala de la Suprema Corte el 28 de noviembre de 2007. Para la distinción entre neutralidad e imparcialidad del Estado, véase R. VÁZQUEZ, 2006, *Entre la libertad y la igualdad,* Madrid: Trotta, 2006, pp. 151 y ss.

fundamental el respeto a la autonomía de los individuos en tanto seres racionales. Bajo este supuesto, tal ética exige una educación ilustrada, condiciones de legalidad y un derecho positivo que reconozca y garantice efectivamente los derechos fundamentales de todas las personas por igual[15]. Con otros términos, para A. SAURET, lo laico:

> ...no supone simplemente la aconfesionalidad pasiva del Estado sino activa, concretada en el compromiso de mantener un espacio cívico-político definido por la ética y las instituciones civiles a los efectos tanto de preservar la autonomía de lo político, como de salvaguardar la libertad de conciencia en las convicciones espirituales de la persona[16].

Esta laicidad «activa» debe distinguirse de la idea popularizada por Sarkozy en la reciente visita de Benedicto XVI a Francia (septiembre de 2008) sobre la laicidad «positiva». Esta última en términos de uno de sus críticos es «aquella fórmula institucional que respeta la libertad de creer o no creer (en dogmas religiosos, claro) porque ya no hay más remedio, pero considera que las creencias religiosas no sólo no son dañinas sino beneficiosas social y sobre todo moralmente»[17]. Apoyándose en J. BAUBÉROT, F. SAVATER critica con razón tal tipo de laicidad porque significa:

> Una forma de neoclericalismo, confesional, pero no confeso. Y eso porque un Estado realmente laico no sólo no puede dejarse contaminar por ninguna religión, ni privilegiar ninguna de las existentes sobre las demás, sino que tampoco puede declarar preferible tener una religión o no tenerla[18].

Dicho lo anterior, quisiera detenerme en la cuarta característica señalada por RUIZ MIGUEL, la de privilegiar la argumentación y el consentimiento de los individuos en una sociedad democrática representativa, por encima de la custodia y eventual imposición de verdades reveladas o convicciones metafísicas por parte del Estado, en colusión abierta o solapada con las autoridades eclesiásticas. Es claro que el pluralismo de creencias últimas en materia religiosa es seguramente inevitable pero, como afirma el autor: «los intentos de imponer una u otra posición en esta materia por otras vías que no sean la argumentación racional y razonable o el ejemplo de la coherencia y la probidad de las conductas, son una clara negación de la libertad religiosa a la que todos los seres humanos tienen derecho»[19].

## RELIGIÓN Y DELIBERACIÓN PÚBLICA

En términos de C. LAFONT, la cuestión a debatir sería la siguiente: «¿Es posible realmente articular una noción de lo "racionalmente aceptable" que todos los ciudadanos puedan compartir a pesar de no coincidir en una visión del mundo o en una concepción del bien homogénea?»[20].

---

[15] Véase M. BOVERO, 2002, «Laicidad y democracia. Consideraciones sobre pensamiento laico y política laica», en *Nexos,* México, julio; y L. SALAZAR CARRIÓN, «Religiones, laicidad y política en el siglo XXI», en R. VÁZQUEZ (coord.), *op. cit.* pp. 149 y ss.

[16] A. SAURET, 2008, *Textos atorrantes,* México: Ediciones Coyoacán, p. 127.

[17] F. SAVATER, «Siempre negativa, nunca positiva», en *El País,* Opinión, 16 de octubre de 2008, pp. 31-32.

[18] *Ibídem.*

[19] A. RUIZ MIGUEL, *op. cit.,* p. 192

[20] C. LAFONT, 2007, «Democracia y deliberación pública», en R. Arango (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales,* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, p. 130

No me detendré en el análisis de las presuposiciones pragmático-formales que subyacen a la práctica de la deliberación pública racional: inclusión, simetría y reciprocidad entre los participantes, ausencia de coerción y libertad comunicativa y responsabilidad. Podemos convenir que se pueden cumplir todos estos requisitos y concluir, sin embargo, en una visión del mundo o propuesta de acción no razonable. Me interesa plantear el problema en términos de las razones que puedan ser aceptadas por los demás, y éstas ya no hacen referencia a los procedimientos sino a los contenidos.

En *Liberalismo político* J. RAWLS propone su conocido «consenso sobrepuesto»[21]. Esta noción se apoya en el supuesto de que la razón común a todos los seres humanos es suficiente para descubrir nuestras obligaciones morales y políticas. Esto permite a RAWLS distinguir entre razón pública y razón privada, distinción necesaria para responder la cuestión de qué tipo de argumentos son aceptables e inaceptables en la deliberación pública. Para RAWLS nada impide que los ciudadanos que participan en la deliberación pública política ofrezcan razones procedentes de las doctrinas comprehensivas, metafísicas o religiosas, en las que creen, pero siempre y cuando ofrezcan además razones generalmente accesibles a todos los ciudadanos que justifiquen dichas doctrinas. Si estas doctrinas comprehensivas no pueden apoyarse en razones públicas paralelas deben excluirse de la deliberación. El problema de esta concepción salta a la vista: ¿se puede pedir a un ciudadano que sacrifique sus aspiraciones de corrección sustantiva para satisfacer las aspiraciones de legitimidad democrática? Quien no estuviera dispuesto a hacerlo mantiene su sinceridad a costa de ser excluido o autoexcluirse de la deliberación pública; quien estuviera dispuesto a hacerlo apelaría a razones prudenciales para incluirse en el debate democrático, pero a costa de una buena dosis de sinceridad.

R. DWORKIN abunda en el dilema que plantea la propuesta de RAWLS y se pregunta si en verdad, en sociedades liberales y democráticas, mayoritariamente religiosas y con gobiernos que no escatiman en hacer públicas sus filiaciones religiosas, estarían tan dispuestos los creyentes a mantener sus convicciones separadas de su política, con todo el sistema coercitivo que ello implica, aun cuando pudieran hacerlo. Estados Unidos, por ejemplo, ha sido un país religioso desde sus inicios:

> Martin Luther King Jr., nos dice DWORKIN, era un hombre de fe, y recurrió a su religión para condenar los prejuicios con una gran efectividad; algunos curas católicos hablando en calidad de curas se han situado en la vanguardia de la lucha por la justicia social en Latinoamérica y en otros lugares. En cualquier caso, los liberales no lograrán que los creyentes dejen a un lado sus convicciones religiosas cuando asumen el papel de ciudadanos. Este papel requiere sinceridad y autenticidad, lo cual es imposible para esas personas a menos que mantengan sus creencias religiosas en mente. El cisma en torno a la religión en Norteamérica muestra las limitaciones del proyecto del liberalismo político de RAWLS, de su estrategia de aislar las convicciones políticas de las convicciones morales, éticas y religiosas más profundas[22].

En los últimos años J. HABERMAS ha dedicado algunos trabajos a esta temática retomando y criticando la propuesta de RAWLS[23] y debatiendo, entre otros, con J. RATZIN-

---

[21] J. RAWLS, 1995, *Liberalismo político,* México: FCE.

[22] R. DWORKIN, 2008, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político,* Barcelona: Paidós, pp. 88-89. Más adelante comentaremos la propuesta de Dworkin desarrollada en el capítulo «Religión y dignidad».

[23] J. HABERMAS, 2006, *Entre naturalismo y religión,* Barcelona: Paidós, especialmente cap. 5, «La religión en la esfera pública». Véase la respuesta a HABERMAS de P. FLORES D'ARCAIS, enero/febrero 2008 «Once tesis

GER[24]. HABERMAS coincide con RAWLS en el sentido de que al determinar las medidas políticas coercitivas que vayan a adoptarse, sólo cuentan las razones generalmente accesibles, las «razones seculares». Pero a diferencia de RAWLS, HABERMAS distingue entre una esfera pública informal y una esfera pública formal o institucional. En la primera los ciudadanos pueden apelar a razones exclusivamente religiosas en la deliberación siempre y cuando reconozcan la obligación de traducción institucional. Sólo las razones religiosas que puedan traducirse con éxito en razones seculares podrán pasar el filtro institucional. Con esta distinción, la propuesta de HABERMAS permite a los ciudadanos en la esfera pública informal expresar y justificar sus convicciones en un lenguaje religioso si no pueden encontrar traducciones seculares para ellas. De esta manera HABERMAS solventa el problema de la deshonestidad y permite a los ciudadanos religiosos entender la deliberación pública como un proceso cognoscitivo genuino. ¿Pero hacer esta distinción tan radical entre ciudadanos religiosos y ciudadanos seculares no pondría en peligro los prerrequisitos de la deliberación pública en términos de simetría de los participantes?

HABERMAS responde, de acuerdo con las condiciones formales de todo discurso racional, que no tiene ningún sentido permitir la inclusión de razones religiosas en las contribuciones a la deliberación pública sin el requisito correlativo de exigir que los demás participantes tomen en serio tales contribuciones. Esto es posible si se puede esperar de todos los ciudadanos que no nieguen en principio todo posible contenido cognitivo a esas contribuciones. De aquí que, sorpresivamente, los ciudadanos seculares tienen que cumplir con dos condiciones: 1. abrirse cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas y 2. ayudar a traducir el contenido de las mismas que pueda ser expresado en un lenguaje secular y justificado con argumentos seculares. HABERMAS es explícito en este punto en su conversación con RATZINGER:

> Los ciudadanos secularizados, en tanto que actúan en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a los conceptos religiosos su potencial de verdad, ni pueden negar a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas. Es más, una cultura política liberal puede incluso esperar de los ciudadanos secularizados que participen en los esfuerzos para traducir aportaciones importantes del lenguaje religioso a un lenguaje más asequible para el público en general[25].

Sin embargo, como señala lúcidamente LAFONT, resulta que ahora a diferencia de los ciudadanos religiosos, los ciudadanos seculares son los que no pueden adoptar públicamente la perspectiva cognitiva que se corresponde con sus verdaderas creencias si ésta resulta ser de tipo secular. Estaríamos tratando a los ciudadanos seculares no bajo un criterio normativo sino instrumental y, por supuesto, caeríamos en el mismo dilema de la sinceridad que ya hemos visto en RAWLS, nada más que ahora aplicado a los ciudadanos seculares. Más aun, si después de todo este esfuerzo no se encuentran traduc-

---

contra Habermas», en *Claves de la razón práctica,* Madrid, núm. 179; la réplica de HABERMAS, marzo/abril 2008, «La voz pública de la religión», en *Claves de la razón práctica,* núm. 180; y la propuesta de R. MATE, mayo/junio 2008, que tercia en la disputa, «La religión en una sociedad postsecular. El debate entre HABERMAS y FLORES D'ARCAIS», *Claves de la razón práctica,* Madrid, núm. 181.

[24] J. HABERMAS y J. RATZINGER, 2008, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización,* México: Cenzontle, FCE,

[25] *Ibídem*, p. 33.

ciones seculares para las convicciones religiosas, pues éstas quedan excluidas para adoptar las políticas coercitivas que vayan a adoptarse. Creo que llegamos por una vía un poco más tortuosa a las mismas conclusiones de RAWLS.

Todo lo anterior sin profundizar en la idea de «potencial de verdad» de los conceptos religiosos. Pensemos un instante cuál sería el potencial de verdad de conceptos religiosos como la encarnación de Cristo, el pecado original, la transustanciación, la virginidad de María, la resurrección, el juicio final, y así por el estilo, al menos en la confesión cristiana. ¿De qué recursos epistemológicos podría echar mano el ciudadano secular para traducir este lenguaje religioso al público en general? Si HABERMAS no tiene en mente este tipo de verdades de fe en los cristianos al momento de ingresar a la deliberación pública y las descarta como no traducibles a un lenguaje secular, y por tanto imposible de ser institucionalizadas, entonces el remanente susceptible de traducción es irrelevante. Así, por ejemplo, si un cristiano afirma que «todos somos hijos de Dios» y con ello se interpreta que «todos somos iguales en dignidad», o bien se trivializa lo que en la fe cristiana significa ser «hijo de Dios», o bien se abusa de la analogía entre «hijos de Dios» y «dignidad humana». No encuentro ninguna relación posible entre el concepto de «dignidad humana» y la idea de ser «hijo» de un ser divino trascendente y espiritual, con todos los atributos infinitos. Mucho menos, que por ser todos hijos de un padre con tales cualidades, seamos humanamente iguales.

C. LAFONT profundiza en la crítica a la pretensión de HABERMAS preguntándose qué significa «tomarse en serio» las razones de los conciudadanos. Según la interpretación de Habermas, como vimos, tomar en serio las razones religiosas a favor de medidas políticas controvertidas requiere que no se niegue de principio la posible verdad de las creencias religiosas. Sin embargo, piensa LAFONT, no resulta nada obvio por qué tendría que ser esto así. Más bien, tomarse en serio las razones religiosas exige evaluarlas seriamente en función de sus méritos: es estar preparados para ofrecer argumentos y evidencias en contra que muestren por qué son equivocadas si pensamos que lo son. Con sus palabras:

> Tomar en serio las razones religiosas en contra del matrimonio homosexual, por ejemplo, no requiere de los ciudadanos seculares que se abran cognitivamente a la posible verdad de las creencias religiosas sobre la perversidad de los homosexuales. Basta, por ejemplo, con que confronten dichas razones con la objeción de tratamiento desigual que implica negar el derecho al matrimonio a un grupo de ciudadanos, si eso es lo que ellos creen. [...] Los ciudadanos seculares puede que no estén cognitivamente abiertos a la posible verdad de las creencias en la perversidad de la homosexualidad, en el creacionismo o cualquier otra creencia religiosa. Pero aún y así, les deben a sus conciudadanos religiosos el esfuerzo cognitivo de mostrar por qué piensan que las medidas coercitivas que ellos proponen son incorrectas[26].

De la misma manera:

> Los ciudadanos religiosos no pueden justificar las medidas coercitivas que proponen con razones exclusivamente religiosas simplemente porque viven en sociedades con ciudadanos seculares y con ciudadanos de confesiones diferentes. Si quieren cumplir sus obligaciones democráticas no pueden permanecer «monolingües» en su actividad política deliberativa. [...] Eximir a cualquier grupo de ciudadanos de la obligación de ofrecer razones

[26] *Ibídem*, pp. 140-141.

accesibles a los demás sería concederles el derecho a ejercer influencia política mediante la deliberación pública...[27].

Con un afán todavía más analítico, pienso que en la argumentación de LAFONT cabría hacer una distinción útil. Según F. LAPORTA cuando un ser humano tiene unas convicciones o creencias cualesquiera, se pueden distinguir tres cosas diferenciadas: el *individuo* que las tiene, el *hecho psicológico* de que las tenga y el *contenido* de esas creencias o convicciones. Tomarse en serio a otra persona es, sin duda, respetarle *como individuo* capaz de diseñar unas creencias y un proyecto vital para sí mismo a partir de ellas. También significa respetar el *hecho psicológico* de que tenga esas creencias: no debemos suponer, por ejemplo, que ese hecho es producto de la mera ignorancia, de un prejuicio, de una estrategia o de una falla psicológica. Pero otra cosa muy distinta es aceptar que respetar a otro sea respetar el *contenido* de sus convicciones o creencias. Éstas no tienen por qué respetarse; más bien —y aquí adquiere fuerza la argumentación de LAFONT— han de someterse constantemente a pruebas de validez y control para determinar su grado de fundamento. Por ello, la tan traída y llevada *política de reconocimiento*, dice con razón Laporta en un tono crítico:

> Tiende a forzarnos a aceptar y respetar convicciones que, aun siendo quizás erróneas, disparatadas, anticientíficas, inmorales o infundadas, han venido a configurar un *trasfondo* que justificamos en aras de la identidad y autenticidad del individuo que forma parte de una cultura determinada[28].

Entendámonos bien. Ni LAFONT, ni LAPORTA niegan el derecho de todo creyente a creer lo que les parezca más adecuado para organizar su plan de vida personal. Lo que se argumenta es que si son ciudadanos y, por tanto, partícipes en la deliberación pública, *y tienen la pretensión de que sus convicciones sean coercitivas*, entonces deben someter los contenidos de las creencias a un escrutinio racional y razonable. La premisa que subyace en el debate es la que prescribe que *es moralmente correcto ejercitar la coerción sólo con base en consideraciones públicamente aceptables*, sin violar el principio de simetría entre los participantes.

En esa misma dirección se encamina la propuesta de DWORKIN. El problema hoy día, piensa este autor, no se ciñe tanto a si el Estado debe ser tolerante o neutral con respecto a todos los credos religiosos pacíficos y también hacia las personas que no profesan ninguna fe, distinguiendo claramente entre el ámbito público y el privado. Estados Unidos es un buen ejemplo en donde casi el 70 por 100 de los estadounidenses cree que su próximo presidente debe ser una persona religiosa y cuyo sistema ha sido calificado por la encuestadora C. LAKE como «la democracia industrializada más religiosa del mundo»[29]. Más bien, el problema es saber sobre qué base debe asentarse el cultivo de nuestra tolerancia. ¿Una nación religiosa que tolera la falta de fe? ¿O una nación laica que tolera la religión? DWORKIN argumenta a favor de esta segunda opción[30]. Veamos.

---

[27] *Ibídem*, p. 143

[28] F. LAPORTA, julio/agosto 2001, «Inmigración y respeto», en *Claves de Razón Práctica,* Madrid, p. 67.

[29] Véase *El Universal,* sección *El Mundo,* 20 de julio de 2007. Es interesante hacer notar, «que si bien hay un alto número de creyentes (92 por 100 cree en la existencia de un dios o algún espíritu universal), no hay dogmatismo entre la mayoría de ellos y sí, en cambio, diversidad en las creencias y prácticas religiosas», A. BALDERAS, septiembre de 2008, «Breviario religioso», en *Nexos,* núm. 369, p. 15.

[30] R. DWORKIN, *op. cit., p*p. 90 y ss.

El modelo religioso tolerante parte de una concepción estrecha de la libertad religiosa que no incluye, por ejemplo, el derecho a abortar, el matrimonio homosexual o la eutanasia activa; por el contrario, el modelo laico tolerante, sí incluye tales derechos. Lo que no parece congruente en el primer modelo es defender la libertad religiosa extendiéndola a los ateos y agnósticos y, al mismo tiempo, estrechar tal libertad limitando los derechos que pueden hacer valer estos últimos. Su concepción amplia de la tolerancia exige una teoría más general de las libertades. ¿Cuál sería la estructura de estas libertades?

DWORKIN propone una formulación inicial: *Las libertades son el derecho a hacer lo que usted quiera con los recursos que son legítimamente suyos.* El alcance de estas libertades no es ilimitado, depende de otros ideales, incluido el ideal de justicia distributiva. Así, las libertades no resultan dañadas cuando el gobierno decide limitar la libertad si tiene alguna *razón distributiva convincente* para hacerlo. Existen dos tipos de justificaciones distributivas limitativas de la libertad: las justificaciones *personalmente estimativas* o las justificaciones *impersonalmente estimativas.* Las primeras apelan a juicios de valor sobre el tipo de vida que es bueno o malo para las personas de cuya vida se trata; mientras que las segundas apelan a algún objeto o hecho que es intrínsecamente valioso, independientemente del valor que posea para las personas. Las primeras no pueden servir de justificación para la coerción estatal, a través de la regulación jurídica, porque invocan fundamentos personalmente estimativos, aun cuando éstos pudieran ser mayoritarios. Sólo el modelo laico tolerante estaría en condiciones de apelar a justificaciones impersonalmente estimativas como podrían ser, por ejemplo, los mismos derechos humanos, y en último término el principio de responsabilidad personal, que no es sino otra forma de enunciar el principio de dignidad de la persona.

Un par de aplicaciones de la propuesta de DWORKIN nos permitirán evaluar el alcance de la misma. El hecho de que el aborto sea un asesinato no depende de si un feto es un ser humano en algún momento poco después de la concepción; más bien depende de si, en esa etapa temprana el feto tiene intereses y por consiguiente el derecho a la protección de los mismos. Para DWORKIN, el feto no tiene intereses propios porque ninguna criatura los tiene a no ser que haya tenido una vida psíquica capaz de generarlos. Por tanto, los fetos inmaduros no tienen derechos, ni el aborto es un asesinato. El hecho de no tener una vida psíquica que posibilite la protección de la misma es una razón impersonalmente estimativa que excluye la prohibición del aborto y permite, a su vez, la protección y expansión de la dignidad de la mujer, que sí tiene una vida psíquica madura que exige la protección coercitiva a través de la normatividad jurídica.

Asimismo, los jueces que emitieron votos particulares en el Tribunal Supremo de Massachussets expresando su disconformidad con la sentencia que reconocía el matrimonio homosexual sugerían que la prohibición estaría justificada porque un matrimonio heterosexual proporciona un mejor entorno para la educación de los hijos. No hay evidencia significativa, y menos aún, convincente, a favor de esta opinión. Tal punto de vista refleja un juicio basado en valores de tipo religioso, que si bien tienen un fuerte arraigo cultural, no constituyen una razón impersonalmente estimativa para justificar su prohibición. Llego con estas aplicaciones al final de mi exposición.

## CONCLUSIÓN

Cada una de las situaciones mencionadas al inicio de esta exposición es, a mi juicio, un claro ejemplo de imposición de *razones personalmente estimativas* que no tienen justificación racional alguna para una posible implementación coercitiva. Contra las imposiciones autoritarias y los fundamentalismos custodiados por instituciones religiosas hay que recordar con LAFONT que en una democracia con orientación deliberativa, «no se puede ni se debe garantizar el derecho a inmunizar las propias creencias»[31].

He tratado de defender y hacer explícita una línea de argumentación que justifica la existencia de un Estado laico tolerante y la necesidad de la deliberación pública en un régimen democrático. Ello con el fin de ofrecer una respuesta positiva a la pregunta de si es posible articular una noción de lo «racionalmente aceptable» que todos los ciudadanos puedan compartir. Sin duda, esta línea de argumentación reivindica la confianza en la razón y su capacidad argumentativa, y se compromete con la defensa coercitiva de los derechos humanos y el reconocimiento de la evidencia empírica proporcionada por la ciencia, proponiéndolos como los mejores candidatos a constituirse en *razones impersonalmente estimativas.* Un Estado laico debe partir del reconocimiento de estas premisas y entender, como ya lo expresara BOBBIO: «que el espíritu laico no es en sí mismo una nueva cultura, sino la condición de convivencia de todas las posibles culturas»[32].

[31] *Ibídem,* p. 144.
[32] N. BOBBIO, *op. cit.*

# ¿SE PUEDEN EJERCER DE FORMA OMISIVA LAS REGLAS QUE CONFIEREN PODERES? *

Horacio José Alonso Vidal
*Universidad de Alicante*

**RESUMEN.** Este trabajo tiene el objetivo de demostrar cómo el poder jurídico puede ser ejercido no sólo de forma activa sino también mediante una omisión. Tomando como punto de partida la concepción de las reglas que confieren poderes de los profesores ATIENZA y RUIZ MANERO, así como un concepto de omisión tomado de VON WRIGHT, el autor argumenta, a través de varios ejemplos, cómo es posible ejecutar, mediante una omisión, reglas que confieren poderes de ejercicio facultativo. Finalmente, el trabajo analiza aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico, ante determinadas conductas pasivas del agente a la ejecución de un poder de ejercicio obligatorio, establece una norma puramente constitutiva que atribuye un efecto jurídico a esa abstención, sin que ese caso pueda ser considerado como el ejercicio de una regla que confiere poder mediante una omisión.

**Palabras clave:** Reglas que confieren poderes, normas puramente constitutivas, omisión.

**ABSTRACT.** The purpose of this paper is to demonstrate how a legal power can be executed not only through an action but also by omission. Taking as starting point the conception about power conferring rules of ATIENZA and RUIZ MANERO and a conception of omission taken from VON WRIGHT, the author argues, using some samples, how is possible to execute a facultative power conferring rule by omission. Finally, the paper analyses those cases in which the legal system, before certain passive conducts of the agent concerning the execution of a power of obligatory exercise, establishes a purely constitutive norm that attributes a legal effect to that abstention, without being possible to consider that passive conduct an exercise of a power-conferring rule by omission.

**Keywords:** Power conferring rules, purely constitutive rules, omission.

* Fecha de recepción: 30 de noviembre de 2008. Fecha de aceptación: 18 de diciembre de 2008.

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene el objetivo de mostrar cómo el poder jurídico puede ser ejercido no sólo de forma activa sino también mediante una omisión.

He estructurado la exposición en dos apartados: en el primero de ellos desarrollo los fundamentos teóricos en los que se va a fundar mi investigación y, en el segundo, —que constituye la parte original del estudio—, explicaré de qué manera las reglas que confieren poderes se pueden ejercer omisivamente.

En lo que a los fundamentos teóricos se refiere, partiré de la concepción de las reglas que confieren poderes como reglas anankástico-constitutivas ofrecida por ATIENZA y RUIZ MANERO, centrándome en el análisis estructural que estos autores realizan de este tipo de normas. A continuación, y siguiendo fundamentalmente a VON WRIGHT, expondré un concepto de omisión que me permitirá justificar la posibilidad de que las reglas que confieren poderes puedan ser ejercitadas omisivamente y no sólo de forma activa, pues la omisión, al igual que la acción, puede dar lugar a un resultado.

En la segunda parte del trabajo aplicaré los fundamentos teóricos antes citados para demostrar mi tesis sobre la modalidad omisiva de ejercicio de las reglas que confieren poderes. La estrategia que seguiré al respecto será la siguiente: en primer lugar, expondré diversos ejemplos de cómo es posible ejecutar mediante una omisión reglas que confieren poderes de ejercicio facultativo. Como ejemplos de esta posibilidad, estudiaré la institución de la tácita reconducción en los contratos de arrendamiento, así como la facultad de los Ayuntamientos de adoptar o no sus Planes Generales a la nueva normativa urbanística que se apruebe. A continuación, plantearé las dificultades para considerar que sea posible el ejercicio omisivo de las reglas que confieren poderes de ejercicio obligatorio.

Posteriormente abordaré una cuestión diferente de la anterior, pero directamente relacionada con lo expuesto. Dicho muy sintéticamente, se trata de cómo, en ocasiones, el ordenamiento jurídico, ante determinadas conductas pasivas de un agente de cara al uso de un poder de ejercicio obligatorio, establece una norma puramente constitutiva que atribuye un efecto jurídico a esa abstención, sin que exista en esta ocasión una regla que confiere poder ejecutada a través de una omisión. Ilustraré esta alternativa analizando las figuras del silencio administrativo y de la *ficta confessio.*

Por último, y a modo de recapitulación, expondré las conclusiones extraídas de mi desarrollo argumentativo.

## 1. LA CONCEPCIÓN DE LAS REGLAS QUE CONFIEREN PODERES DE ATIENZA Y RUIZ MANERO

ATIENZA y RUIZ MANERO consideran que las reglas que confieren poderes forman parte de una categoría más amplia, las normas constitutivas, que se contraponen a otra clase de normas, las regulativas[1]. En su opinión, las reglas que confieren poderes no son

[1] Véanse M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, 2004: *Las Piezas del Derecho,* Barcelona: Ariel, 2.ª ed., pp. 70 y ss.

normas deónticas o regulativas, y específicamente normas permisivas, tal como han sostenido autores como VON WRIGHT y ALCHOURRÓN y BULYGIN. La principal crítica que ATIENZA y RUIZ MANERO dirigen contra esta concepción es que no nos permite explicar los actos normativos irregulares (por ejemplo, una sentencia ilegal o una ley inconstitucional)[2].

Como es sabido, ATIENZA y RUIZ MANERO rechazan igualmente las concepciones que pregonan que las reglas que confieren poderes sean disposiciones cualificatorias o reglas conceptuales o definiciones[3], pues tales concepciones no serían lo suficientemente finas desde un punto de vista analítico[4].

¿Qué son entonces las reglas que confieren poderes? Para responder a esta cuestión, ATIENZA y RUIZ MANERO parten del hecho de que toda norma jurídica obedece a un esquema condicional en el que puede distinguirse entre un antecedente y un consecuente. En las normas deónticas o regulativas el antecedente está formado por un estado de cosas en el que pueden estar presentes o no hechos institucionales Por su parte, el consecuente estaría integrado por una acción o un estado de cosas, natural o institucional, y un operador deóntico que modaliza esa acción o estado de cosas. Su forma canónica sería la siguiente:

> «Si se da el estado de cosas *X,* entonces es obligatorio, prohibido, permitido la acción *Y* para *Z*».

Sin embargo, acabo de señalar que ATIENZA y RUIZ MANERO rechazan categóricamente que las reglas que confieren poderes puedan reducirse a enunciados deón-

---

[2] ATIENZA y RUIZ MANERO nos explican por qué: si consideramos a las reglas que confieren poderes como normas permisivas, entonces sólo nos quedan dos alternativas para dar cuenta de la existencia de actos normativos irregulares. La primera de ellas consiste en considerar que a los órganos jurídicos no les está permitido realizar actos normativos irregulares. La segunda de ellas supone lo contrario, esto es, que sí les estaría permitida la realización de tales actos. Optando por una u otra alternativa, la reducción de las reglas que confieren poderes a normas permisivas nos conduce a un dilema. En el primer caso, esto es, si optamos por considerar que no está permitida la realización de actos normativos irregulares, entonces no podremos explicar por qué tales actos normativos producen efectos jurídicos. Por su parte, ATIENZA y RUIZ MANERO analizan las consecuencias de optar por la segunda opción, esto es, de sostener que la realización de actos normativos irregulares está permitida, en relación con KELSEN, en su versión clásica de la Teoría Pura del Derecho, y su concepción de que las normas superiores determinantes de la producción normativa inferior permiten la edición de cualquier contenido. Así, glosando la opinión de KELSEN, ATIENZA y RUIZ MANERO escriben: «Todas las normas jurídicas, con excepción de las normas individuales (como las sentencias y también las resoluciones administrativas) que ordenan actos concretos de ejecución material, tendrían la forma de una disyunción entre su contenido expreso y una cláusula alternativa tácita que permitiría al órgano de producción de que se trate hacer caso omiso de tal contenido expreso».

[3] Básicamente las disposiciones cualificatorias o las reglas conceptuales implican la misma idea: permiten la identificación y el reconocimiento por el Derecho de las normas expresadas por las formulaciones normativas. Así, serían ejemplos de disposiciones cualificatorias o bien de reglas conceptuales o definiciones las normas relativas a la adquisición de la propiedad, que establecen cuándo puede entenderse que un sujeto *X* ha adquirido la propiedad. Véanse M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las Piezas..., op. cit.,* pp. 79-81.

[4] Estas posiciones, si bien presentan ventajas respecto a la reducción de las reglas que confieren poder a enunciados deónticos, incorporan en un mismo grupo disposiciones que presentan caracteres lo suficientemente diferenciados como para justificar su adscripción a dos categorías conceptuales diferentes. Así, sería preciso distinguir entre aquellas disposiciones cuya finalidad es aclarar cuándo estamos en presencia de una institución jurídica determinada, de aquellas otras cuya finalidad no se reduce a esa mera función de identificación, sino que se extiende a determinar cómo puede producirse (cumpliendo qué requisitos y realizando qué concreta acción) un ejemplo válido de esa institución. De ahí que para ATIENZA y RUIZ MANERO sea necesario distinguir al menos tres categorías diferentes: definiciones, reglas puramente constitutivas y reglas que confieren poderes. Véase *ibídem,* p. 81.

ticos, y específicamente a normas permisivas. Así, el antecedente de las reglas que confieren poderes está formado por dos elementos: un estado de cosas que puede contener tanto hechos institucionales como naturales y una acción que puede igualmente ser natural o institucional. Su consecuente no consiste en una acción modalizada por un operador deóntico, sino en un hecho institucional al que ATIENZA y RUIZ MANERO denominan resultado institucional o cambio normativo. En contraposición con las normas regulativas, la forma canónica de una regla que confiere poder sería la siguiente:

> «Si se da el estado de cosas *X* y *Z* realiza la acción *Y,* entonces se produce el resultado institucional o cambio normativo *R*».

Con posterioridad a las *Piezas del Derecho,* ATIENZA y RUIZ MANERO han añadido un cuarto elemento a su definición de las reglas que confieren poderes: el contenido. Esta adición fue efectuada por ATIENZA y RUIZ MANERO al percatarse que la anterior formulación canónica dejaba fuera el contenido proposicional expresado en el resultado normativo o cambio institucional. Pondré un ejemplo. En el supuesto que un juez ejerce la norma que le confiere el poder de dictar sentencia sobre una determinada materia, para que esa sentencia sea válida se requiere que su contenido se ajuste a Derecho y no simplemente su dictamen. Así, el esquema de la regla que confiere quedaría del siguiente modo[5]:

> «Si se da el estado de cosas *X* y el sujeto *Z* realiza la acción *Y* dando lugar al contenido *C,* entonces se produce el resultado institucional o cambio normativo *R*».

Analicemos a continuación cada uno de los elementos integrantes de la formulación canónica de las reglas que confieren poderes:

- Un estado de cosas *X*. El estado de cosas, tal como hemos expuesto anteriormente, puede estar integrado tanto por hechos naturales como institucionales.
- El agente (*Z*) que ejercita la regla que confiere poder puede ser un sujeto particular o una autoridad pública[6].
- Realización de la acción[7]. Y ATIENZA y RUIZ MANERO reconocen que hablar de la acción *Y* es una simplificación, puesto que lo normal es que estemos «bien ante una conjunción de acciones (con un curso de acción o procedimiento), bien con una disyunción de cursos de acción, bien con alguna combinación de ambas»[8]. Pese a esta matización, es evidente que la propuesta de ATIENZA y RUIZ MANERO no contempla, al menos de forma explícita, que el resultado institucional o cambio normativo sea resul-

---

[5] Véanse M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Seis..., op. cit.,* p. 724.

[6] Esta distinción, sin embargo, no es automáticamente asimilable a la que se puede efectuar entre ejercicio de poderes públicos frente a ejercicio de poderes privados o a la diferencia entre poder de heteronomía o poder de autonomía. En efecto, en ocasiones una autoridad puede ejercer un poder privado o autónomo (*v. gr.* una Administración Pública que realiza una compraventa con sujeción a las normas de Derecho privado). Y un sujeto particular puede ejercer un poder de heteronomía, como sucede con el ejercicio de la patria potestad. Véase, al respecto, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las Piezas..., op. cit.,* p. 98.

[7] En cuanto al concepto de acción, lo analizaré más detenidamente en el apartado 3.1 de este trabajo.

[8] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las Piezas..., op. cit.,* p. 106. Por otro lado, ATIENZA y RUIZ MANERO, siguiendo una sugerencia formulada por D. GONZÁLEZ LAGIER, nos exponen que este elemento *Y* también podría explicarse acudiendo al concepto de actividad, tal como éste está desarrollado en la obra de VON WRIGHT. Así, el curso de acción puede entenderse cómo la actividad que es necesario desplegar para realizar una acción, que en este caso sería el resultado institucional que se pretende alcanzar. Véase, *ibídem,* nota al pie de página.

tado de una omisión. Los siguientes apartados están dedicados, precisamente, a intentar mostrar no sólo cómo es posible el ejercicio omisivo de reglas que confieren poderes, sino hasta qué punto algunas importantes instituciones de nuestro ordenamiento jurídico pueden reconstruirse adecuadamente contemplando expresamente esta posibilidad.

- El contenido. No me detendré en el comentario de este elemento, ya que la inclusión de este elemento en la formulación canónica de las reglas que confieren poderes por ATIENZA y RUIZ MANERO ya la he tratado anteriormente.

En resumen, las reglas que confieren poderes no son normas deónticas o regulativas, sino normas anankástico-constitutivas que pueden o deben ser utilizadas como reglas técnico-institucionales. Que las reglas que confieren poderes puedan o deban ser ejercitadas implica que su ejercicio puede estar modalizado, bien por una norma permisiva, y en tal caso, su ejercicio es facultativo, bien por una norma de mandato, y en ese supuesto, su ejercicio es obligatorio. De esta forma, la regla que confiere el poder a un juez para dictar sentencia sería de ejercicio obligatorio, mientras que la regla que confiere poder a un particular para otorgar testamento, sería de ejercicio facultativo. A fortiori, ATIENZA y RUIZ MANERO hacen especial hincapié en que la afirmación de que el ejercicio del poder esté modalizado por una norma regulativa no implica una contradicción con lo que se ha afirmado anteriormente, esto es, que las reglas que confieren poderes no son normas regulativas. ATIENZA y RUIZ MANERO reconocen que puede verse a las reglas que confieren poderes como una unidad funcional, en la que la presencia de una norma regulativa es ineludible, pero aun así las reglas que confieren poderes presentan por sí mismas caracteres propios que justifican su distinción de las normas regulativas. Así, mientras la función primaria de las normas regulativas es motivar o guiar la conducta de las personas, esa función sólo estaría presente de modo indirecto en las reglas que confieren poderes[9]. En primer lugar, porque mientras las normas regulativas establecen una guía determinada de la conducta, señalando, por ejemplo, cómo debemos comportarnos ante una situación, las normas que confieren poderes solamente nos indican cómo podemos o debemos comportarnos para conseguir un cambio normativo o un resultado institucional. En segundo lugar, porque las normas que confieren poderes serían, frente a las normas regulativas, doblemente condicionales, en el sentido que indican cómo debemos comportarnos antes determinadas circunstancias (al igual que sucede con las normas regulativas), pero a condición asimismo de que queramos o debamos conseguir un determinado resultado institucional o cambio normativo. De este modo, para ATIENZA y RUIZ MANERO, utilizando aquí como referencia la terminología kantiana, las normas regulativas de mandato actuarían en el razonamiento práctico como imperativos categóricos[10], pues para quien acepta tales normas, ello es una razón suficiente para actuar conforme a esa norma. Las normas que confieren poderes, por el contrario, constituirían imperativos meramente hipotéticos: constituyen razones para actuar a condición de que el agente pretenda o deba alcanzar un resultado institucional o un cambio normativo, dadas ciertas circunstancias. A mayor abundamiento, si la norma que confiere poder es de ejercicio obligatorio para el agente (la razón para pretender alcanzar el resultado institucional o el cambio normativo es

[9] Véanse M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las Piezas..., op. cit.,* p. 90.
[10] *Ibídem,* p. 91.

una norma de mandato) constituirá un imperativo hipotético-asertórico. Por su parte, si la norma que confiere poder es de ejercicio facultativo para el agente (la razón para pretender alcanzar el resultado institucional o el cambio normativo es un deseo o interés) constituirá un imperativo hipotético-problemático.

Hasta aquí me he centrado exclusivamente en la exposición de las reglas que confieren poderes. Sin embargo, ATIENZA y RUIZ MANERO distinguen dentro de la categoría de normas constitutivas otro de tipo de normas: las puramente constitutivas. Las normas puramente constitutivas se diferencian de las reglas que confieren poderes en que en su antecedente no figura una acción que haya de realizarse para producir el resultado. La simple presencia de determinadas circunstancias, un estado de cosas, da lugar al cambio normativo o resultado institucional. Su formulación canónica, en contraposición a las reglas que confieren poderes sería la siguiente:

Dado el estado de cosas X → (surge) el resultado institucional o cambio normativo *R*

Por tanto, en las normas puramente constitutivas no se requiere para el surgimiento del resultado institucional o cambio normativo la ejecución por parte de un agente de una acción. Así sucede, por ejemplo, con la norma que establece que la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas. Con independencia de que pueda haber estado implicada una acción en el fallecimiento (un suicidio, un asesinato), esa acción tendrá su propia valoración por el ordenamiento jurídico. Pero a los efectos de la extinción de la personalidad jurídica, el estado de cosas consistente en que alguien haya fallecido, y que normalmente no será el resultado de acción alguna, será el que dará lugar al cambio normativo[11].

## 2. LA OMISIÓN

Antes de exponer cuál es el concepto de omisión que utilizaré en este trabajo conviene estudiar primero, aunque sea brevemente, el concepto de acción. No en vano, en la formulación canónica propuesta por ATIENZA y RUIZ MANERO de las reglas que confieren poderes la presencia de una acción es uno de sus elementos centrales como he señalado anteriormente.

### 2.1. Concepto de acción

Sin duda en la filosofía contemporánea la obra de VON WRIGHT es una de las que más atención ha prestado al estudio de la acción humana. El autor finés parte de la idea básica de que existe una relación entre algunas acciones humanas y algunos de los sucesos o cambios que se producen en el mundo, de tal suerte que muchos actos pueden describirse como la producción de un cambio a voluntad de un sujeto[12].

[11] *Ibídem,* p. 87.

[12] Sigo aquí fundamentalmente la exposición efectuada por D. GONZÁLEZ LAGIER, 1995: *Acción y Norma en G. H. von Wright,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 59 y ss.

Esta descripción, que incorpora la intención del agente de provocar un cambio como elemento nuclear, deja fuera otra clase de acciones, y específicamente las acciones no intencionales. Esta exclusión no es relevante para este trabajo, puesto que la propia estructura de las reglas que confieren poderes exige la intención en la ejecución de la acción. En efecto, las reglas que confieren poderes, como normas anankástico-constitutivas, requieren que el agente realice una determinada acción a condición de que se pretenda alcanzar un determinado resultado institucional o cambio normativo, lo que siempre va a implicar la existencia de intencionalidad por parte del agente en su producción.

Dicho esto, los componentes definitorios de la acción (intencional) son, en una versión muy simplificada de la teoría de la acción de VON WRIGHT, los siguientes:

1. Un estado de cosas inicial, en el que se encuentra el mundo antes de que se efectúe la acción.
2. La intención o voluntad del agente de producir un cambio en ese estado de cosas inicial.
3. El proceso, consistente normalmente en una serie de movimientos corporales, dirigido a producir la alteración en el estado de cosas inicial.
4. Y por último, el resultado que se identificaría a estos efectos con el cambio producido en el mundo a consecuencia de la acción.

Estos cuatro componentes son los que permiten trazar una distinción importante para la teoría de la acción de VON WRIGHT: la diferencia entre el resultado y las consecuencias de una acción. Para el profesor de Helsingfors entre una acción y su resultado habría una relación conceptual, una conexión lógica, puesto que el propio concepto de acción se define como la producción de un cambio en el mundo a voluntad del agente; de modo que si tal cambio no se ha producido, entonces es que no se ha ejecutado la acción que daría lugar al mismo. Por su parte, otras transformaciones en el mundo posteriores al resultado, ya sean queridas o no por el agente, previsibles o no, son fruto, no ya de una conexión lógica sino de una relación causal, en lo que se conoce como consecuencias de la acción. Pondré un ejemplo. La muerte de un individuo a consecuencia de la acción de otro, es el resultado de dicha acción (la acción de matar), mientras la aflicción de su esposa (o su alegría) podría ser una de sus posibles consecuencias, amén de un reparto más o menos ordenado de su fortuna, si la hubiere.

Con lo expuesto hasta ahora se puede colegir el paralelismo existente entre la definición de acción efectuada por la teoría de VON WRIGHT y la concepción de las reglas que confieren poderes como normas anankástico-constitutivas sostenida por ATIENZA y RUIZ MANERO. En efecto, si el concepto de acción lo definimos básicamente en torno a la conexión lógica existente entre un estado de cosas inicial y un cambio en el mundo, la relación existente entre el cambio normativo o resultado institucional y el estado de cosas inicial en las reglas que confieren poderes también es de tipo conceptual. Ello implica que para que se produzca un determinado cambio normativo o resultado institucional se requiere la ejecución de una acción o curso de acción también determinados, de tal suerte que si el cambio normativo o el resultado institucional no se han producido, es que tampoco se ha ejecutado la acción o el curso de acción requerido por la regla que confiere poder para la producción del mismo.

### 2.2. Concepto de omisión

Sin duda uno de los conceptos más complejos con los que se ha de enfrentar la Filosofía, no sólo del Derecho, es el de omisión. Las siguientes palabras de C. S. NINO así lo atestiguan:

> «La caracterización del concepto de omisión es sumamente obscura, como se advierte por el hecho de que estemos tentados tanto a ver a la omisión como una negación de la acción como a considerarla como una especie o modalidad de la acción»[13].

No podemos profundizar aquí en todas las cuestiones que nos plantea el concepto de omisión, por ello me centraré solamente en dos problemas: la distinción entre omisión y «no hacer» y la aplicabilidad de los conceptos de resultado y consecuencias a la omisión[14].

Una de las distinciones importantes en la obra de VON WRIGHT es la que traza entre la omisión y el simple «no hacer». Conforme a esta distinción, el agente está omitiendo una determinada acción cuando se abstiene de ejecutarla habiéndola podido llevar a cabo. La diferencia, por tanto, se establece en base al *concepto de capacidad,* esto es, sólo podemos omitir aquellas acciones que nos es posible ejecutar. La capacidad en este contexto no solamente se refiere a posibilidad fáctica, sino también a posibilidad jurídica, cuando del empleo de normas estamos hablando. Voy a mostrar esta idea de VON WRIGHT con un ejemplo:

Así, cuando un individuo nos dice que este verano ha decidido no pasar sus vacaciones en Alfa Centauri, no consideraremos que esté omitiendo la acción de viajar a la estrella más cercana al Sol y pasar allí sus vacaciones, ya que ese curso de acción está fuera de su alcance, al igual que para todos nosotros en el momento actual de la técnica aeroespacial. Simplemente, pensaremos que realmente no va a ir a Alfa Centauri. Sin embargo, si ese mismo individuo nos comenta que este verano no va a pasar sus vacaciones en Benidorm, como ha hecho los últimos años, sí que podremos afirmar que en este caso está omitiendo veranear en la población de la costa levantina.

En conclusión, para que podamos hablar de omisión de una acción y no de un *simple no hacer,* se exige que el agente tenga la capacidad fáctica y normativa de ejecutar la acción y sin embargo ésta no se lleve a cabo. Esta distinción entre capacidad fáctica y normativa me parece de suma importancia y volveré sobre ella al tratar las relaciones existentes entre las reglas que confieren poderes y las normas puramente constitutivas con la omisión.

Por otro lado, VON WRIGHT, en su obra *Norma y Acción,* afirma que de la omisión también puede predicarse un resultado y unas consecuencias[15]. El resultado de la omisión consistiría en que un cambio en el mundo no se ha producido al haberse el agente abstenido de ejecutar la acción que lo habría llevado a efecto, y en eso consistiría precisamente la intención del agente. También puede definirse como el estado de cosas

---

[13] *Ibídem,* p. 75.

[14] Nuevamente insistimos en que estamos realizando una exposición muy sintética del pensamiento de VON WRIGHT sobre el particular. Para ver las vacilaciones y distintos problemas tratados por el autor finés respecto a la omisión con mayor profundidad puede consultarse *ibídem,* pp. 75 y ss.

[15] Véase G. H. VON WRIGHT, 1970: *Norma y Acción,* Madrid: Tecnos. pp. 60 y ss.

final, una vez ha tenido lugar la omisión. Por el contrario, las consecuencias de la omisión serían los efectos causales que se deriven del resultado producido por la omisión. Intentaré aclarar esta idea con otro ejemplo, cambiando el viaje a Alfa Centauri por la discusión de un matrimonio sobre si ir a la montaña o ir a la playa en vacaciones. Si el matrimonio finalmente acuerda, si es que eso es posible, que irán de vacaciones a la montaña, ello supondrá que están omitiendo la acción de veranear en la playa. El resultado de esa omisión será la ausencia de vacaciones en la playa, mientras que sus consecuencias pueden ser múltiples, como por ejemplo, el enfado del hijo adolescente de la pareja que ha visto cómo sus posibilidades lúdicas se reducían drásticamente al haber optado sus padres por ir de vacaciones a la montaña en lugar de ir a Benidorm.

En resumen, si la omisión puede dar lugar a un resultado y a unas consecuencias al igual que la acción, no existe ningún obstáculo conceptual para que el cambio institucional resultado del ejercicio de una regla que confiere poder sea efectuado a través de la omisión de una determinada acción[16].

En la segunda parte de este trabajo voy a mostrar esta posibilidad a través de varios ejemplos, así como a analizar las relaciones entre las normas puramente constitutivas y las reglas que confieren poderes en referencia a la omisión.

## 3. DIVERSOS EJEMPLOS DE EJERCICIO OMISIVO DE REGLAS QUE CONFIEREN PODERES

Anteriormente he sostenido, siguiendo a VON WRIGHT, que acción y omisión comparten la producción de resultado, fruto de una conexión lógica o conceptual con la intención del agente, y unas consecuencias, fruto de los efectos causales del resultado. Es el momento de mostrar con diversos ejemplos cómo esa posibilidad teórica se da en la práctica. Para ello he tomado como referencia la clasificación de las reglas que confieren poderes que distingue entre aquéllas de ejercicio facultativo y aquéllas otras de ejercicio obligatorio.

### 3.1. Omisión y reglas que confieren poderes de ejercicio facultativo

Cuando examinaba el concepto de omisión he expuesto cómo la definición de omisión exigía un elemento adicional respecto a la acción: la capacidad del sujeto para realizar la acción omitida. Pues bien, en el ámbito de las reglas que confieren poderes de ejercicio facultativo nos podemos hacer una idea de cómo esa situación no va a ser infrecuente. Que el ejercicio de la regla que confiere poder sea facultativo supone que al agente le está permitido tanto realizar la acción que da lugar al resultado institucional o cambio normativo como su no ejecución, esto es, su omisión. Cuando el ordenamiento jurídico atribuye a esa omisión la producción de un resultado institucional o

[16] Esta posibilidad aparece apuntada por J. DELGADO ECHEVARRÍA en su trabajo, «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho Privado. Notas de teoría y dogmática», http://www.codigocivil.info/nulidad/lodel/document.php?id=79, p. 11, en el que sostiene que: «El poder puede ejercitarse también mediante una omisión, cuando tal es el acto previsto en la norma».

un cambio normativo nos encontraremos ante una regla que confiere poder de ejercicio omisivo.

Así, DELGADO ECHEVARRÍA ha puesto de manifiesto cómo nuestro ordenamiento tiene una gran tradición en otorgarle efectos a la omisión de una declaración de voluntad por el agente, tal como ocurre en los supuestos de tácita reconducción en los contratos de arrendamiento [17]. Veámoslo, utilizando la formulación canónica de las reglas que confieren poderes propuesta por ATIENZA y RUIZ MANERO:

Agente *Z* (Arrendador o arrendatario)
Estado de cosas *X*.....Acción-*Y*.....Cambio normativo *R*
(vencimiento del contrato etc.) (envío requerimiento) (Resolución del contrato)

Agente *Z* (Arrendador o arrendatario)
Estado de cosas *X*.....Omisión *Y*.....Cambio normativo *R*
(vencimiento del contrato, etc.) (no se envía requerimiento) (Renovación del contrato)

En el primer supuesto, el arrendador o arrendatario llegado el vencimiento del arrendamiento, realiza una acción, el envío del requerimiento, para conseguir un resultado normativo: la resolución del contrato.

En el segundo supuesto, el arrendador o arrendatario llegado el vencimiento del arrendamiento, en lugar de enviar el requerimiento, algo para lo que están capacitados fáctica y normativamente en el sentido expuesto, no lo hacen, dando lugar a un resultado normativo diferente: la renovación del contrato.

Otro ejemplo de ejercicio omisivo de las reglas que confieren poderes de ejercicio facultativo estaría constituido por una clase de disposiciones muy comunes en nuestro ordenamiento urbanístico. Se trata de aquellas disposiciones que establecen que no es obligatorio para los municipios adaptar sus Planes Generales a la nueva normativa urbanística, una vez ésta ha sido aprobada [18].

Agente *Z* (Administración)
Estado de cosas *X*.....Acción *Y*.....Cambio normativo *R*
(nueva normativa) (adaptación del Plan General) (Plan General adaptado)

Agente *Z* (Administración)
Estado de cosas *X*.....Omisión-*Y*.....Cambio normativo *R*
(nueva normativa) (Falta adaptación al Plan General) (Plan General no adaptado)

En el primer supuesto, la ejecución de los trámites de adaptación a la nueva normativa lleva aparejado un cambio normativo: un nuevo Plan General adaptado y homologado a la nueva normativa urbanística.

En el segundo supuesto, la no ejecución de los trámites de adaptación a la nueva normativa urbanística tiene como resultado un cambio normativo distinto: el mantenimiento del antiguo Plan General.

---

[17] Art. 10.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

[18] Véase, por ejemplo, la disposición transitoria segunda de la hoy derogada Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística.

Este segundo ejemplo plantea la duda de que en realidad no se ha producido cambio normativo alguno, pues como decíamos se mantiene el Plan General hasta entonces vigente. Sin embargo, esa ausencia de adaptación sí que tiene un resultado propio, ya que implica, por ejemplo, que no se pueda reclasificar suelo no urbanizable en suelo urbanizable hasta que no se proceda a la adaptación, si quiera parcial, del Plan General a la nueva normativa urbanística. Y es perfectamente factible considerar que el equipo de gobierno de un Ayuntamiento busque voluntariamente no adaptar su Plan General a la nueva normativa urbanística, evitando de este modo, por ejemplo, la posibilidad de que se reclasifique suelo no urbanizable en su municipio. No obstante lo anterior, he de admitir que en los tiempos que corren este ejemplo pueda parecer claramente contrafáctico y por tanto un mal ejemplo.

### 3.2. Omisión y reglas que confieren poderes de ejercicio obligatorio

La posibilidad de que puedan ser ejercidas de modo omisivo las reglas que confieren poderes de ejercicio obligatorio presenta más dificultades. En efecto, siendo obligatorio para el agente alcanzar un determinado resultado institucional o cambio normativo dado cierto estado de cosas, el agente no está capacitado para dejar de realizar la acción que produce el resultado institucional o cambio normativo de que se trate. De este modo, la prohibición de *non liquet,* instituida por una norma de mandato, exige al juez resolver cada uno de los casos que se le presenten. El dejar de resolver un asunto supondría la violación de esa norma regulativa que modaliza el ejercicio del poder como obligatorio.

## 4. LAS RELACIONES ENTRE LAS NORMAS PURAMENTE CONSTITUTIVAS Y LAS REGLAS QUE CONFIEREN PODERES Y LA OMISIÓN: EL CASO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y LA *FICTA CONFESSIO*

En el apartado anterior he señalado cómo es posible que las normas que confieren poderes puedan ser empleadas por sus respectivos agentes por medio de una omisión. Me ocuparé ahora de cómo en ocasiones el ordenamiento jurídico, ante determinadas conductas pasivas de un agente de cara al uso de un poder de ejercicio obligatorio, establece una norma puramente constitutiva que atribuye un efecto jurídico a esa abstención, sin que exista en esta ocasión una regla que confiere poder ejecutada a través de una omisión.

El primero de los ejemplos que voy a analizar en ese sentido es el del silencio administrativo. Posteriormente, me ocuparé del supuesto de la *ficta confessio.*

### 4.1. Omisión y silencio administrativo

La institución del silencio administrativo aparece regulada en nuestro ordenamiento jurídico por el art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico

de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, siendo una de las que con más frecuencia debe servirse el ciudadano en su trato con la Administración. Siguiendo al profesor MARTÍN MATEO[19], el silencio positivo se explica por la inactividad de la Administración en el ejercicio de sus competencias y funciones. Así, para evitar mayores perjuicios al ciudadano nuestro ordenamiento jurídico atribuye a la falta de respuesta en un determinado plazo de una solicitud, un sentido, ya sea positivo o negativo. La significación positiva del silencio supone la estimación de la solicitud, existiendo un auténtico acto administrativo como si la declaración de la Administración hubiese sido expresa. La significación negativa, por el contrario, implica que el ciudadano debe entender desestimada la solicitud, a los efectos de que pueda interponer los recursos que procedan.

Ahora bien, la cuestión que se nos plantea es qué tipo de norma da cobertura a la institución del silencio administrativo. Hemos visto cómo la falta de respuesta por parte de la Administración produce un cambio institucional (la estimación de la solicitud en virtud del silencio) y un cambio en el *status* normativo del ciudadano (la desestimación de su petición, lo que le permite la interposición del correspondiente recurso). El cambio normativo o el resultado institucional derivan de una abstención, la falta de resolución expresa por parte de la Administración, lo que en principio parece indicar que estaríamos ante una regla que confiere poder que ha sido ejercida de modo omisivo. Expondré ahora cómo aparentemente la institución del silencio positivo encaja perfectamente con la formulación canónica de las reglas que confieren poderes ofrecida por ATIENZA y RUIZ MANERO:

Estado de cosas $X \rightarrow$ Agente $Z \rightarrow$ Omisión $Y \rightarrow$ Resultado o cambio institucional $R$

O lo que es lo mismo:

Presentación de una solicitud + $\rightarrow$ Administración $\rightarrow$ Falta de resolución expresa $\rightarrow$ Estimación de la solicitud

El problema que se plantea para considerar a la institución del silencio administrativo como el ejercicio omisivo de una regla que confiere poder es que, como he señalado anteriormente, la definición del concepto de acción u omisión requiere a su vez la presencia de intención, de voluntad por parte del agente en la producción del resultado. En ese sentido, el ejercicio de las potestades administrativas está regido por una norma de mandato que exige a la Administración que resuelva en todos los casos[20], excluyendo por tanto la posibilidad de que normativamente un órgano administrativo o un funcionario pueda tener la intención de dejar de resolver un asunto, porque en todo caso la aplicación del silencio en un sentido u otro se hará de modo automático. O dicho de otro modo, puede que el funcionario o autoridad de que se trate no sea ejemplar y efectivamente tenga la intención de no resolver muchos asuntos, lo que sucede igualmente es que no le está permitido por el ordenamiento jurídico que se abstenga de

[19] Véase R. MARTÍN MATEO, 1999: *Manual de Derecho Administrativo,* Madrid: Trivium, pp. 330 y ss.

[20] Así lo establece el art. 42 la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. No obstante, esta afirmación debe matizarse en el sentido que en los casos en los que haya operado el silencio administrativo positivo, la Administración sólo puede resolver en el mismo sentido que el silencio, esto es, confirmándolo, de acuerdo a lo establecido en el art. 43.3 del mismo cuerpo legal.

resolver. Por tanto, la conducta de la Administración cuando deja de resolver se trataría de un simple no hacer, ya que la conducta omisiva en estos supuestos no estaría permitida por el ordenamiento jurídico.

Por otro lado, nuestro ordenamiento, por razones institucionales y organizativas, ha regulado esa obligación de resolver de forma mucho menos categórica si la comparamos con la prohibición de *non liquet* que rige para los órganos judiciales. Los jueces y magistrados deben resolver todos los casos de su competencia que se les presenten. En caso contrario, estarían incurriendo en graves responsabilidades penales y disciplinarias. Por su parte, es una cuestión de hecho que los órganos administrativos y funcionarios dejan sin resolver en la práctica muchos de los asuntos que les son sometidos, confiando en que las reglas del silencio administrativo entrarán en juego y su falta de resolución, seguramente, no llevará aparejada sanción alguna[21]. Se produce aquí una suerte de contradicción pragmática entre lo que establece el ordenamiento jurídico que debe hacer la Administración: resolver en todos los supuestos, o lo que es lo mismo, que los poderes que le han sido conferidos deban ser ejercitados cada vez que se le plantee una solicitud, y los medios efectivamente articulados para garantizar esta obligación, que son mucho más endebles que los establecidos para asegurar que los jueces resuelvan todos los casos que se les presenten.

Ahora bien, si la aplicación del silencio administrativo no puede considerarse como una regla que confiere poder ejercida de modo omisivo: ¿De qué tipo de norma estamos hablando entonces? La respuesta a esta cuestión debemos buscarla en la idea inicial: el silencio administrativo es una institución pensada en beneficio del ciudadano, siendo su razón subyacente la pretensión de paliar los perjuicios irrogados por el incumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver en plazo. De esta manera, el silencio administrativo funcionaría como una norma puramente constitutiva que no requiere la actuación (activa u omisiva) del agente (la Administración) para la producción del cambio normativo o resultado institucional y que permitiría al ciudadano considerar automáticamente que su solicitud ha sido estimada, o bien que ésta ha sido rechazada para poder interponer los recursos procedentes. Si el ejercicio obligatorio de los poderes conferidos a la Administración tuviese las mismas garantías que el que asegura el cumplimiento de la prohibición de *non liquet* de los jueces, no sería necesaria la vinculación de una regla puramente constitutiva a la falta de ejercicio por la Administración de una regla que confiere poder.

En consecuencia, el esquema de aplicación del silencio positivo sería el siguiente:

Si se da el Estado de cosas $X \rightarrow$ surge el $\rightarrow$ Resultado o cambio institucional $R$

O lo que es lo mismo:

Presentación de una solicitud + falta resolución expresa $\rightarrow$ estimación solicitud

[21] Si bien el art. 42.7 de la citada Ley 30/1992 establece que a los funcionarios o autoridades que incumplan la obligación de resolver en plazo les será exigible responsabilidad disciplinaria.

### 4.2. Omisión y *ficta confessio*

Una situación similar a la del silencio positivo, aunque con ciertos matices, se produce respecto a la institución procesal de la *ficta confessio*[22]. La *ficta confessio* implica que en un proceso civil, demandante y demandado, deben comparecer al acto del juicio. En caso de no hacerlo, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que los que la parte que no comparezca hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial. En este supuesto, la falta de comparecencia puede dar lugar a un efecto jurídico concreto: que se tenga a esa parte como confesa. Esa abstención, al igual que ocurría con el supuesto del silencio positivo, no puede entenderse como la aplicación omisiva de una regla que confiere poder de ejercicio obligatorio, pues la incomparecencia está prohibida por una norma de mandato, y de nuevo al agente no le está permitido omitir esa conducta, tratándose la incomparecencia al acto del juicio de un simple *no hacer.* La diferencia de esta institución frente a la del silencio administrativo, a la que antes he aludido, consiste que en el caso de la *ficta confessio* entra en juego una norma puramente constitutiva, cuyo resultado, el resultado institucional «incomparecencia», es a su vez el estado de cosas institucional que constituye la base para el ejercicio de una regla que confiere poder que faculta al juez para tener a la parte incompareciente por confesa o no. Acudiré una vez más a su formulación canónica para exponer el ejemplo:

Regla puramente constitutiva:

Si se da el Estado de cosas *X* → surge el → Resultado o cambio institucional *R*

O lo que es lo mismo:

Una de las partes citadas en un proceso civil no comparece al acto del juicio → se considera que la parte ha incomparecido.

Y como decía, la incomparecencia constituye a su vez el estado de cosas institucional que sirve de base a la eventual aplicación de una regla que confiere poder cuyo resultado podrá ser que se tenga a la parte por confesa o no.

Regla que confiere poder:

Agente *Z* (Juez)

| | | |
|---|---|---|
| Estado de cosas *X*..... | Acción *Y*..... | Cambio normativo *R* |
| (Incomparencia de una de las partes) | (valoración de la incomparencia) | (Sentencia que tiene a la parte por confesa) |

Agente *Z* (Juez)

| | | |
|---|---|---|
| Estado de cosas *X*..... | Omisión-*Y*..... | Cambio normativo *R* |
| (Incomparencia de una de las partes) | (no valoración de la incomparencia) | (Sentencia que no tiene a la parte por confesa) |

[22] Véase el art. 304 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

## 5. CONCLUSIONES

**5.1.** La concepción de las reglas que confieren poderes de ATIENZA y RUIZ MANERO parte del rechazo de las posiciones que las consideran normas regulativas, así como de aquellas otras que sostienen que este tipo de normas son definiciones, reglas conceptuales o disposiciones cualificatorias. En el primer caso, porque estas posturas son incapaces de explicar los actos normativos irregulares; y en el segundo, porque no permiten dar cuenta de las diferencias existentes entre las reglas que confieren poder y las meras definiciones. Como alternativa, ATIENZA y RUIZ MANERO consideran a las reglas que confieren poderes como normas anankástico-constitutivas, con una utilidad técnico-institucional. Este tipo de normas nos indican cómo se pueden o deben alcanzar ciertos resultados institucionales o cambios normativos. Ahora bien, la formulación canónica ofrecida por ATIENZA y RUIZ MANERO de las reglas que confieren poderes no contempla expresamente que sea la omisión de una acción la que dé lugar al cambio normativo o resultado institucional. Sin embargo, acudiendo al concepto de omisión que nos proporciona la obra de VON WRIGHT, he sostenido cómo una omisión también puede ser intencional y al igual que la acción dar lugar a un resultado y unas consecuencias, siempre y cuando el agente esté capacitado fáctica y jurídicamente para realizar la acción omitida, y la propia omisión no sea contraria al ordenamiento jurídico. Por tanto, no existe ningún obstáculo conceptual para que una omisión forme parte de la estructura de una regla que confiere poder, y en concreto de su antecedente.

**5.2.** Posteriormente, a través de varios ejemplos, he mostrado cómo esta posibilidad teórica se produce en la práctica, no sólo de forma episódica o puntual, sino que importantes instituciones de nuestro ordenamiento jurídico pueden reconstruirse a partir de su consideración como reglas que confieren poderes de ejercicio omisivo. Esta modalidad omisiva de aplicación de las reglas que confieren poderes se predica sin objeciones respecto a las reglas que confieren poderes cuyo ejercicio es facultativo. En efecto, siendo facultativo el ejercicio del poder, siempre se podrá llevar a cabo o bien omitir la acción que dé lugar al resultado institucional o cambio normativo. Cuando el ordenamiento jurídico atribuye un resultado a esa conducta pasiva, estaremos ante el ejercicio omisivo de la regla que confiere el poder, como sucede con la institución de la tácita reconducción. En efecto, llegado el vencimiento del contrato de arrendamiento, el envío o no de un requerimiento por parte de arrendador o arrendatario, implica, respectivamente, dos resultados normativos distintos: la resolución del contrato o bien su renovación. Respecto a las reglas que confieren poderes de ejercicio obligatorio, su aplicación mediante una omisión presenta más dificultades, pues siendo preceptivo el ejercicio del poder, el agente no puede abstenerse de realizar la acción que dé lugar al resultado institucional o el cambio normativo.

**5.3.** Finalmente, he analizado las relaciones entre las reglas que confieren poderes y las normas puramente constitutivas y la omisión. He sostenido que el silencio administrativo puede verse como una norma puramente constitutiva cuya finalidad sería paliar los efectos negativos de la falta de resolución en plazo. Esa falta de ejercicio de la regla que confiere poder por parte de la Administración no puede verse como una omisión en el sentido expuesto en este trabajo, porque el ordenamiento jurídico prohíbe a la Administración esa abstención, por lo que faltaría el requisito de la capacidad normativa, esto es, que no exista una norma de mandato que prohíba esa conducta pa-

siva, para poder considerar que esa falta de resolución es una omisión. Asimismo, he analizado la vinculación de una regla puramente constitutiva a la falta de ejercicio por parte de la Administración como una suerte de contradicción pragmática, en el sentido que el ordenamiento jurídico establece que la Administración debe resolver expresamente en todos los casos, pero sin embargo articula una norma puramente constitutiva (el silencio administrativo) para cubrir los efectos perjudiciales de la inactividad administrativa, dando por descontado que se va a incumplir sistemáticamente la obligación de resolver.

En el caso de la *ficta confessio,* he analizado la situación que se produce cuando una de las partes en un proceso civil no acude al acto del juicio como una regla puramente constitutiva, que da lugar a un resultado institucional, la incomparencia, que constituirá el supuesto de ejercicio de una regla que confiere el poder al juez para, valorando las circunstancias del caso, considerar que se tenga a la parte por confesa o no.

## BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA RODRÍGUEZ, M., y RUIZ MANERO, J., 2000: *Ilícitos atípicos,* Madrid: Trotta.

— 2003: «Seis acotaciones sobre una teoría de la validez jurídica», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n.º 26, Alicante.

— 2004: *Las Piezas del Derecho,* Barcelona: Ariel, 2.ª ed.

DELGADO ECHEVARRÍA, J.: «El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho Privado. Notas de teoría y dogmática», http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=79.

GONZÁLEZ LAGIER, D., 1995: *Acción y Norma en G. H. von Wright,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

MARTÍN MATEO, R., 1999: *Manual de Derecho Administrativo,* Madrid: Trivium, pp. 330 y ss.

VON WRIGHT, G. H., 1970: *Norma y Acción,* Madrid: Tecnos.

# LA TEORÍA GENERAL DE LA FORMA DE ROBERT SUMMERS

## (A propósito de Robert S. Summers, *Form and Function in a Legal Sytem. A general Study*) *

César Arjona **

*ESADE*

**RESUMEN.** El propósito de este trabajo es introducir y analizar la teoría general de la forma, del profesor R. SUMMERS. Basándose en el concepto de forma (que el autor define como «ordenación sistemática y tendiente a un fin»), SUMMERS presenta una teoría ambiciosa de gran importancia epistemológica. Propone una nueva manera de contemplar el sistema jurídico, la perspectiva de la forma, al tiempo que subraya las insuficiencias de la perspectiva de la regla que caracteriza el pensamiento de iusfilósofos tan importantes como H. KELSEN o H. HART. Así, en el análisis de SUMMERS, las reglas no constituyen el elemento central, como es el caso en el positivismo jurídico tradicional, sino un tipo de unidad jurídica entre otras. Este artículo analiza tanto la dimensión estructural (anatómica) como funcional (fisiológica) de esta nueva teoría. Además, la sitúa dentro del marco de la filosofía jurídica contemporánea, en la que está llamada a ocupar una posición relevante.

**Palabras clave:** perspectiva de la forma, perspectiva de la regla, epistemología, positivismo jurídico.

**ABSTRACT.** The purpose of this paper is to introduce and analyse professor R. SUMMERS' general theory of form. Based on the concept of form (defined by the author as a «purposive systematic arrangement»), SUMMERS advances an ambitious theory of epistemological import. He proposes a new way to look at the legal system, the form-oriented approach, while underlying the insufficiencies of the rule oriented-approch that characterises the thought of central legal philosophers such as H. KELSEN and H. HART. Thus, in SUMMERS' analysis, rules are not the dominant element, as it is the case in traditional legal positivism, but just one kind of legal unit among others. The paper analyses both the structural (anatomy) and functional (physiology) dimensions of the new formal theory of law. Furthermore, it puts the theory within the framework of contemporary legal philosophy, in which it is destined to be in a relevant position.

**Keywords:** form-oriented approach, rule oriented-approach, epistemology, legal positivism.

---

* R. S. SUMMERS, 2006: *Form and Function in a Legal System. A general Study,* Cambridge: Cambridge University Press.

** Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2008. Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2008.

## 1. INTRODUCCIÓN

El propósito de este escrito es presentar uno de los desarrollos más ambiciosos de la filosofía del Derecho de los últimos años: la teoría general de la forma de R. SUMMERS. Para ello tomaré como referencia su obra *Form and Function in a Legal System,* la cual supone la culminación de más de una década de estudios sobre distintos aspectos formales del Derecho que cabe englobar dentro de esa teoría general[1]. A diferencia de la mayoría de publicaciones iusfilosóficas, que están integradas dentro de alguna tradición teórica bien definida, SUMMERS plantea aquí una teoría general del Derecho propia y original, la cual basa en el elemento que ha dominado su producción académica reciente: el de forma[2].

«Forma» es un término ambiguo y filosóficamente complejo, que SUMMERS define como *purposive systematic arrangement*[3]. No se trata de una expresión de traducción sencilla, y adopto la ya empleada por M. ATIENZA: «ordenación sistemática y tendiente a un fin»[4]. El punto de partida de SUMMERS es que el estudio de la forma en el Derecho tiene gran relevancia tanto teórica como práctica, a pesar de lo cual no ha sido afrontado con la debida atención por la teoría jurídica occidental, y en particular por el positivismo jurídico dominante.

Pero el trabajo no sería tan ambicioso como es en realidad si sólo tratase de resaltar un elemento de los sistemas jurídicos que ha pasado tradicionalmente desapercibido. De ser así, la novedad de la teoría se hallaría en la dimensión ontológica; sin embargo, a mi entender, el gran valor de la misma hay que situarlo en el nivel epistemológico. Es decir: su principal importancia no radica tanto en mostrar las formas jurídicas como en proponer una nueva manera de ver el Derecho en su conjunto a partir del estudio de la forma. Se trata de lo que SUMMERS denomina *form-oriented approach:* una manera de aproximarse al fenómeno jurídico a través de la forma u orientada hacia la forma, la cual resulta especialmente fructífera dado que todo aspecto del Derecho tiene un

---

[1] SUMMERS ha publicado, desde comienzos de los noventa, más de una veintena de artículos sobre la importancia de la forma en el Derecho, que pueden considerarse piezas sueltas de la teoría general que presenta en *Form and Function in a Legal System.* Algunas de ellas fueron publicadas en lengua española en una recopilación de artículos titulada 2001: *La naturaleza formal del Derecho,* México: Fontamara, (trad. P. LARRAÑAGA).

[2] Cabe reseñar que, más allá de libro mencionado en la cita anterior, la obra de SUMMERS no ha recibido en la literatura jurídica en lengua española un tratamiento global. Sí que existen referencias, aunque no abundan, a algunas de las publicaciones de SUMMERS durante los últimos años. Un buen ejemplo de esto lo ofrece el reciente libro de R. GARCÍA MANRIQUE, 2007: *El valor de la seguridad jurídica,* México: Fontamara, a lo largo de cuya segunda parte se analizan las posiciones de SUMMERS como defensor de una concepción formal del *rule of law* y de su valor moral.

[3] Se trata de una definición *ad hoc* pero no arbitraria, ya que es cercana y compatible con muchos usos del término «forma» tanto en el lenguaje ordinario como en el jurídico. Este es un término que ha sido objeto de múltiples tratamientos en la tradición filosófica occidental, desde PLATÓN hasta nuestros días. La precisa definición de SUMMERS es de gran utilidad para el desarrollo de su teoría, que si no podría verse colapsada por una discusión conceptual, e incluso terminológica, al nivel de la filosofía teorética.

[4] La utilizó en «Presentación» a 2001: *La Naturaleza formal del Derecho,* México: Fontamara. El análisis terminológico y conceptual mediante el que SUMMERS justifica su definición de «forma» corresponde a la lengua inglesa, y es cierto que algunos de sus usos y connotaciones pueden variar para el hablante en lengua española. Sin embargo, como dice acertadamente el traductor de la obra antes citada, P. LARRAÑAGA, eso no es impedimento para la comprensión de la teoría, y buscar términos alternativos al de «forma» allí donde las connotaciones de su uso por SUMMERS no se ajusten a las españolas provocaría demasiada confusión (pp. 20-21, *N. del T.*).

componente formal, y que por tanto la forma abarca la totalidad del sistema. De ahí que aunque me refiera aquí a su teoría mediante la denominación que el propio autor adopta, a saber, «teoría general de la forma», cabría también identificarla como una «teoría general del Derecho a través de la forma», una expresión esta que refleja de manera fiel la ambición de la propuesta de SUMMERS.

## 2. LA PROPUESTA EPISTEMOLÓGICA

### 2.1. Orientación hacia la regla *vs.* orientación hacia la forma

Desde un punto de vista epistemológico, el libro está atravesado por un constraste entre la propuesta de SUMMERS, *form-oriented approach,* y lo que él denomina *rule-oriented approach.* La perspectiva de la regla representa la manera de aproximarse al fenómeno jurídico dominante en la cultura occidental contemporánea. SUMMERS la identifica explícitamente con la filosofía de los dos más importantes exponentes del positivismo jurídico del siglo XX: H. KELSEN y H. HART[5].

Tanto HART como KELSEN conciben el Derecho esencialmente como un conjunto de reglas, aunque difieren sobre qué tipos de reglas son esas, sobre cómo se organizan, o sobre otras cuestiones que no restan veracidad a la consideración anterior. De ahí que SUMMERS utilice la expresión *rule-oriented approach* para referirse a lo que hay de común en la manera de aquéllos de ver el Derecho. Según esa perspectiva, el elemento central del sistema son las reglas (puestas por el Estado, ya que hablamos de filósofos iuspositivistas) que pretenden condicionar la conducta de los individuos que se hallan bajo la jurisdicción de ese sistema.

SUMMERS no cree que esa perspectiva sea errónea en un sentido estricto del término, sino más bien insuficiente. Frente a ella, propone un modo de análisis orientado hacia la forma que considera superior tanto a un nivel especulativo (dado que la forma es una característica esencial de la naturaleza del Derecho, y de todo el Derecho) como práctico (puesto que permite mejorar la manera en la que el Derecho puede lograr sus fines, incluidos los más importantes valores sociales)[6].

Por «forma» entiende SUMMERS, ya se ha dicho, la ordenación sistemática y tendiente a un fin de una serie de elementos. Esos elementos pueden ser reglas, pero no son sólo reglas. Puestas las gafas del *form-oriented approach* las reglas dejan de constituir el componente esencial del tejido jurídico, siendo sustituidas en esa posición por lo que SUMMERS llama *functional legal units,* o unidades jurídicas funcionales. Las reglas son

[5] SUMMERS llega incluso a hablar del *«Hart-Kelsen» mode of analysis* (F&F 4) para enfatizar lo que en común tienen las teorías de ambos autores. Matiza que el modelo de KELSEN, más que *rule-oriented* se debería calificar de *norm-oriented,* aunque ambos enfoques pueden pasar por equivalentes a los efectos aquí relevantes (F&F 73). Las teorías de HART y de KELSEN, cuya importancia SUMMERS no devalúa sino que reconoce, sirven de constante punto de contraste en su presentación de la perspectiva formal. Incide, eso sí, más en el modelo positivista de HART que en el de KELSEN, quizás no sólo por ser posterior o provenir del mundo anglo-sajón, sino también porque SUMMERS fue discípulo personal de HART.

[6] Significativamente, SUMMERS no propone el abandono del modelo de la regla, sino la adopción del *form-oriented approach* como primario y principal, y del *rule-oriented approach* como secundario y complementario (F&F 72-73).

un tipo de unidad jurídica funcional, pero hay muchos otros que no son ni más ni menos importantes que ellas, como las instituciones, las metodologías, y otros. Las *functional legal units* constituyen así las unidades básicas de análisis del sistema jurídico.

Esta es una innovación importante, y un punto capital en la teoría de SUMMERS. Cuáles son, y cómo se organizan, esas unidades funcionales, es algo de lo que hablo en el apartado 3 de este escrito, e invito a quien desee obtener un panorama general de la teoría a pasar directamente a ese punto. Antes, sin embargo, desarrollaré algo más, aunque sea con un carácter específicamente académico, la propuesta epistemológica de SUMMERS, poniéndola en contacto con otros desarrollos importantes de la filosofía del Derecho contemporánea.

### 2.2. En particular: reglas constitutivas *vs.* reglas reforzadoras

Los exponentes del positivismo contemporáneo no eran ciegos, y evidentemente sabían que en el sistema jurídico hay algo más que reglas promulgadas para ordenar conductas. Centrándonos en particular en la versión de HART, existe un acuerdo en que uno de los principales méritos de la misma radica en haber entrado en el concepto de regla con espíritu analítico para distinguir entre distintos tipos de reglas, habiendo acuñado así la exitosa distinción entre reglas primarias y secundarias. Como es bien sabido, las reglas primarias son aquéllas mediante las que se le exige a los individuos que realicen o dejen de realizar determinadas acciones. Las reglas secundarias, por su parte, son reglas que *tratan sobre* reglas primarias, ya sean las que permiten la creación, cambio y derogación de reglas primarias (reglas de cambio), las que permiten la resolución de disputas que surjan en relación con las reglas primarias y la ejecución de las decisiones mediante las que aquéllas se resuelven (reglas de adjudicación), y las que permiten identificar qué reglas primarias pertenecen al sistema, dotando así a éste de identidad propia (regla de reconocimiento)[7].

A las reglas secundarias también se las ha llamado reglas constitutivas, ya que en el modelo de HART ellas «constituyen» aquellos elementos del sistema que son distintos a las reglas. Por ejemplo, ¿qué es un tribunal de justicia? Desde el positivismo habría que responder en términos normativos: es un conjunto de reglas que definen cómo se constituye el órgano, establecen procedimientos para su funcionamiento, etc. Existe en definitiva toda una serie de reglas secundarias que constituyen ese elemento del sistema.

SUMMERS afronta esta cuestión proponiendo un cambio terminológico de trascendencia conceptual: a saber, sugiere que esas reglas no se denominen constitutivas sino reforzadoras *(reinforcive).* No se trata de negar ni la existencia ni la importancia de esas normas, sino, en coherencia con el tono de esta teoría, de atribuirles un alcance más limitado que el que tradicionalmente se les concede. Se aplicaría aquí la acertada expresión de K. WINSTON, quien en un comentario a un texto de uno de los grandes maestros de SUMMERS, L. FULLER, señala: «[e]n muchas ocasiones, y las instituciones jurídicas no son una excepción, la descripción formal de un organismo en términos de sus re-

[7] H. L. A. HART, 1998: *El concepto de Derecho,* Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 113-123.

glas constitutivas es el aspecto *menos revelador* de su carácter como fenómeno social en desarrollo»[8].

HART conoce de la existencia de los tribunales, y entiende que son de gran importancia para la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico. Pero los conoce y los entiende «a través» de reglas, las reglas secundarias que los constituyen y que son, dentro de su teoría, el elemento esencial del fenómeno jurídico, su unidad básica. Esa manera de ver las cosas hace que los elementos distintos a las reglas (como los tribunales y muchos otros) se afronten de una manera que SUMMERS califica de «oblicua» (F&F 73)[9]. No es una perspectiva errónea; es, utilizando la expresión de WINSTON, poco reveladora.

Mediante el *form-oriented approach,* sin embargo, podremos afrontar esos elementos de una manera más iluminadora, más directa, y situarlos en la posición central del análisis jurídico, junto a las reglas (pero no por debajo de las reglas ni derivados de las reglas), como unidades jurídicas funcionales que son. Las reglas jugarán, sin duda, un papel en relación con esos elementos o unidades, ya sean los tribunales u otros, pero ese papel será de refuerzo *(reinforcive rules)* y no de constitución *(constitutive rules),* al menos no si lo que se quiere indicar mediante ese término es que tales elementos e instituciones son sólo y nada más que el agregado de reglas que se refieren a ellos.

### 2.3. Las críticas de SUMMERS y DWORKIN al positivismo de HART

La crítica de SUMMERS al positivismo hartiano, y a su perspectiva orientada hacia la regla, puede llevar a pensar al lector mínimamente familiarizado con la filosofía del Derecho contemporánea que aquélla comparte mucho con la muy conocida crítica de DWORKIN, quien habla específicamente del *rule model* para referirse al modelo de HART frente al que dirige sus ataques[10]. Esta apreciación sería errónea y conviene advertir frente a ella, aunque sí existe una similitud de partida entre los caminos teóricos recorridos por SUMMERS y DWORKIN. Es oportuno revisar este punto para un mejor entendimiento de la teoría que aquí nos ocupa.

SUMMERS reconoce de manera expresa que existe un punto de conexión entre su posición y la de DWORKIN (F&F 74, n. 16). Ese punto consiste en que ambos teóricos critican una visión del Derecho (que identifican con HART) como sistema compuesto sólo o esencialmente por reglas. Ambos consideran que dicha visión es pobre e insuficiente.

A partir de aquí, sin embargo, sus posiciones tienen poco que ver, y creo que es importante entender la diferencia para insistir en las profundas implicaciones de la inno-

---

[8] K. WINSTON (ed.), 2001: *The Principles of Social Order,* Oxford: Hart, p. 231 (cursiva añadida). SUMMERS fue biógrafo de FULLER; véase R. S. SUMMERS, 1984: *Lon L. Fuller,* Standford University Press.

[9] SUMMERS señala: «el estudio de una unidad jurídica funcional realizado principalmente mediante el análisis de los contenidos de reglas reforzadoras que prescriben determinados aspectos de esa unidad es un estudio de dichos aspectos *por vía indirecta* que no enfoca de frente la forma global, las características formales constitutivas y sus interrelaciones, y los componentes materiales o de otro tipo de la unidad complementarios a su forma y a sus características formales» (F&F 79).

[10] R. DWORKIN, 1967: «The Model of Rules», 35, *University of Chicago Law Review,* 14.

vación epistemológica propuesta por SUMMERS. Lo que DWORKIN viene a decir es que si miramos *bien* el Derecho (o con más atención, o con más sutileza, de lo que lo hizo HART), veremos que además de reglas hay otro tipo de preceptos, los principios. Pero lo que SUMMERS viene a decir es que si miramos *de otra manera* el Derecho, veremos que además de las reglas y de los principios, existe toda una serie de elementos, como las instituciones, o las metodologías, y otras unidades jurídicas funcionales distintas a los preceptos, que pasan desapercibidas para la teoría tradicional; y que existe toda una serie de cuestiones de gran importancia sobre las características formales de esos elementos y de sus interrelaciones que pasan igualmente desapercibidas para la teoría tradicional.

Dicho en otros términos, DWORKIN amplía el campo de los preceptos relevantes (o cuando menos establece una distinción dentro del mismo que HART no había realizado), pero continúa manteniendo el foco de la teoría centrado en los preceptos. SUMMERS va más allá: no sólo es limitado ver en las reglas todos los preceptos (pues hay más) sino que es limitado ver en los preceptos todo el Derecho (pues hay mucho más). Por ello, desplaza el foco de la teoría jurídica desde los preceptos hacia la forma. Así, mientras que la innovación de DWORKIN, en cuanto critica el modelo de las reglas, es esencialmente ontológica, SUMMERS eleva la cuestión al terreno epistemológico [11].

### 2.4. SUMMERS y los instrumentalistas: forma *vs.* formalismo

En la crítica emprendida por SUMMERS contra la perspectiva de análisis orientada hacia la regla, o *rule-oriented approach,* resuena también el eco de la tradición instrumentalista americana en filosofía y en Derecho, que durante el siglo XX dio lugar, entre otras, a la llamada escuela del realismo jurídico [12]. En su búsqueda de la esencia del fenómeno jurídico, los realistas moderaron el valor de la regla, y en su versión más extrema llegaron a desconfiar de él, adoptando lo que se ha denominado «escepticismo sobre la regla» *(rule skepticism)* [13]. Los realistas se inspiraron en una famosa frase del juez Oliver W. Holmes, «las proposiciones generales no deciden casos concretos» [14], para sostener que las reglas no son el (único) elemento que determina las decisiones judiciales (y por tanto, según su concepción, el contenido del Derecho), sino que juegan ahí otros factores, muchos de los cuales se habían considerado tradicionalmente ajenos al estudio jurídico.

---

[11] Me estoy refiriendo, en este epígrafe, al punto específico de la teoría de DWORKIN en que introduce los principios (y las *policies*) como elementos normativos distintos a las reglas. Evidentemente, la filosofía jurídica de DWORKIN es mucho más amplia y compleja, y contiene críticas al positivismo aún más ambiciosas, también desde un punto de vista epistemológico. No encuentro en ellas parecido alguno con la teoría de SUMMERS y quedan, por tanto, fuera del alcance de este escrito.

[12] SUMMERS es autor de una de las principales monografías sobre el instrumentalismo americano: 1982: *Instrumentalism and American Legal Theory,* New York: Cornell University Press, Ithaca. A pesar de tratarse ese de un estudio crítico, las posiciones propias de SUMMERS no son totalmente ajenas a la influencia del instrumentalismo.

[13] Estoy utilizando aquí «instrumentalismo» y «realismo» como sinónimos. Esto es una imprecisión, según la obra de SUMMERS citada en la nota anterior, y queda aquí justificada por el alcance limitado de este escrito. También me permito la licencia de caracterizar en pocas líneas el realismo tomando como referencia algunas versiones del mismo, y no otras.

[14] La frase proviene de uno de los más famosos votos discrepantes de Holmes en la Corte Suprema de los Estados Unidos: *Lochner vs. New York,* 198 U.S. 45 (1905).

Parece claro que la idea inicial de SUMMERS, limitar y situar en su debido contexto el papel de la regla como elemento de análisis del sistema jurídico, es compatible con los postulados instrumentalistas y comparte bastante de su espíritu. Sin embargo, el desarrollo que hicieron los realistas difiere radicalmente del propuesto por SUMMERS, hasta el punto de que este atribuye a aquéllos parte de la responsabilidad por el desprestigio que sufre la forma en la cultura jurídica occidental. En efecto, entre las causas que han dado lugar a ese desprestigio, hay que considerar destacadamente la impaciencia hacia la forma que SUMMERS atribuye explícitamente a los realistas, y en particular al primer LLEWELLYN, y que tiene su continuación en movimientos posteriores herederos del realismo, como el *análisis económico del Derecho* (POSNER) o los *critical legal studies* (KENNEDY) (F&F 29)[15].

Esta consideración peyorativa de la forma, a la que se ve como algo prescindible y molesto que dificulta llegar al núcleo de las cosas, se explica cómo una reacción contra la actitud formalista que dominó la cultura jurídica norteamericana durante el siglo XIX y parte del XX. Me refiero a la que R. POUND denominó «jurisprudencia mecánica», según la cual el razonamiento jurídico debe ser un proceso de pura deduccion lógico formal, aislado en la medida de lo posible del entorno social, a partir de premisas inmutables que deben conservarse a toda costa[16].

Pues bien, frente a ese telón de fondo, SUMMERS reconoce que «muchas declaraciones contra la forma del primer LLEWELLYN fueron reacciones muy convenientes frente a las metodologías formalistas de interpretación y aplicación de algunos jueces americanos de finales del diecinueve y comienzos del veinte» (F&F 28). Sin embargo, «al equiparar la forma con lo formalista, esos teóricos (realistas y sus herederos) a veces parecen incluso asumir que podríamos prescindir por completo de la forma en las unidades jurídicas funcionales y aun así tener un sistema jurídico viable» (F&F 29). Dicho en pocas palabras, los realistas atacan la forma allí donde debían limitarse a atacar el formalismo, y en ese sentido, su posición es difícilmente compatible con la del análisis del Derecho a través de la forma.

En contraste con eso, es significativa aquí la referencia a uno de los juristas más admirados por SUMMERS, R. VON IHERING, quien en la cultura jurídica germana jugó un papel parejo al de los instrumentalistas en Estados Unidos, en tanto en cuanto criticó la escuela de pensamiento dominante en sus días (en el caso, la Jurisprudencia de Conceptos) también por considerarla inapropiadamente formalista[17]. Sin embargo, sus crí-

[15] Por cierto, la especulación sobre las posibles causas que han llevado al desprecio de la forma en la cultura jurídica es un punto importante para la coherencia teórica del sistema de SUMMERS. Dado que este autor ve en la forma un elemento de extraordinaria fecundidad para el análisis jurídico, pero al tiempo asevera que ha sido rotundamente olvidado por los juristas, es necesario plantearse por qué se ha producido ese olvido. Si no existiera una respuesta a dicha pregunta todo su modelo de análisis quedaría teñido por una sospecha. Por ello, el autor americano dedica una sección de su libro a hablar sobre el tradicional rechazo hacia la forma y a sugerir varias explicaciones posibles (F&F 24-33).

[16] R. POUND, 1908: «Mechanical Jurisprudence», 8 *Columbia Law Review,* 605. SUMMERS describió extensamente ese método jurídico formalista en 1982: *Instrumentalism and American Legal Theory,* New York: Cornell University Press, Ithaca, pp. 137-56.

[17] En un irónico escrito, «En el cielo de los conceptos jurídicos», IHERING se recrea en la descripción de ese formalismo, llevando ese estilo de razonamiento a extremos desesperantes hasta el punto de divertir al lector. SUMMERS hace referencia expresa a la obra. Existe traducción al castellano en R. VON IHERING, 1987: *Bromas y veras en la ciencia jurídica,* Madrid: Civitas.

ticas no se acompañaron de un desprecio por la forma, sino, justo al contrario, de un respeto hacia la forma y del reconocimiento de su importante papel en el sistema jurídico, reconocimiento en parte derivado de su profundo dominio del Derecho romano[18]. Hasta tal punto es así, que SUMMERS admite explícitamente haber encontrado en IHERING la principal inspiración para la elaboración de su teoría general de la forma (F&F 36).

O sea, se puede honrar la forma aun criticando el formalismo. Pero eso no es lo que hicieron los realistas americanos, ni los practicantes de sus múltiples derivaciones académicas y prácticas. La crítica del formalismo se convirtió generalizadamente en un desprecio por todo lo formal. A partir de ahí, los realistas propusieron sustituir el protagonismo de las denostadas reglas y del razonamiento lógico-deductivo por la utilización de métodos empíricos, provenientes particularmente de la psicología y de otras ciencias sociales. Esto lo identifica SUMMERS con una tercera aproximación al fenómeno jurídico, contraria, como la suya, al *rule-oriented,* pero muy diferente de su *form-oriented,* que sería el *behavior-oriented approach,* o perspectiva behaviorista, según la cual para conocer el Derecho lo más importante es el estudio psicosocial de la conducta de los agentes jurídicos. Y esto es algo completamente alejado de la propuesta de SUMMERS, quien ni siquiera se ocupa de analizar esa alternativa epistemológica dándola por desacreditada (F&F 72). Repetidamente SUMMERS descarta el recurso a métodos empíricos de investigación, no por considerarlos menores o poco importantes, sino innecesarios para su desarrollo de una teoría general de la forma, la cual se mueve en un terreno esencialmente conceptual[19].

A pesar de todo lo anterior, sí se entrevé una importante influencia del instrumentalismo americano en la teoría de SUMMERS, pero esto en referencia a otro punto bien distinto, a saber, a la concepción dinámica y funcional del Derecho mediante la que se destaca, tanto o más que su estructura, su carácter de actividad para la consecución de determinados propósitos sociales. De esta tendencia me ocupo más abajo, en el epígrafe 3.2.

## 3. EL SISTEMA DE ANÁLISIS

### 3.1. Dimensión anatómica

#### *3.1.1. Las unidades jurídicas funcionales*

Contemplado a través del *form-oriented approach,* la perspectiva que se obtiene del mapa del sistema jurídico varía sensiblemente de la que nos ofrece el positivismo tradi-

[18] Ese dominio, y cómo generó en IHERING un gran respeto por las formas jurídicas, se puede comprobar en una obra del jurista alemán que SUMMERS cita repetidamente en su libro: *Geist des Römischen Rechts* (edición en lengua española en 4 tomos, 1904: *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo,* Madrid: Editorial de Carlos Bailly-Bailliere e hijos). Estoy obviando, por mor de la simplicidad, que en IHERING se dan dos etapas académicas diferentes: una primera, donde es cercano a la escuela de la Jurisprudencia de Conceptos, y una segunda, de carácter pragmático e instrumentalista, en la que critica a aquélla.

[19] En F&F 94-95 se muestra un importante esfuerzo metodológico para identificar qué tipo de cosas importantes se pueden decir sobre la forma sin necesidad de embarcarse en estudios empíricos.

cional, centrado éste sobre todo en las reglas. Como se dijo antes, los elementos básicos constitutivos del sistema son, para SUMMERS, las unidades jurídicas funcionales, entre las que se encuentran las reglas pero que no se limitan a éstas.

SUMMERS diseña una estructura para las unidades jurídicas funcionales, divididas en cinco tipos de unidades dentro de cada uno de los cuales se encuentran varios subtipos, según la siguiente clasificación[20]:

| *Tipos de unidades funcionales* | *Subtipos dentro de cada tipo*[21] |
|---|---|
| Institucionales | Instituciones legislativas<br>Tribunales<br>Agencias administrativas<br>Sociedades y otras entidades privadas |
| Preceptivas *(preceptual)* | Reglas<br>Principios<br>Máximas<br>Órdenes generales |
| No preceptivas *(non preceptual)* | Contratos<br>Ciertos intereses sobre la propiedad *(property interests)*<br>Testamentos |
| Metodológicas | Interpretativas<br>De redacción *(drafting)*<br>Probáticas *(fact-finding)* |
| Ejecutivas *(enforcive or implementive)* | Sanciones<br>Remedios<br>Otras |

### *3.1.2. La estructura del análisis formal*

Si se observan con atención, se verá que todos los subtipos de unidades jurídicas funcionales se hallan relacionados de alguna manera importante con reglas. Así, por ejemplo, en un sistema jurídico mínimamente desarrollado las sanciones están contempladas en reglas, hay un cuerpo de reglas que establece la estructura y el funcionamiento de los tribunales, etcétera.

Sin embargo, la propuesta de SUMMERS consiste en ir más allá del contenido reglado de las unidades (eso ya lo estudia el positivismo tradicional), aunque sin necesidad

[20] Tomo aquí como referencia la clasificación que realiza SUMMERS en F&F 54, si bien señala el autor que la enumeración no es exhaustiva. Es decir, pueden existir más unidades funcionales. En ese sentido produce cierta confusión el que en algún momento mencione otras unidades funcionales que no aparecen en ese listado inicial, sin que quede claro a cuál de los tipos anteriores corresponden, como es el caso de la institución de la familia o de la profesión jurídica, a las que se refiere en F&F 306.

[21] Estos subtipos pueden a su vez dividirse en más. Así, por ejemplo, las unidades funcionales interpretativas pueden referirse a métodos para interpretar contratos, leyes, o constituciones, con características diversas en cada uno de los casos.

de emprender una investigación empírica al estilo de los enfoques behavioristas propios del instrumentalismo. Para ello diseña una estructura de análisis formal que se puede aplicar a cualquier unidad funcional y que se compone de cuatro elementos:

i) El propósito, esto es, el fin para el que la unidad ha sido diseñada dentro del funcionamiento global del sistema. Recuérdese que la forma se define como una organización *tendiente a un fin,* con lo que se abre la puerta al estudio fisiológico del sistema del que me ocuparé en el epígrafe posterior.

ii) La forma global, u *overall form,* que es la que corresponde *stricto sensu* con la ordenación sistemática y tendiente a un fin de todos los elementos que componen una unidad determinada.

iii) Las características formales, o *formal features,* de cada una de las unidades. Cuáles sean estas características es algo que puede variar enormemente de unidad a unidad en función de sus propósitos y forma global.

iv) Elementos materiales y otros componentes, la consideración de los cuales es uno de los puntos más originales de la teoría de SUMMERS, ya que éstos suelen quedar radicalmente excluidos de cualquier teoría del Derecho al uso.

### *3.1.3. Un ejemplo: la institución legislativa*

El método posee un grado de abstracción considerable, y un ejemplo puede ayudar a entender los distintos estadios de análisis. Tomaré una de las unidades funcionales que SUMMERS analiza en detalle en su obra: una institución legislativa (F&F 91-135).

Partiendo del paradigma de un órgano legislativo central de cualquier sistema jurídico occidental contemporáneo, SUMMERS afirma que los *propósitos* que dicha unidad cumple incluyen la representación democrática, la adopción de legislación, la provisión de un foro para el debate público de los principales asuntos de actualidad, el control de la adminsitración (incluido el gobierno), la participación en la política exterior, y el tratamiento de cuestiones financieras.

Para lograr dichos propósitos la institución legislativa posee la *forma global* de un cuerpo oficial debidamente constituido, con una jurisdicción que abarca todo el sistema, de conformidad con estructuras y procedimientos reconocidos no sólo para crear democráticamente Derecho escrito válido sino también para servir otros propósitos importantes, según han sido enumerados anteriormente.

Esa forma global se compone de distintas *características formales* de tipo composicional *(compositional),* jurisdiccional, estructural, procedimental y preceptivo *(preceptual).* Dentro de cada uno de estos tipos se deberán realizar elecciones formales que dotarán de identidad propia a cada unidad funcional, en este caso, al órgano en concreto que se esté analizando: de su elección y correcta realización dependerá en buena parte el éxito de la unidad funcional.

Finalmente, la unidad se caracterizará también por una serie de *componentes materiales* que estarán parcialmente determinados por las elecciones de forma que se hayan realizado antes, como pueden ser las instalaciones donde se reúne el cuerpo legislativo, los individuos miembros del mismo, los medios tecnológicos que se utilizan para su funcionamiento, etcétera.

Como decía, las reglas no desaparecen del panorama sino que se hallan detrás de muchas de esas elecciones de forma, apoyándolas de diversas maneras (de ahí que SUMMERS prefiera hablar de normas que refuerzan, en vez de normas que constituyen). Sin embargo, lo que más importa no es lo que hay detrás sino lo que hay delante, y eso es «forma debidamente diseñada para servir propósitos relevantes». La prevalencia de la forma de una institución sobre las reglas que consolidan dicha forma viene refrendada para SUMMERS por el hecho de que aquellos que se dispongan a crear una institución determinada no pueden ni siquiera empezar a redactar dichas reglas sin antes haber concebido y acordado los propósitos de la institución, su forma global, sus características formales, y los componentes complementarios materiales propios de la institución (F&F 95)[22].

## 3.2. Dimensión fisiológica

### *3.2.1. El Derecho como actividad*

Uno de los principales méritos del *form-oriented approach* como método de análisis es su dimensión funcional, la cual permite contemplar el Derecho como algo dinámico, como una herramienta destinada a la consecución de ciertos fines, como una actividad o empresa[23]. Esto, que es algo en general propio del pensamiento jurídico americano, y que entronca con la tradición instrumentalista antes comentada y también con el pensamiento de L. FULLER, se percibe en todos los aspectos de la teoría de SUMMERS. Resulta sencillo ofrecer ejemplos de esta dimensión fisiológica: la forma se define como un ordenamiento sistemático *tendiente a un fin;* en coherencia con ello el primer paso del análisis formal consiste en la determinación de los *propósitos* servidos por las unidades; éstas se denominan unidades jurídicas *funcionales;* y la palabra «función» aparece en pie de igualdad con «forma» en el título del libro.

A la hora de captar la dimensión dinámica del fenómeno jurídico, la propuesta epistemológica de SUMMERS es superior a la tradicional visión del Derecho como conjunto de reglas. Claro está que, como siempre, hablamos aquí de una cuestión de énfasis, y no sería en absoluto acertado afirmar que los sistemas positivistas de KELSEN o HART ofrecen una visión puramente estática del Derecho.

Así, el lector de *El concepto de Derecho* (dejaré aquí de lado a KELSEN, pues es a HART a quien SUMMERS dedica mayor atención), puede encontrar en esa obra las raíces de una visión funcional del sistema jurídico. Las reglas secundarias, constitutivas, o *rein-*

---

[22] De hecho, las reglas son en sí mismas unidades jurídicas funcionales, dotadas de propósito, forma global, características formales y componentes materiales, y al estudio formal de las mismas dedica SUMMERS dos capítulos enteros de su libro.

[23] En el comentario de ATIENZA en el que se analizaba la teoría de la forma aun antes de la publicación de este libro, ya se establecía una conexión esencial entre la concepción de la forma de SUMMERS y la concepción del Derecho como actividad: «si —como... ha escrito SUMMERS— la clave para comprender la ciencia del Derecho radica en la noción de forma, la clave para comprender la noción de forma de SUMMERS —añado yo— radica en darse cuenta de que a lo que él se está refiriendo es a la forma —o a las formas— de una actividad»; o, «el significado de fondo de su análisis del Derecho orientado hacia la forma (*form-oriented* en lugar de *rule-oriented*) sólo se comprende a partir de su concepción del Derecho como una actividad», ambos en M. ATIENZA, 2001: «Presentación» a *La naturaleza formal del Derecho,* México: Fontamara, pp. 13-14.

*forcive* según SUMMERS, que vienen a suplir las deficiencias que existirían en un sistema primitivo y estático, permiten entender el Derecho como una actividad dinámica, cambiante, adaptada al paso del tiempo y a las necesidades sociales. Además, algunas de sus críticas al positivismo anterior (el modelo del mandato de AUSTIN) contienen precisamente un fuerte componente dinámico, como las que se refieren al problema de la sucesión del soberano y a la persistencia de las normas jurídicas durante el reinado de distintos soberanos[24].

A pesar de ello, está claro que no considera HART el elemento funcional con la misma centralidad con la que lo hace SUMMERS. Puede que la idea del Derecho como instrumento de ingeniería social no sea en sí misma incompatible con las concepciones hartiana y kelseniana, pero sí desplaza el foco de análisis hacia una dimensión del fenómeno jurídico que en éstas pasa, si no desapercibida, al menos no muy destacada. Esto es lo que apunta SUMMERS al afirmar que «en una perspectiva orientada hacia la regla, existe a menudo la tentación de concebir una unidad jurídica funcional como estática en vez de dinámica. Una perspectiva orientada hacia la forma, sin embargo, concibe dicha unidad combinada, integrada y coordinada con otras unidades dentro de una técnica operativa *(operational technique)* para la realización de actividades de creación y de aplicación del Derecho» (F&F 87).

### *3.2.2. Los instrumentos de segundo nivel*

En la anterior cita se introduce un nuevo elemento de la teoría de SUMMERS, hasta ahora obviado en esta presentación, pero que tiene capital importancia para entender su adecuación al análisis dinámico. El modelo estructural de tipos y subtipos de unidades jurídicas debe complementarse con los que SUMMERS llama instrumentos sistematizadores de segundo nivel, o *second level systematizing devices* (entre ellos, las técnicas operativas mencionadas en la cita). Así pues, las unidades jurídicas funcionales que antes veíamos pasan a situarse en un primer nivel y son organizadas por estos instrumentos de segundo nivel para constituir la forma global del sistema jurídico en su totalidad (F&F 305).

Igual que en el caso de las unidades jurídicas funcionales, SUMMERS ofrece un listado de estos instrumentos de segundo nivel, que son los siguientes[25]:

— Un orden jerárquico centralizado en una autoridad última dentro de cada esfera jurisdiccional (legislativa, judicial, administrativa, ordenación privada).

— Relaciones entre esas distintas esferas jurisdiccionales, estableciendo criterios de prioridad y de resolución de conflictos.

— Debida unificación de leyes en sectores concretos del ordenamiento (codificaciones, consolidaciones, etc.).

— Uniformización de metodologías (interpretación, redacción, etc.).

— Legitimación y coordinación de instituciones (judiciales y otras) para imponer y aplicar sanciones y otras medidas similares.

---

[24] H. L. A. HART, 19989: *El concepto de Derecho,* Buenos Aires: Abeledo Perrot, pp. 64-82.

[25] E igual que sucedía con las unidades jurídicas funcionales, cabe deducir que esa lista de instrumentos no es exhaustiva, ya que el propio SUMMERS los presenta como los «principales» a ser considerados (F&F 308).

— Técnicas operativas sistemáticas que permiten la combinación, integración y coordinación de las unidades jurídicas funcionales de primer nivel.

— Operación sistemática de todas las técnicas anteriores según los principios del Estado de Derecho *(rule of law).*

Se trata de distintos instrumentos de muy amplio alcance que operan sobre las unidades de primer nivel para dotar al sistema jurídico en su totalidad de una forma global[26]. De entre todos ellos me voy a detener un instante en uno de los puntos, el de las técnicas operativas, lo cual ayudará a entender el rol que juegan estos instrumentos de segundo nivel en la teoría de SUMMERS, y en particular cómo abren la puerta al análisis dinámico o fisiológico del fenómeno jurídico.

### *3.2.3. Las técnicas operativas y el análisis de progresión linear*

«Ninguna unidad funcional específica se emplea sola y de manera independiente», afirma SUMMERS. Al contrario, cualquiera que ésta sea, «dicha unidad se combina racionalmente con otras unidades de primer nivel dentro de una o más de las cinco formas globales de técnicas operativas» (F&F 327). A esas cinco técnicas SUMMERS las denomina: i) penal, ii) de reparación de daños *(grievance-remedial),* iii) administrativa-reguladora, iv) de concesión de beneficios públicos *(public benefit conferring),* y v) de acuerdo privado *(private arranging).* Dentro de ellas, o de alguna variación fácilmente reconocible de alguna de ellas, se sitúa todo uso del Derecho en un sistema jurídico occidental contemporáneo.

No sería correcto ver en estas técnicas cajones donde almacenar las unidades funcionales de primer nivel; más adecuado resulta hablar de avenidas por las que circulan dichas unidades, de manera debidamente ordenada. «Las diversas unidades jurídicas funcionales, y por tanto las actividades de legisladores, funcionarios administrativos, ciudadanos, jueces, y otros, están organizadas para operar dentro de estas técnicas, empleadas en progresión linear desde la creación inicial del Derecho hasta su aplicación última. Las unidades específicas, las cuales operan dentro de estas técnicas, son necesariamente dinámicas» (F&F 327). El Derecho logra sus propósitos, pues, beneficiándose de las sinergias que se producen mediante el funcionamiento de las unidades jurídicas cuando éstas están sistemáticamente ordenadas dentro de las técnicas operativas.

El uso de estas técnicas, y su carácter esencialmente dinámico, viene ilustrado sobradamente en el último capítulo de la obra, en el que el autor se embarca en lo que él denomina un análisis de progresión linear. Éste contrasta con la exposición estructural de las unidades funcionales de primer nivel o de los instrumentos sistematizadores de segundo nivel que ha quedado reflejada en la tabla y la lista anteriores. En el análisis de

[26] Como SUMMERS aprecia, en las teorías de KELSEN y de HART existían instrumentos de este tipo, aunque ellos no los concibieran como tales. Así, la norma fundamental de KELSEN o la regla de reconocimiento de HART podrían considerarse, desde la perspectiva de la teoría que aquí se presenta, instrumentos sistematizadores de segundo nivel. Pero su alcance, aunque trascendental, es limitado. Igual que de entre todas las unidades funcionales estos filósofos se ocuparon centralmente de las reglas, sus conceptos de segundo nivel (norma fundamental y regla de reconocimiento) se refieren precisamente a la sistematización de reglas, y nada más que a eso. Dejan fuera de su campo de acción, pues, mucho de lo que SUMMERS pretende iluminar.

progresión linear la fisiología cobra todo el protagonismo, y se ve en funcionamiento el sofisticado sistema de múltiples piezas que componen la teoría de SUMMERS.

En particular, el capítulo analiza cómo en el Estado de Nueva York se logró utilizar el sistema jurídico para lograr un propósito de salud pública: la erradicación de la enfermedad del cólera. Es un ejemplo complejo, que permite poner en juego una variedad de elementos de primer y de segundo orden, combinados en distintas técnicas operativas que juegan todas para lograr un mismo fin. SUMMERS aplica los conceptos introducidos durante la obra a la exhaustiva documentación que presenta sobre el caso. El camino de esa historia jurídica está repleto de elecciones sobre la forma en relación tanto con las unidades de primer nivel como con los instrumentos de segundo nivel, incluyendo las técnicas operativas; elecciones estas que cuando fueron apropiadas permitieron el éxito total en el uso del Derecho, en el caso la erradicación de la enfermedad.

## 4. UNA ANALOGÍA PARA CONCLUIR

Pongamos por caso que un lector de la teoría de SUMMERS decide, en un arranque de motivación, ir a visitarlo personalmente para discutir con él algunos puntos. Si se presenta sin previo aviso en su casa de la pequeña población de Ithaca, donde se encuentra la Universidad de Cornell, puede correr el riesgo de que el profesor le sugiera que es mejor que pase por su despacho otro día, sobre todo si la irrupción se produce en fin de semana. La razón probable es que SUMMERS esté siguiendo con atención a través del televisor un partido de fútbol americano, especialmente si lo disputa su equipo favorito, el de la Universidad de Oregón.

Sigamos suponiendo que el visitante no conoce nada sobre el juego del fútbol americano, dado que es un deporte que sólo se practica con carácter mayoritario en Norteamérica. Cuando finalmente se reúna con el profesor SUMMERS, es de esperar que le pregunte en qué consiste ese juego que le tenía tan interesado (y que tal vez sea causa de cierta euforia durante su conversación, si es que la Universidad de Oregón venció el encuentro).

Imaginemos que como única respuesta SUMMERS le entrega al visitante una copia del reglamento del fútbol americano. Aceptemos que se trata de una copia fiel y autoritativa, emitida por la agencia o el órgano, cualquiera que éste sea, que rija la reglamentación de ese juego. ¿Sería una respuesta apropiada a la pregunta? ¿Estaría dándole una buena explicación sobre en qué consiste el fútbol americano? Me parece que no, y estoy convencido de que SUMMERS no haría eso, puesto que sería incoherente con la actitud que subyace a su teoría jurídica[27].

En efecto, entregándole el reglamento al visitante le ofrecería una información apropiada y relevante sobre el fútbol americano, pero extremadamente limitada a la hora conocer y comprender el fenómeno. Después de leer el reglamento, un ignorante del juego podría ser capaz de enumerar cosas tales como el tipo de sanciones disciplinarias

[27] SUMMERS utiliza expresamente la analogía del juego (de cualquier juego) para resaltar el alcance limitado de la perspectiva de la regla a la hora de captar, por ejemplo, la forma y el funcionamiento de una institución jurídica (F&F 100).

que existen, las causas en las que hay que incurrir para que se impongan, o las condiciones para lograr tantos. Pero a pesar de eso su incomprensión del juego podría ser inmensa. No tendría demasiada idea sobre el aspecto general de la actividad y de su desarrollo, y es plausible pensar que sería totalmente incapaz de identificarla. No sabría nada sobre las disposiciones tácticas, sobre los estilos de juego, sobre las estrategias que se emplean para lograr la victoria, sobre las habilidades que hacen que los jugadores sean más o menos buenos. Tampoco sabría nada sobre los valores atribuidos al juego, o sobre las causas que despiertan afición e incluso admiración. Seguiría sin poder entender de qué manera el juego atrae la atención de personas inteligentes, y por supuesto no podría dar crédito de la expectación que se genera en el país entero durante la disputa de un partido importante. En definitiva, conocería muy poco sobre el fenómeno del fútbol americano aunque supiese de memoria el reglamento del juego y entendiese el contenido de las normas según el sentido ordinario de sus palabras[28].

Creo que esta analogía capta bien la esencia de la teoría de SUMMERS: algo parecido a lo que le sucede a ese hipotético desconocedor del fútbol americano es lo que nos sucede a todos cuando intentamos conocer y comprender el Derecho a través de las reglas, o sea, utilizando un *rule-oriented approach.* Ante lo cual cabe preguntarse, ¿sitúa esto a SUMMERS fuera del positivismo? ¿Es su teoría, que se presenta explícitamente por contraste con las de HART y KELSEN, antipositivista?

Si se permite la licencia, creo que más que de teoría antipositivista habría que hablar de apositivista. Es decir, que al autor la cuestión no le preocupa en demasía. Una importante indiciación de ello es que cuando decide afrontar este tema expresamente, lo hace en apenas un párrafo, que además emplea en señalar un punto al que no concede una posición central en su teoría[29].

Está claro que si entendemos el positivismo en términos de separación metodológica entre ser y deber-ser, la teoría de SUMMERS es incompatible con el mismo ya que combina declaradamente las dimensiones descriptiva y evaluativa (F&F 88). Por otra parte, si entendemos el positivismo en términos de la tesis de las fuentes sociales del Derecho, la teoría de SUMMERS difícilmente encaja con ella, ya que en la tesis de las fuentes sociales, al menos tal como se formula habitualmente, se presupone la equiparación entre Derecho y normas, mientras que la idea de fondo de SUMMERS es que debemos analizar el Derecho a partir de otros elementos distintos a los normativos. Así, desde la

[28] También utiliza una analogía con el fútbol americano el profesor L. HIERRO, 2002, en su artículo «¿Por qué ser positivista?», *DOXA, 25*, pp. 265-266. Sin embargo, el propósito allí es distinto del que aquí se pretende. HIERRO utiliza el ejemplo para ilustrar el punto de vista interno, o del participante, de HART: un espectador de un partido de fútbol americano que desconozca por completo las reglas sólo verá regularidades (golpes, carreras, apelotonamientos y reagrupamientos sucesivos...) sin ser capaz de entender nada del juego, ni por tanto del comportamiento de los jugadores, árbitros o aficionados. Es evidente que al conocer la regla el espectador se halla en una mejor posición para entender el fenómeno, y en última instancia poder ser partícipe del mismo. Eso es correcto y no se niega aquí, de la misma manera que SUMMERS no niega que las reglas sean un elemento importante del fenómeno jurídico.

[29] SUMMERS dice que la teoría de la forma no es positivista porque una ley puesta puede ser tan deficiente desde el punto de vista formal que no merezca ser considerada Derecho (F&F 34). Esta idea podía haber sido objeto de una amplia discusión y clarificación, de la que sin embargo SUMMERS no se ocupa. Le dedica tan sólo un párrafo en una obra de casi cuatrocientas páginas. Antes, SUMMERS había afirmado en una nota al pie: «Permítaseme añadir que no soy un positivista en ninguno de los sentidos usuales de esa palabra tan abusada» (F&F 26, n. 75).

perspectiva de la teoría general de la forma, el clásico debate entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico en torno al origen y la naturaleza de las normas resulta pobre en sí mismo, ya que centra toda la discusión en un único tipo de unidad jurídica funcional (el preceptivo) de entre varias.

Por eso digo que más que antipositivista, a SUMMERS habría que considerarlo apositivista. Su teoría no se ocupa en destacar inconsistencias internas del positivismo (en particular, su respeto por la versión hartiana es notorio), sino que más bien marca sus límites y resalta lo mucho que aquél deja oscurecido, pasando así por encima de debates seculares. Una actitud que me parece coherente con el carácter innovador de su obra.

Es esta, en definitiva, una teoría ambiciosa y de valor filosófico, a pesar de no pretender otra cosa que «ofrecer una nueva manera de mirar lo cotidiano» (F&F xiii); o precisamente por eso.

# ENTREVISTA
# INTERVIEW

# ENTREVISTA CON GREGORIO PECES-BARBA

Manuel Atienza
*Universidad de Alicante*

Juan Ruiz Manero
*Universidad de Alicante*

**Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero:** Empezaste tu carrera académica como profesor de filosofía del Derecho a la vez que ejercías como abogado y llevabas a cabo, no sólo como abogado pero también como abogado, una intensa actividad política de oposición al régimen. ¿Podrías rememorar lo que te parezca más destacado del clima de aquellos años, en la Universidad, en la abogacía y en la política? ¿Qué experiencias fueron para ti más importantes?

**Gregorio Peces-Barba:** Empecé mi trabajo como ayudante en el curso 1962-1963 en la cátedra del profesor RUIZ GIMÉNEZ. Mis profesores de Derecho Natural y Filosofía del Derecho fueron don W. GONZÁLEZ OLIVEROS y don L. LEGAZ LACAMBRA. El primero, iusnaturalista furibundo, había sido Subsecretario de Educación con Primo de Rivera y, cuando yo estudié Primer Curso, era Presidente del Tribunal de Represión de Masonería y Comunismo y el segundo, más competente y mejor informado, no me gustaba por su falta de definición. Fue un liberal kelseniano antes de la Guerra, que escribió un libro sobre el Estado liberal de Derecho, que después de la guerra, durante el franquismo, lo modificó profundamente con el título de *El Estado Nacional Sindicalista de Derecho* y que cuando empezaba a amainar la tormenta fascista, lo volvió a modificar con un carácter más neutro. Felizmente la llegada de RUIZ GIMÉNEZ y su buena acogida me permitieron seguir con mi carrera universitaria, imposible en las otras dos vías. Cuando Ruiz Giménez me informó que no tenía a nadie en Madrid y sólo a punto de llegar de Bolonia, recién terminada la tesis, su único discípulo, procedente de Salamanca, E. DÍAZ. Inmediatamente inicié una amistad con Elías que persiste y se acrecienta con el tiempo y que me ha ayudado mucho. Le considero mi segundo maestro. Entonces no se podía vivir con la remuneración de ayudante, ni tampoco de Adjunto de cuatro años renovables y empecé al tiempo a ejercer la profesión de abogado, con mi padre primero y luego desde un despacho propio con T. QUADRA-SALCEDO, J. M. MOHEDANO, M. CID y otros. En el despacho me ocupaba sobre todo de asuntos políticos ante la jurisdicción militar y el TOP, que inauguré con el sumario 1/64 contra la Comisión Obrera de Vizcaya. En ese ámbito desarrolle parte de mi actividad política de oposición al régimen. Los otros ámbitos fueron la propia universidad, *Cuadernos para el Diálogo* y la militancia política clandestina. En este último ámbito todavía no tenía las ideas claras, desde una familia socialista, pero muy impactado en mis creencias religiosas por la lectura del *Humanismo Integral* de MARITAIN.

Después de una breve militancia en la izquierda democristiana de JIMÉNEZ FERNÁNDEZ, me mantuve independiente junto con otros amigos como L. TORRES, P. ALTARES, V. ZAPATERO, R. MARTÍNEZ ALÉS, que nos identificábamos como «los huérfanos». Hasta 1972 toda mi actividad política se desarrolló en la Universidad y en *Cuadernos.* Como mi tesis sufrió de ese activismo me fue útil para acabarla el estado de excepción de enero de 1969, declarado después de la muerte de E. RUANO, después calificada de asesinato por el Tribunal Supremo. Aquel hecho fue uno de los más dolorosos y más tristes de aquellos años porque Enrique fue alumno y pertenecía a uno de los mejores grupos que yo he tenido en mi etapa de la Complutense, junto con J. M. MOHEDANO, J. FERNÁNDEZ DE LA VEGA, S. VARELA o J. A. ZAPATERO entre otros. Ante la protesta generalizada por aquel hecho terrible se declaró el Estado de excepción y estuve más de dos meses en un pequeño pueblo de Burgos, Santamaría del Campo. Entre ese tiempo y el año entero anterior que estuve en París pude terminar la tesis a principios de los años setenta.

Mi experiencia central en esos años fue la dificultad de desarrollar una carrera universitaria, con dedicación exclusiva y, sobre todo, la imposibilidad de convivir en un régimen rígido, temeroso de las libertades y que impedía cualquier evolución. En mis libros *La Democracia en España* y *La España Civil* cuento algunas de las experiencias más importantes de aquellos años.

**M.A. y J.R.M.:** Hiciste tu tesis doctoral sobre el pensamiento social y político de J. MARITAIN, un autor que tuvo gran predicamento, pero que hoy parece encontrarse más bien olvidado. ¿Qué influencia tuvo lo que podríamos llamar el tomismo liberal de MARITAIN en tu evolución? ¿Cumplieron en ella también algún papel otras corrientes de la filosofía católica muy cercanas a MARITAIN como el personalismo de E. MOUNIER? ¿Hay algo en estas corrientes que te siga pareciendo valioso hoy?

**G.P.-B.:** No creo que MARITAIN esté olvidado. Para mí está superado, porque he abandonado desde hace muchos años cualquier tentación de plantear mis reflexiones en el seno de la Iglesia institucional, que es incapaz de desprenderse de sus tentaciones integristas y antimodernas y de una pretensión desaforada de seguir controlando la sociedad civil, la política y el Derecho. Mis rescoldos están sólo en la figura de Jesucristo y en el Evangelio, en el marco de una sociedad laica, libre de ataduras clericales. La perspectiva de MARITAIN y de MOUNIER, al que también trabajé en profundidad, es la única esperanza para que la Iglesia Institución se reconcilie con la modernidad. Lo intentaron Juan XXIII y Pablo VI, pero fueron silenciados y enterrados por la vuelta a la Iglesia tradicional de sus dos sucesores, Juan Pablo II y Benedicto XVI, apoyados por unos grupos extremistas y antimodernos como los legionarios de Cristo, el Opus Dei o los seguidores de Kiko Arguello. Hoy sólo desde la laicidad se pueden practicar vivencias auténticamente religiosas, reducidas al subjetivismo más absoluto. Para entender su importancia actual, lo valioso de esos dos autores, es el respeto a la autonomía de las sociedades laicas y la idea de dignidad humana como fundamento personalista a los valores, los principios y los derechos, contenidos materiales de la acción política y del Derecho.

**M.A. y J.R.M.:** ¿Cómo ha sido tu evolución en cuanto filósofo del Derecho? ¿Se puede hablar de etapas en tu producción iusfilosófica? ¿Cuáles serían? ¿Están ligadas de alguna manera a tu trayectoria en ámbitos no académicos?

**G.P.-B.:** Es difícil autoevaluarse. Mi carrera académica empieza administrativamente en 1963 como ayudante y culmina como Agregado en 1983 y Catedrático en 1987. Mis publicaciones comienzan en 1972 y desde entonces tengo publicados, hasta ahora, alrededor de veintinueve libros y más de cien artículos científicos, prólogos, capítulos de libros, etc. También he dirigido desde 1976 hasta ahora dieciocho proyectos de investigación financiados públicos y privados y he participado en diez contratos de investigación con empresas y/o Administraciones. Lo último en esa materia es un proyecto *Consolider* del Estado (Ministerio, ahora de Innovación) por una cuantía de varios millones de euros para acabar el siglo XX de la *Historia de los Derechos Fundamentales* y otros proyectos complementarios. Soy investigador principal con E. FERNÁNDEZ, R. DE ASÍS y J. ANSUÁTEGUI. Creo que es el primer proyecto *Consolider* que se da en el ámbito del Derecho. He dirigido diez tesis doctorales. Omito otros méritos en Congresos, Seminarios y Conferencias y creo que en esos cuarenta y cinco años de presencia como docente (nunca he dejado de dar clases) y como investigador he seguido una línea coherente, con unos contenidos fijos y estables y también con algunos temas coyunturales. Creo que mi pensamiento ha ido madurando, se ha perfilado y afirmado con el tiempo, pero sus grandes líneas están desde los orígenes, con algunas excepciones que se han ido incorporando, pero sin rupturas con lo anterior.

Quizás mi tesis doctoral *«Persona, sociedad y Estado. El pensamiento social y político de Jacques Maritain»,* cierra una etapa juvenil previa de inspiración cristiano progresista. Empiezo con trabajos sobre los derechos fundamentales desde 1973, que es la primera edición de *«Derechos Fundamentales»* donde ya se apunta una orientación positivista que debo a E. DÍAZ, y que más tarde se refuerza con mi relación con BOBBIO. En todo caso, es un positivismo siempre abierto a la moralidad. También en esos años se combinan dos dimensiones siempre muy presentes en mi obra: positivismo y socialismo con el libro de 1982 *Libertad, poder, socialismo.* Donde creo que se puede ya ver el núcleo central de mi pensamiento es en la *Introducción a la filosofía del Derecho* de un positivismo abierto a la moralidad pública y mis preferencias por las sociedades democráticas, por el parlamentarismo y por el Estado social. Es evidente que mis trabajos como ponente constitucional y como Presidente del Congreso refuerzan esa línea.

Desde entonces mis líneas de investigación, mis conferencias, mis participaciones en congresos y seminarios y mi docencia se sitúan en el ámbito de los derechos humanos, concepto, fundamento e historia; en los valores jurídicos como la libertad, la igualdad y la seguridad; en aspectos de la Democracia y el Estado de Derecho, como la distinción entre ética pública y ética privada, el principio de las mayorías, la relación entre ley y conciencia, los valores de la cultura europea, sobre la escasez y la solidaridad, sobre la dignidad de la persona, sobre el Parlamento o sobre la Constitución en la cultura política y jurídica modernas, sobre la relación Derecho y poder, sobre el sentido del Estado, sobre la violencia y la resistencia, sobre la paz, sobre el derecho al trabajo, sobre humanitarismo y solidaridad social, sobre la diferencia, igualdad normativa e igualdad real. En el ámbito de la teoría y de la filosofía del Derecho he impulsado y dirigido dos manuales de teoría y de introducción a la filosofía del Derecho y he trabajado sobre la validez jurídica, la Constitución entre la voluntad soberana y la razón, sobre los planes de estudios y la Filosofía del Derecho y sobre la enseñanza de la materia, sobre la creación judicial del Derecho, sobre la ley y los principios generales del Derecho, sobre los valores superiores, sobre principios y normas, sobre la Justicia Constitucio-

nal, etc. Finalmente vinculado con autores y temas concretos, pero en sintonía con la problemática general de mi interés, he trabajado sobre J. MARITAIN, sobre HART, sobre KELSEN, sobre BOBBIO, sobre RUIZ-GIMÉNEZ, sobre E. DÍAZ, sobre F. DE LOS RÍOS, sobre C. ARENAL, sobre MONTAIGNE, sobre J. BESTEIRO y sobre G. ZAGREBELSKY. En cuanto a los temas concretos he investigado sobre la Constitución española en varias ocasiones, sobre la Democracia en España, sobre la España civil, sobre la Educación para la Ciudadanía, sobre los derechos de los animales, sobre el socialismo democrático, sobre la eutanasia, sobre las relaciones entre Iglesia y Estado, sobre el orden jurídico futuro, sobre la Universidad, sobre el Derecho y el amor, sobre desobediencia y objeción de conciencia, sobre libertad ideológica, sobre el genoma, sobre la idea de España en el Estado de las Autonomías, sobre la Izquierda, sobre Derecho y Arte, sobre el patriotismo constitucional. Éstos han sido los temas que he tratado con mayor o menor acierto, que no me corresponde a mi juzgar, sino a quienes quieran estudiar mi pensamiento.

Para evaluar este trabajo de tantos años yo diría que es fundamentalmente coherente, que a veces obedece a temas de actualidad en cada momento, y que en el conjunto sigue una serie de pautas que integran un edificio que se puede construir por etapas. En todo caso a lo que más tiempo he dedicado es a la historia, al concepto y al fundamento de los derechos. También progresivamente he ido concretando mi defensa de la laicidad y mi crítica a las actitudes sociales, políticas y jurídicas de la Iglesia Católica. Naturalmente aunque este trabajo de tantos años es autónomo y tiene sus razones exclusivamente académicas, es obvio que mis acciones cultural, social y política, sin duda, han influido en mis planteamientos.

**M.A. y J.R.M.:** Nos gustaría que nos dijeras algo más sobre tu adscripción al positivismo jurídico. Como bien sabes, esa concepción del Derecho ha sido sometida en los últimos tiempos a críticas de diversos tipos y ha sido defendida, a su vez, en versiones que difieren entre sí de manera muy considerable. En España, por ejemplo, MORESO y muchos otros se han adherido a un positivismo jurídico «incluyente» que, por ejemplo, ha recibido las críticas de BAYÓN. GARCÍA AMADO se apunta a una versión del positivismo jurídico que habría que calificar de «excluyente» (como lo son las de BULYGIN o RAZ). L. HIERRO ha defendido un positivismo jurídico «axiológico» (próximo al que en su momento sostuvo SCARPELLI y últimamente ha popularizado CAMPBELL). Nosotros hemos abogado por la necesidad de «dejar atrás» el positivismo jurídico porque consideramos que su «ciclo histórico» se ha concluido y no constituye ya una teoría adecuada para dar cuenta del Derecho del Estado constitucional. ¿Qué piensas de toda esa discusión? ¿Qué tipo de positivismo jurídico es el tuyo? ¿Y por qué sigues manteniendo esa posición?

**G.P.-B.:** La propia pregunta a la que respondo pone de relieve, por la pluralidad de respuestas que ha recibido, la dificultad de encontrar una única respuesta correcta. Muchas veces se hacen esfuerzos por convertir en exactas respuestas que sólo representan la preferencia del autor, pasando además por alto que se trata de una solución válida para una cultura política y jurídica histórica y válida sólo para un espacio geográfico y cultural limitado. Esa constatación vale no sólo para la cultura de los positivismos sino también para la de los iusnaturalismos. Sólo cuando se actúa desde pensamientos simples y primitivos parece que existe alguna posibilidad de pensar que se alcanza la

exactitud y la unidad de respuesta. Esa sensación se tiene con el iusnaturalismo clásico aristotélico-tomista. Pero la ilusión se desvanece en cuanto las hipótesis se amplían y se complejizan y cuando las perspectivas que se contemplan son más plurales y desde luego cuando el fenómeno se contempla a partir de la modernidad, con un Derecho cuya creación es la primera función del Soberano, que representa el monopolio en el uso de la fuerza legítima, y entre las concreciones de esa fuerza está la producción normativa. Por eso hay que ver con una cierta distancia todas las posiciones que pretenden tener la buena e incluso la única respuesta y que pretenden encapsularla en una formulación válida para todos los tiempos. No debemos olvidar que las resurrecciones del iusnaturalismo pueden adquirir formas muy dispares. Desconfío, en ese sentido, de todas las respuestas racionales y abstractas que no tengan en cuenta la historia y también de las que prescindan de la relación entre poder y Derecho. Parece que se sitúan ahí los principialistas que dejan de lado a la ley, los del Estado constitucional, que coinciden con los anteriores también en la desvalorización de la ley y en el aprecio a la acción de los jueces.

Ante ese panorama creo que debemos desconfiar de las soluciones únicas con pretensión de exactitud y excluyentes de otras posibles. Creo que en el gran esfuerzo del pensamiento jurídico moderno por contestar a la eterna pregunta sobre ¿Qué es el Derecho? existen muy buenas intuiciones y fragmentos de verdad en muchas de ellas, pero que no podemos plantear el tema como una competición donde queremos ser los primeros y ganar un trofeo. Me gustaría reivindicar la humildad y la modestia y reconocer que debemos enfrentarnos a este tema con discreción. Por eso creo en muy pocas verdades indiscutibles, e incluso en esas no con una convicción definitiva y cerrada. Las reducirá a dos: el Derecho es consecuencia de la acción del poder político, en los Estados y también en las organizaciones supranacionales, aunque en éstos el poder no es único y supremo, ni por consiguiente sus decisiones son siempre decisivas. Creo, con el KELSEN autocrítico con su teoría pura del Derecho, que detrás de toda norma hay siempre una voluntad y de todo ordenamiento un poder, que sólo si es del Estado es irresistible y que éste se puede extender a aquellas organizaciones más amplias que incorporan fragmentos de Estado y de soberanía como la Comunidad Europea. La segunda es que si diseccionamos a ese Derecho producido por el Poder nos encontramos con la concreción del órgano del poder que decide en cada tipo de norma, parlamento, gobierno, administración o jueces, con un procedimiento preestablecido también para la producción de cada tipo de normas. Además necesariamente podemos afirmar que cada ordenamiento tiene unos objetivos y unos fines, y regula comportamientos e instituciones que pretenden señalar el sentido de las actividades humanas e institucionales en cada sociedad que expresa siempre un punto de vista sobre la justicia, tiene siempre una referencia a valores. A mi juicio no podemos llegar más lejos en constataciones fiables y difícilmente discutibles. Cualquier ampliación de esos escenarios parece de difícil justificación objetiva y desde luego difícilmente universalizable.

Creo que mi respuesta tiene una base de experiencia amplia. He recorrido el mundo del Derecho vivo, habiendo practicado en casi todos sus escenarios, excepto en el de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. He sido abogado en ejercicio, he intervenido, a veces no sin enfrentarme a problemas, con temas concretos difíciles y complejos, he sido legislador, colaborando en la elaboración de la Constitución y de muchas leyes orgánicas y ordinarias que forman el núcleo duro de nuestro ordenamiento. También he

contribuido al diseño de nuestras instituciones, Cortes Generales, Defensor del Pueblo, Estado de las Autonomías, Poder Judicial, también a la formación de su personal en el caso del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo. He considerado toda esa actividad como un honor, seguramente inmerecido, pero que me ha honrado y producido además mucha experiencia. Mi sentido común me lleva a afirmar que no puedo avanzar en ninguna otra hipótesis sobre el concepto de Derecho que me parezca indiscutible. Creo que mis ideas se sitúan en el ámbito del positivismo con el esquema tripartito para identificar al Derecho: órgano que lo produce, procedimiento para producirlo y punto de vista sobre la justicia, aunque en este último supuesto sólo se puede acreditar su existencia pero no su contenido, desde un pluralismo que expresa contenidos diferentes y fines diferentes que coexisten en la comunidad de naciones en la actualidad y que debemos reconocer como Derecho. Lo contrario sería cerrar los ojos a la realidad, si excluyéramos a los que no coinciden con nuestra tesis de la identificación del Derecho válido. Por eso se debe afirmar la existencia genérica de una referencia a valores y fines en la norma de identificación de normas, aunque sin concretar sus contenidos. Para dar ese paso salimos de lo objetivamente opinable y entramos en lo preferible. Es un ámbito necesario el axiológico, que existe en todos los sistemas aunque no podamos identificarlo con el que preferimos, lo que sería, sin duda, una forma de iusnaturalismo. El pluralismo de contenidos de ética pública que encontramos en los sistemas jurídicos no debe llevarnos a suprimir su dimensión para identificar la validez del Derecho, sino a reconocer que han existido y existen otros modelos históricos, con otros puntos de vista sobre la justicia, que éstos pretenden también el monopolio en el uso de fuerza legítima, dirimir los conflictos desde terceros imparciales, con toda la violencia y producir seguridad jurídica, aunque con parámetros axiológicos diferentes de los existentes en nuestras sociedades occidentales.

El positivismo posible es el que he señalado y el positivismo preferible es el de la cultura histórica liberal, democrática, republicana y socialista en el mundo europeo y atlántico que supone una ética pública basada en la dignidad de la persona, centro del mundo y centrada en el mundo, valores de libertad, igualdad, solidaridad y seguridad, principios y derechos fundamentales, unas instituciones y unos procedimientos basados en el consentimiento y en la participación a través del sufragio universal, con una Constitución, como norma básica puesta, apoyada en el poder democrático como hecho fundante básico. El Estado de Derecho, la separación de poderes, el principio de legalidad y la posibilidad de reconocer la objeción de conciencia completan un sistema preferible que favorece la autonomía y la autodeterminación de los seres humanos, que es universalizable, pero que otras civilizaciones actuales no comparten y viven también en sistemas jurídicos, algunos muy pujantes con una organización no científica que mantiene la superioridad de las autoridades religiosas sobre las civiles.

Mi positivismo es un concepto histórico, básico, abierto a valores y que se concreta en un modelo de Derecho preferible pero no rompe ese esquema básico del positivismo jurídico, con rasgos de identificación suficientes que concretan desde las preferencias un esquema que me parece posible y objetivo.

La preferencia para el sistema parlamentario representativo, que acabo de describir, no es arbitraria y cuenta con buenas razones para justificarla; razones históricas, ba-

sadas en una idea de la dignidad humana y de la autonomía moral de las personas, que permiten concluir que su forma de entender el Derecho es razonable y fundada.

**M.A. y J.R.M.:** Te has mostrado muy crítico con la categoría de «derechos morales», a tu juicio inadecuada para entender, y fundamentar, los derechos humanos. ¿Cuál es la razón por la que, en tu opinión, no cabe hablar de derechos morales? ¿Por qué a la moral le sería aplicable el grueso del lenguaje normativo, y cabría hablar así, por ejemplo, de normas morales y de deberes morales, pero no cabría, sin embargo, hablar de derechos morales? Y, respecto de tu justificación de los derechos humanos, ¿puede entenderse como una justificación historicista y, si es así, en qué sentido? ¿Crees que cabe una justificación historicista que no caiga bajo la guillotina de HUME?

**G.P.-B.:** A mi juicio la normatividad o es moral o jurídica y a ambas se les puede aplicar por consiguiente el lenguaje normativo y los términos normas y deberes, pero hablar de derechos morales sería mezclar dos dimensiones de la normatividad que tienen autonomía e incluso separación a partir de THOMASIO. Creo que el tema lo he tratado con extensión en mi *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General,* en Madrid: Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1995.

A mi juicio es una posición de raíz iusnaturalista, identificable con la de «derechos naturales» y todas las razones que desaconsejan el uso de ese término se pueden extender al de «derechos morales». Por otra parte su uso predispone a una aproximación racional, abstracta y ahistórica de los derechos que prescinde de las conexiones con la evolución de la realidad social y cultural de datos tan incontrovertibles como el incremento, la ampliación y la especificación de los derechos por razones culturales, de racionalidad añadida o de progreso técnico. Una teoría abstracta de los derechos morales no podría concebir ni abarcar en el siglo XVIII a derechos como el de información, de inviolabilidad de las comunicaciones (teléfono, telex, telefax) etcétera.

Al tratarse de derechos previos, de triunfos frente al Estado, los reduce a la categoría de los derechos autonomía, vinculados a su origen liberal, y difícilmente explica los derechos de raíz democrática, como los de participación política y los de raíz socialista, como los económicos, sociales y culturales. Permiten además la crítica del Estado social.

Estamos ante una terminología que no es inocente, que es incluso peligrosa en las sociedades democráticas donde rige el principio de las mayorías y donde la moralidad del Derecho puede tener otras posibles formas de conexión, como un Derecho que incorpora dimensiones de moralidad, la moralidad legalizada. Como ya hemos apuntado, el uso de derechos morales supone la quiebra de un principio de raíz liberal e ilustrada, base de la tolerancia y de la libertad y punto de partida histórica de la idea de derechos humanos, la distinción entre derechos y moral, para superar el dogmatismo y la tentación de imponer por la fuerza del Derecho los valores morales. Sería una paradoja usar una terminología, la de derechos morales, en un momento histórico de progreso y de desarrollo de los derechos humanos, que produjo serias dificultades en el origen histórico de éstos. El racionalismo ahistórico que supone esta terminología impide entender el progreso histórico de los derechos y el enriquecimiento de sus ámbitos en el tiempo. Tendríamos que reconstruir toda una cultura y una práctica de siglos para adecuarla a la teoría de los derechos morales, lo que parece un esfuerzo inútil. La historia en este campo ha supuesto integrar el ocio de pensar el mundo con la fatiga

de construirlo, y hay en ella demasiado esfuerzo intelectual, demasiada lucha y sufrimiento, y demasiadas experiencias emancipadoras que no caben en la idea de *«moral rights».*

En nueve volúmenes, con más de seis mil páginas, que he dirigido junto con E. FERNÁNDEZ, R. DE ASÍS y J. ANSUÁTEGUI he intentado explicar la idea de los derechos fundamentales desde sus dimensiones conceptuales e históricas, integradas y superando los reduccionismos. Los derechos fundamentales son: 1) pretensiones morales justificadas y especialmente importantes, que afectan a la dignidad humana y a su desarrollo integral en cada persona, 2) recogidos en el Derecho positivo, 3) para que podamos realizar eficazmente su finalidad. El fundamento de los derechos es el porqué de los mismos y se sitúa en su fundamento moral, en la pretensión moral justificada. Por su parte el concepto, desde una dimensión doble, estática y dinámica, responde al para qué de los derechos y se sitúa en su segundo rasgo, la incorporación al Derecho positivo. La consideración integral de estos temas exige una combinación necesaria entre racionalidad e historicidad, en la que no caben aproximaciones simplistas ni sólo historicistas, ni sólo racionales.

**M.A. y J.R.M.:** Tú has elaborado, en relación con los problemas de la unidad del sistema jurídico y de su anclaje social, una doctrina distintiva incluso terminológicamente: la doctrina que denominas del «hecho fundante». Ello parece apuntar, frente a doctrinas como la kelseniana de la norma básica presupuesta, a algún hecho social de algún tipo que también, nos parece, habría que presumir distinto del hecho de la aceptación de una misma norma última de identificación del Derecho (pues en tal caso tu doctrina equivaldría a la hartiana de la regla de reconocimiento). ¿Podrías trazarnos los perfiles de tu teoría y señalarnos en qué se diferenciaría de propuestas como la de KELSEN o la de HART?

**G.P.-B.:** Mi teoría en relación con la unidad del sistema jurídico, que he denominado del «hecho fundante básico», se separa de la teoría kelseniana de la norma básica supuesta por su idealismo y por no responder a la realidad, como el propio KELSEN reconocerá cuando afirma que detrás de toda norma hay siempre una voluntad. Está más próxima a los temas hartianos de la regla de reconocimiento, porque el hecho relevante es la existencia del poder, que en el mundo moderno marca una relación inseparable con el Derecho.

Hecho fundante básico supone cierre del sistema que no reconoce superior. No es una norma porque siempre la construcción gradual del ordenamiento exigiría otra norma de producción y así hasta el infinito. La necesidad del cierre está ya en la idea kelseniana y en la de HART. Pero me parece que mi punto de vista responde mejor a la realidad. Hay una norma básica puesta que es la Constitución, que cierra el sistema de Derecho positivo y que es sólo una norma de producción de las normas inferiores, pero ya no de ejecución de ninguna norma superior. Es la norma de identificación de las demás normas, el referente de validez de las mismas, que establece el órgano competente para producirlas, los procedimientos de producción y los contenidos posibles con sus límites. Las dimensiones formales —órganos y procedimientos responden a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda?— y la dimensión material sobre los contenidos, los comportamientos que se pueden exigir, permitir o prohibir si estamos ante normas primarias, y el tipo de fuerza, los límites, los destinatarios, las instituciones que

ejercen la fuerza, si estamos ante normas secundarias. La validez como pertenencia al ordenamiento exige además que no exista una norma contradictoria —una antinomia— dentro del sistema, y que no haya sido derogada. Finalmente se promulga y se ordena la publicación como requisitos igualmente del procedimiento de producción.

El cierre, desde una perspectiva realista, se debe entender desde la relación poder y Derecho. Es el poder el que hace posible la eficacia del sistema jurídico y consiguientemente su validez, un poder institucionalizado, que responde a valores políticos y que está formado por personas, con referencia a valores y capacidad para ejercer el monopolio de la fuerza legítima. Así se pueden entender las situaciones de excepción, cuando no funciona la normalidad de los procedimientos constitucionales en el cambio jurídico, que es sustituido por situaciones de fuerza. Estamos ante rupturas de la legalidad de carácter revolucionario, como la que se produjo en España en abril de 1931, con la caída de la monarquía de Alfonso XIII y el advenimiento de la Segunda República. Otro modelo deriva de derrotas militares totales que destruyen un país y su sistema político y jurídico como la disolución del Imperio austrohúngaro, al final de la Primera Guerra Mundial, a partir del Tratado de Saint-Germain. El hecho fundante básico que mantendrá la eficacia y la validez del sistema anterior es sustituido por la fuerza por otro hecho fundante básico, otro poder diferente, que cambiará la norma fundante básica puesta y a partir de ella toda la eficacia y la validez del ordenamiento jurídico.

El hecho fundante básico actúa como la regla de reconocimiento hartiana pero es menos difuso, es el poder, realidad social identificable que mantiene con la efectividad de su apoyo la existencia del sistema (eficacia y validez). La norma última que expresa las dimensiones básicas del deber ser, formal y material es la norma fundante básica puesta. El hecho fundante básico tiene dimensiones normativas como la moralidad política (ética pública política) que agrupa a las personas que se adhieren y que matizan la dimensión fáctica del poder, y también dimensiones de hecho, como el apoyo que prestan a la Constitución y al resto del ordenamiento, los poderes, los operadores jurídicos, los grupos de presión y los ciudadanos que confirman el poder político como unidad que en el mundo moderno se identifica con el Estado, y con su núcleo esencial que es la idea de soberanía.

**M.A. y J.R.M.:** En diversas ocasiones te has ocupado del concepto de dignidad como fundamento de los derechos humanos. Como sabes, en los últimos tiempos la Iglesia Católica (y autores vinculados más o menos a esa institución) ha basado fundamentalmente en la noción de dignidad su oposición a la legalización del aborto o de la eutanasia, o a la utilización de diversas técnicas de reproducción asistida, etc. Por otro lado, no faltan tampoco los autores que (en parte como reacción a esa utilización) han considerado que el de dignidad era un concepto teóricamente inutilizable, que sólo tendría un significado «emotivo» y que, en consecuencia, era mejor prescindir de él. ¿Qué piensas sobre ello? ¿Cuál es tu noción de dignidad humana?

**G.P.-B.:** No creo que sean relevantes los argumentos que apuntan en la pregunta. Ni los que señalan una apropiación del concepto por la Iglesia Católica y los autores afines, ni tampoco los que para alejarse de esa «contaminación» eclesiástico-clerical, se alejan de la noción de dignidad humana. En el primer caso porque es conocida la propensión de la Iglesia a apropiarse indebidamente de conceptos que anteriormente ha

combatido con denuedo, dureza y continuidad. El caso más relevante es el de los derechos humanos, que rechazaban y despreciaban como consecuencia de la Ilustración y del Constitucionalismo liberal democrático, descalificándolos como «pestilente error» o como ataque «a los sagrados derechos de los príncipes» en las Encíclicas del siglo XIX, desde la «Mirari Vos» de 1832 hasta la «Libertas» de 1888. Hoy las jerarquías eclesiásticas esgrimen los derechos humanos, la principal noción del humanismo laico y protestante en la modernidad, como si fueran creación propia, haciendo una vez más expresión de su «inocencia histórica» y de su capacidad de olvido de los males propios. Sólo a partir de los discursos de Navidad de 1941 y 1944 de Pío XII empezó a producirse una aproximación de la Iglesia de Roma a los derechos humanos, hasta entonces despreciados o ignorados. El apoyo del Vaticano y de la Jerarquía española al levantamiento militar contra la República es uno de los últimos signos de esa actitud tan criticada por católicos relevantes como J. MARITAIN, BERNANOS. Incluso uno de los líderes principales actuales, Monseñor Rouco Varela, ha tenido la desfachatez intelectual de presentar su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas como un estudio del origen histórico de los derechos humanos como creación de la Iglesia. Lo dijo sin pudor y con la santa desvergüenza que caracteriza a una de las «obras» más reconocida por ellos.

Podríamos rastrear otros muchos conceptos, pero el trato de la «dignidad humana ha sido parecido. La despreciaban con el futuro Papa Inocencio III que relacionaba en el siglo XIII a los seres humanos con la miseria y la corrupción física y moral, rechazaban su universalidad con la distinción de San Pablo entre justos y pecadores, y negaban su capacidad autónoma, defendiendo que la dignidad humana derivaba de que estábamos hechos a imagen y semejanza de Dios. Finalmente negaban cualquier autonomía en nuestra dignidad, rechazando nuestra capacidad de autodeterminación, sin el apoyo de la gracia producida por el sacrificio de Cristo en la cruz. Frente a este discurso, la modernidad recuperó las luces para las criaturas humanas, con KANT como formulador de esa verdad, distinguió entre los ámbitos del Estado y de las Iglesias con LOCKE y separó el Derecho de la Moral con PUFENDORF y TOMASIO. Desde esa plataforma laica construyó un concepto de dignidad humana, a partir del Renacimiento, basado en los rasgos que nos distinguen de los restantes animales y que caracterizan nuestra diferencia, que es nuestra dignidad autónoma. Somos seres capaces de elegir, de construir conceptos generales y de razonar, de crear belleza desde cánones estéticos acreditados, de comunicarnos y de dialogar a través del lenguaje y de los demás cauces de comunicación, de vivir bajo un sistema sofisticado de reglas materiales y procedimentales que llamamos Derecho, y de creer en una ética privada que nos conduce a nuestra fin último, la virtud, el bien, la salvación o la felicidad desde posturas laicas o religiosas. La gran mayoría vivimos plenamente desde esos seis parámetros de nuestra dignidad, y la minoría que tiene disminuidos alguno de esos cauces es digna, desde su esfuerzo de aproximación a los mismos. KANT formalizará ese rasgo —base y fundamento de la moralidad— al afirmar que somos seres de fines, que no podemos ser utilizados como medios y que no tenemos precio.

Por otra parte, la legalización del aborto, como despenalización de la mujer que aborta desde unas indicaciones o de unos plazos, no supone sino que no es castigada penalmente, lo que no afecta ni resuelve el aborto como pecado. Más bien, en la mayoría de los casos la despenalización supone respetar la dignidad de la mujer. En cuanto

a la eutanasia, el Derecho sólo protege la vida digna, y esa dignidad no es afectada sino que puede ser la razón de la eutanasia en los casos de una vida irremisiblemente deteriorada. Los problemas vienen cuando se simula la eutanasia por terceras personas interesadas en la desaparición de otra persona por razones inconfesables, casi siempre de tipo económico. Los casos de reproducción asistida no afectan a la dignidad de las personas y muchas veces son camino para hacerla posible. Estos temas exigirían matices y perfiles que en esta respuesta básica no podemos proporcionar.

Este paradigma de la dignidad ha sido acogido en los Estados liberal-democráticos y en las organizaciones internacionales, después de la Primera Guerra Mundial y definitivamente desde la Segunda Guerra Mundial. La dignidad humana se recoge como fundamento de la ética pública y de sus valores, principios y derechos, en Constituciones del siglo XX, como la alemana de 1949, la italiana de 1947, la portuguesa, la española y otras muchas, y en la Declaración de 1948, los Pactos del 66 ambos de Naciones Unidas y en muchos textos del Consejo de Europa y de la Unión Europea. Creo que esto es lo relevante y lo que ha convertido a la dignidad humana en fundamento de la ética pública, política y jurídica. Siempre he desconfiado de las acusaciones de emotividad en el marco de nuestra disciplina. Suelen ser con criterio descalificador que presenta un «pedigree» de rigor, que muchas veces no se justifica. Creo que es el caso con la dignidad humana.

**M.A. y J.R.M.:** ¿Cómo ves la situación de la teoría y de la filosofía del Derecho en España y en el mundo? ¿Cuáles consideras que son las mayores aportaciones en los últimos tiempos? ¿Y cuáles sus mayores deficiencias?

**G.P.-B.:** No me atrevería a hacer una valoración global de aportaciones y deficiencias. Creo que su mayor valor está en su apoyo y en su refuerzo a la legitimidad del Estado parlamentario representativo y a la justicia de su Derecho. Desde este punto de vista se debe subrayar la creciente importancia de los derechos fundamentales, la distinción entre normas principio y normas regla, las importantes aportaciones sobre la obediencia al Derecho, la innovación de la objeción de conciencia, con sus condiciones y límites, y sobre la desobediencia civil. Creo que no hemos conseguido el respeto de las restantes materias jurídicas, ni consiguientemente toda la conciliación en los planes de estudios. La perspectiva preferible de la filosofía del Derecho, aunque haya otras perspectivas posibles y ésta que ha nacido en Europa, y en su extensión americana y atlántica y ya universal, y que ha ido alumbrando el sistema de valores, de principios, de derechos, de instituciones y de procedimientos del Estado parlamentario representativo. Considero que en este escenario cultural, político y jurídico se han afinado los conceptos y se ha profundizado en aspectos que han llevado a una gran espiritualización y a perfiles morales inimaginables hace algunas décadas. Me refiero a los derechos de la persona situada y concreta, a la eutanasia, a la incorporación de temas específicos como la corrupción, la ética de los negocios y las profesiones, los derechos de las minorías, la pobreza, los ensayos clínicos, etcétera.

**M.A. y J.R.M.:** ¿Podrías resumir brevemente cuál consideras que ha sido tu principal aportación a la filosofía del Derecho?

**G.P.-B.:** Siempre me he considerado un profesor trabajador y organizado y que mis virtudes han estado sobre todo en ese ámbito. Creo que he contribuido a la profundización de las dimensiones políticas y jurídicas de los derechos humanos desde su

aproximación como concepto del mundo moderno, especialmente en su historia, en su concepto y en su fundamento. También he trabajado con resultados que espero hayan sido positivos en la distinción entre ética pública y ética privada, en el fundamento del Derecho situado en el poder como hecho fundante básico, en la Constitución como norma básica puesta y sede de la norma básica de proclamación de normas, en los valores superiores y en los principios, en el carácter especial del derecho al trabajo, como derecho a optar por un puesto de trabajo y del derecho de propiedad, que deben, a mi juicio, excluirse del catálogo de los derechos por su imposible contenido igualitario. También en el concepto de dignidad humana como fundamento de la ética pública.