D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

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

Pág.

Artículos

Robert Alexy:
El No Positivismo Incluyente
Inclusive Non-Positivism 15

Mauro Barberis:
Los derechos humanos como adquisición evolutiva
Human Rights as an Evolutionary Acquisition..... 25

Hans Friedrich Fulda:
La necesidad del derecho bajo el presupuesto del imperativo categórico de la moralidad
Law's Necessity under the Assumption of the Categorical Imperative of Morality... 41

Isabel Lifante Vidal:
Seguridad jurídica y previsibilidad
Legal Certainty and Predictability 85

Guillermo Lariguet:
El aguijón de Aristófanes y la moralidad de los jueces
Aristophanes' Sting and the Morality of Judges 107

Juan Daniel Elorza Saravia:
Cuatro argumentos sobre la falacia cognoscitivista
Four arguments on Cognitvist Fallacy 127

Fabrizio Mastromartino:
Sobre la interpretación evolutiva de la constitución. Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo
On Evolutionary Constitutional Interpretation. Some Notes around a Recent Spanish Constitutional Court's Decision on Same-Sex Marriage 153

Pág.

Axel Gosseries:
¿Puede la propiedad justificar la primacía accionarial?
Can Ownership Justify Shareholding Primacy? 177

Alejandra Zúñiga Fajuri:
De los derechos humanos al derecho al aborto
From Human Rights to Abortion Rights 197

Josep Aguiló Regla:
Cuatro modos de debatir
Four Types of Debating 211

Jesús Vega López:
La equidad según Ferrajoli y la equidad según Aristóteles: una comparación crítica
Ferrajoli's Equity and Aristotle's Equity: A Critical Comparison 229

Jorge F. Málem Seña y Hugo O. Seleme:
Patologías de la división de poderes
The Pathologies of Separation of Powers 275

Félix Ovejero:
Religiones, democracias y verdades
Religions, Democracies, and Truths 297

Aurelio Arteta:
Lo mayoritario y lo democrático
The Majoritarian and the Democratic 329

XVIII Seminario hispano-franco-italiano de Teoría del Derecho

Juan Pablo Alonso:
Principios jurídicos implícitos y coherencia
Implicit Legal Principles and Coherence 357

Silvia Zorzetto:
***La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio* lex specialis**
Linguistic redundances and special rules. Some uses of the lex specialis *principle*... 387

Federico José Arena:
Una alternativa para el escepticismo interpretativo: convenciones y cuasirrealismo en la interpretación jurídica
An Alternative to Rule Skepticism: Conventions and Quasi-realism in Legal Interpretation 417

Pág.

Pau Luque:
Los desacuerdos jurídicos desde la filosofía
Legal Disagreements Viewed from Philosophy 439

Jorge Rodríguez:
Lógica deóntica, mundos ideales y mundos perfectos
Deontic Logic, Ideal Worlds, and Perfect Worlds 461

Adrian Sgarbi:
La hipótesis de la libertad frente al desafío de la Neurociencia
The Free Will Hypothesis against the Challenge of Neuroscience 479

Notas

Enrique P. Haba:
La opción capital para los discursos jurídicos: ¿novelas de conceptos o una tecnología social?
The Chief Option for Legal Discourses-Novels of Concepts or a Social Technology? 509

José Ramón Cossío Díaz:
Argumentación y derechos en la administración de justicia
Legal Reasoning and Rights Discourse in Judicial Adjudication 555

Luigi Ferrajoli:
Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero
Two Conceptions of Principles. A Response to Juan Ruiz Manero 563

Entrevista

Carmen Vázquez:
Entrevista a Susan Haack
Interview to Susan Haack 577

EL NO POSITIVISMO INCLUYENTE *

Robert Alexy
Universidad de Kiel

RESUMEN. Partiendo de la distinción entre las dos formas de positivismo y las tres de no-positivismo, sostengo que sólo uno de estos cinco conceptos de derecho es defendible: el no-positivismo incluyente. En el centro de mi argumentación está la tesis de la corrección, la cual establece que el derecho necesariamente formula una pretensión de corrección. Esta tesis implica a su vez la tesis de la naturaleza dual, según la cual el derecho comprende tanto una dimensión real o autoritativa como una dimensión ideal o crítica. La idea de la naturaleza dual del derecho es el fundamento de la fórmula de Radbruch. Ésta señala, en su formulación más simple, que la injusticia extrema no es derecho.

Palabras clave: positivismo, no-positivismo, no-positivismo incluyente, tesis de la corrección, fórmula de Radbruch.

Inclusive Non-Positivism

ABSTRACT. On the basis of the distinction between two forms of positivism and three forms of non-positivism, I argue that only one of these five concepts of law is defensible: inclusive non-positivism. The basis of my argument is the correctness thesis, which says that law necessarily makes a claim to correctness. The doctrine of correctness implies the dual nature thesis, which says that law comprises a real or authoritative dimension as well as an ideal or critical dimension. The dual nature of law is the basis of the Radbruch formula. It says, in its shortest form, that extreme injustice is not law.

Keywords: positivism, non-positivism, inclusive non-positivism, correctness thesis, Radbruch formula.

* Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2013.

Bajo el rótulo general del concepto y la naturaleza del derecho, uno de los problemas fundamentales es la relación entre el derecho y la moral. En este contexto dos tendencias han competido por el dominio teórico por más de dos milenios: el positivismo y el no-positivismo.

1. TESIS DE LA SEPARACIÓN Y TESIS DE LA CONEXIÓN

Todos los positivistas defienden la tesis de la separación. En su forma más general, ésta dice que no hay una conexión necesaria entre el derecho tal como es y el derecho como debe ser. O, en una formulación más precisa, afirma que no hay una conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y el mérito moral o la corrección moral por el otro. Por el contrario, todos los no positivistas defienden la tesis de la conexión, según la cual hay una vinculación necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, por un lado, y el mérito moral o corrección moral, por el otro (ALEXY, 2008b, 284-285). Esto implica que, con el fin de determinar el concepto y la naturaleza del derecho, todas las teorías positivistas están limitadas a dos elementos, específicamente, a la expedición autoritativa y a la eficacia social. La caracterización de las teorías no positivistas, en cambio, incluye un tercer elemento: la corrección del contenido (ALEXY, 2002a, 3-4).

2. LAS FORMAS DE POSITIVISMO Y NO-POSITIVISMO

¿Cuál tesis es más defendible? ¿La de la separación o la de la conexión? Ambas se prestan a una variedad de interpretaciones. La respuesta a nuestra pregunta principal gira en torno a esas diversas interpretaciones.

Dentro del positivismo, la distinción entre el positivismo jurídico incluyente y excluyente es la diferencia más importante en lo que respecta a la relación entre el derecho y la moral. El positivismo excluyente, que ha defendido prominentemente J. RAZ, sostiene que la moral está necesariamente excluida del concepto de derecho (RAZ, 2009, 47). El positivismo incluyente, defendido, por ejemplo, por J. COLEMAN, dice que la moral no está ni necesariamente excluida ni necesariamente incluida. La inclusión se considera entonces como una cuestión contingente o convencional dependiendo de lo que el derecho positivo, de hecho, establece (COLEMAN, 1996, 316). Esto trae implícito que la relación entre el derecho y la moral, tanto en el positivismo incluyente como en el positivismo excluyente, está determinada únicamente por lo que es expedido autoritativamente y es socialmente eficaz, es decir, por hechos sociales. El positivismo incluyente es una forma de positivismo, porque afirma que la decisión inicial, en un sistema jurídico particular, de incluir la moralidad en el derecho es contingente o convencional (ALEXY, 2012, 4). El no-positivismo sostiene no sólo, en contra del positivismo excluyente, que la moralidad no está necesariamente excluida, sino que también se sitúa en contra del positivismo incluyente al señalar que está necesariamente incluida, por lo tanto el no-positivismo es contrario a ambas formas de positivismo.

Las diferencias dentro del no-positivismo no son menos importantes que las diferencias dentro del positivismo. De especial importancia para el debate sobre el concepto y la naturaleza del derecho son las diferencias que surgen de los diferentes efectos que en la validez jurídica son atribuibles a los defectos morales. El no-positivismo puede determinar el efecto sobre la validez jurídica que se deriva de los defectos morales de tres maneras diferentes. Podría darse la circunstancia de que la validez jurídica se pierda en todos los casos, o que la validez jurídica se pierda en algunos casos y en otros no, o por último, que la validez jurídica no se vea afectada de ninguna manera en absoluto (ALEXY, 2008b, 287).

La primera posición, de acuerdo con la cual todo defecto moral produce invalidez jurídica, es la versión más radical del no-positivismo. Esta posición puede ser caracterizada como «no-positivismo excluyente» a fin de expresar la idea de que todos y cada uno de los defectos morales excluyen la validez jurídica. Con esto, en los casos en los que surgen defectos morales, se da como consecuencia la exclusión de los hechos sociales de las fuentes del derecho. Agustín nos da una declaración clásica de esta opinión cuando dice que «una ley que no es justa no me parecería que sea una ley» (AUGUSTINUS, 2006, 86). Un ejemplo reciente es la tesis propuesta por D. BEYLEVELD y R. BROWNSWORDEN la cual «las normas inmorales no son jurídicamente válidas» (BEYLEVELD y BROWNSWORD, 2001, 76).

La contraparte radical del no-positivismo excluyente es el no-positivismo súper-incluyente. El no-positivismo súper-incluyente va hacia el otro extremo, es decir, esta corriente teórica sostiene que la validez jurídica no se ve afectada de ninguna manera por cualquier defecto moral. A primera vista, esta parece ser una versión del positivismo, y no del no-positivismo (WALDRON, 1996, 1566). Esta primera impresión, sin embargo, es reconocida como engañosa, tan pronto como se ve que existen dos tipos diferentes de conexión entre el derecho y la moral: una clasificatoria y otra calificatoria (ALEXY, 2002a, 26). Estos dos tipos de conexión se distinguen entre sí a partir de los efectos derivados de los defectos morales. El efecto de una conexión clasificatoria es la pérdida de validez jurídica. Por el contrario, el efecto de una conexión calificatoria es la deficiencia jurídica, el cual no llega sin embargo, al punto de socavar la validez jurídica, pero sí crea una obligación legal o, al menos, un empoderamiento por parte de las cortes de apelación para anular las sentencias injustas expedidas por los tribunales inferiores. La conexión del postulado de «sumisión incondicional» al derecho positivo de I. KANT (KANT, 1996, 506) con la idea de una necesaria dominación del derecho no-positivo sobre el derecho positivo puede leerse como una versión del no-positivismo súper-incluyente (ALEXY, 2008b, 289; ALEXY, 2010, 176). Lo mismo es cierto para la tesis de TOMÁS DE AQUINO que enuncia que una ley tiránica es la ley, pero «no ley simpliciter [1]» (TOMÁS DE AQUINO, 1962, 947) o, como J. FINNIS señala «no es ley en el sentido focal del término «ley» (FINNIS, 1980, 364).

La tercera versión del no-positivismo, es la del no-positivismo incluyente, la cual se encuentra entre los extremos del no-positivismo excluyente y el no-positivismo súper-incluyente. Los planteamientos del no-positivismo incluyente se circunscriben a una

[1] Se refiere a la ley en sentido central o pleno, es decir, la ley justa y adecuadamente promulgada, ver Tomás de Aquino, «Summa Theologiae» I-II q. 92, a. 1 ad 4: «Lex tirannica cum not sit simpliciter lex (Ö). Nota del Traductor.

posición intermedia de modo que se centran en decir acerca de los defectos morales que: ni siempre socavan la validez jurídica —postura representada por el no-positivismo excluyente, ni que nunca lo hacen, según lo expone el no-positivismo súper-incluyente—. En consecuencia, se afirma que los defectos morales socavan la validez jurídica sólo bajo ciertas condiciones.

El no-positivismo incluyente está dado en su expresión más destacada en la fórmula de RADBRUCH, la cual en su forma más comprimida, es la siguiente: la injusticia extrema no es derecho (RADBRUCH, 2006, 7; ALEXY, 2008a, 427-428). De acuerdo con esta fórmula, los defectos morales socavan la validez jurídica si y sólo si el umbral de la extrema injusticia se transgrede. La injusticia por debajo de este umbral se considera parte del concepto de derecho, se acepta como derecho válido pero defectuoso. Esto significa que el no-positivismo incluyente abarca un grado considerable de positividad, es decir, entraña un compromiso con aquello que ha sido expedido autoritativamente y es socialmente eficaz. El no-positivismo del no-positivismo incluyente consiste, primero, en el establecimiento de una frontera exterior del derecho y, en segundo lugar, en la calificación del derecho inmoral o injusto no sólo, como moralmente sino también como jurídicamente defectuoso. Las consecuencias prácticas del establecimiento de una frontera exterior se hacen evidentes cuando se observa la aplicación de la fórmula de RADBRUCH por los Tribunales Alemanes después de la derrota del Nacional Socialismo en 1945, y tras el colapso de la República Democrática Alemana en 1989 (ALEXY, 2008a, 428-432). Una consecuencia práctica de calificar al derecho inmoral o injusto como defectuoso no sólo desde el punto de vista moral, sino también desde el punto de vista jurídico es que los tribunales de apelación adquieren la facultad de anular las sentencias injustas de los jueces inferiores debido a su deficiencia jurídica.

3. EL ARGUMENTO DE LA CORRECCIÓN

La existencia de dos formas de positivismo y tres de no-positivismo muestra que el debate entre el positivismo y el no-positivismo se refiere más que a una simple disputa entre dos posiciones monolíticas, a menudo presentada como la oposición entre el «positivismo jurídico» y el «derecho natural». Pero, eso no es todo. Las cosas se complican aún más, tan pronto como se tiene en cuenta el hecho de que no sólo el positivismo así como el no-positivismo son complejos en sí mismos, sino que la complejidad se manifiesta también en la estructura de los argumentos a favor y en contra de cada una de estas corrientes teóricas. El punto arquimédico de esta estructura es el argumento de la corrección. Todos los demás argumentos giran en torno a este punto.

El argumento de la corrección enuncia que tanto las normas jurídicas individuales así como las decisiones judiciales individuales, al igual que los sistemas jurídicos como un todo necesariamente formulan una pretensión de corrección. R. DWORKIN ha objetado la cuestión acerca de si los operadores jurídicos al elevar o formular alguna pretensión es más una cuestión de hecho que una cuestión de necesidad (DWORKIN, 2006, 200). Esta objeción puede ser rechazada si es posible demostrar que la pretensión de corrección está necesariamente implícita en el derecho, independientemente de las intenciones de sus operadores. Aquí la idea es mostrar que la negación explícita de la pretensión de corrección conduce a una contradicción (ALEXY, 2002a, 35-39).

Un ejemplo es un primer artículo ficticio de una Constitución que se leería así: «X es una república soberana, federal e injusta». Este artículo es de alguna manera absurdo. El absurdo surge de una contradicción entre lo que se pretende implícitamente con la expedición de una constitución, es decir, lo justo, y lo que se ha declarado explícitamente, esto es, lo injusto. Ahora bien, la justicia cuenta como un caso especial de la corrección, y por justicia debe entenderse que no es otra cosa que la corrección en la distribución y la compensación. Por lo tanto, la contradicción en nuestro ejemplo no es sólo una contradicción con respecto a la dicotomía de lo justo e injusto sino también una contradicción con respecto a la dicotomía de lo correcto e incorrecto.

Es más, en el ejemplo antes mencionado, la contradicción que existe entre lo explícito y lo implícito es necesaria, y podría evitarse si se abandona la pretensión implícita, pero hacerlo representaría la transición de un sistema jurídico a meras relaciones de poder al desnudo (Alexy, 1998, 213-214). Así, nuestro ejemplo muestra que el derecho y la pretensión de corrección no están solamente conectados por razones contingentes y prudenciales, sino también —y esto va bastante más lejos— por razones necesarias por naturaleza. Esta conexión no está confinada de ninguna manera a actos fundamentales como el de expedir una constitución, ya que está presente en cada parte del sistema jurídico, lo cual puede ser ilustrado por el absurdo encontrado en decisiones como la siguiente: El acusado es condenado a cadena perpetua, en virtud de una incorrecta interpretación de la legislación vigente.

Con el fin de establecer una conexión necesaria entre el derecho y la moral, no es suficiente que la pretensión de corrección sea necesariamente elevada por el derecho. Más allá de esto, es necesario que su contenido necesariamente se refiera a la moral.

La pretensión de corrección del derecho no se referiría necesariamente a la moral si fuera posible que se circunscribiera exclusivamente a hechos sociales, es decir, a lo que ha sido autoritativamente expedido y es socialmente eficaz. Una pretensión con este contenido contaría como una pretensión puramente positivista de corrección. Los casos difíciles, sin embargo, ponen de manifiesto que la interpretación positivista del argumento de la corrección da lugar a serios problemas. Los casos difíciles se producen cuando el derecho positivo —entendido como las razones autoritativas o basadas en fuentes de validez jurídica— permite más de una decisión. La decisión a tomarse en tal esfera «abierta» es una decisión sobre una cuestión normativa que no puede basarse en normas de derecho positivo, pues si pudiera basarse en tales normas, no sería una decisión de esfera «abierta». Si no se basa en alguna norma en absoluto, sería una decisión meramente arbitraria, una decisión que estaría en contradicción con la pretensión de corrección, por ello debe basarse en otros criterios normativos. Las decisiones jurídicas regularmente versan sobre cuestiones de distribución y compensación. Las cuestiones acerca de la correcta distribución y compensación son cuestiones de justicia y las cuestiones de justicia son, sin embargo, cuestiones morales. De esta forma, la textura abierta del derecho, tomada junto con la naturaleza de las cuestiones jurídicas, implica que la pretensión de corrección formulada en la toma de decisiones jurídicas necesariamente se refiere no sólo a razones autoritativas o basadas en fuentes de validez jurídica, sino también a razones morales. Esto implica que la pretensión de corrección necesariamente planteada en el derecho conduce a la necesaria inclusión de la moral en el concepto de derecho (Alexy, 2007, 49-50).

4. LA NATURALEZA DUAL DEL DERECHO

H. KELSEN ha argumentado en contra del no-positivismo que presupone «una moral absoluta, es decir, una moral que sea válida en todas partes y en todo momento» (KELSEN, 1967, 68 trans. alt). KELSEN prosigue señalando que no existe tal moralidad absoluta, postura que puede enmarcarse bajo el nombre de «el argumento del relativismo» (ALEXY, 2002a, 53-55). La cuestión de si la objeción de KELSEN basada en el relativismo es convincente, es una cuestión de interpretación. Si se entiende dicha objeción en el sentido de no existir ninguna instancia en la cual una sola respuesta correcta desde el punto de vista moral puede darse, entonces la objeción falla, pues hay casos de grave interferencia en los derechos humanos en los que sólo una respuesta moral es correcta o verdadera, específicamente aquellos en los que tal injerencia viola los derechos humanos y es, por esa razón, que son moralmente incorrectos (ALEXY, 2012, 8-13). La existencia de este tipo casos es suficiente como base epistemológica o meta-ética del no-positivismo. Sin embargo, si se interpreta la objeción de Kelsen en el entendido de la existencia de un número de casos —un número considerable— en los que es posible un «desacuerdo razonable» (RAWLS, 1993, 55) acerca de lo que es moralmente correcto o incorrecto, entonces el argumento de KELSEN está basado en una tesis epistemológica o meta-ética correcta, pero, y este es el punto, ya no sería suficiente como argumento en contra del no-positivismo. El no-positivismo es compatible con el desacuerdo razonable si es posible llegar a una aproximación a la verdad o corrección en el discurso y si hay al menos algunos casos en los que sólo es posible una única respuesta moral correcta, en la cual el desacuerdo razonable no es posible. Una aproximación a la verdad o corrección es posible porque el discurso práctico racional es posible, y hay casos en los que sólo una respuesta moral es posible ya que otros resultados serían discursivamente imposibles —como, por ejemplo— el estatus jurídico de un esclavo o la abolición de la libertad religiosa (ALEXY, 1989, 187-208).

La existencia de un desacuerdo razonable significa que hay un número considerable de problemas sociales, que el argumento moral no puede resolver por sí solo, a lo cual se podría llamar el «problema del conocimiento práctico». Este problema sólo puede resolverse a través de los procedimientos legalmente regulados que garantizan una decisión. Este es el paso de la moral al derecho positivo, como ha sido descrito, por ejemplo, por KANT (KANT, 1996, 456). Es más, el problema del conocimiento práctico no es el único problema que puede resolverse por medio del derecho positivo. Un segundo problema es el problema de la coerción, referido a si es posible violar la ley sin correr ningún riesgo, y si algunos toman ventaja de esta posibilidad, entonces el cumplimiento de las normas ya no está asegurado. En resumen, los procedimientos que garantizan el cumplimiento de la ley son necesarios. Adicionalmente, existe el problema de la organización. Una sociedad moderna puede ser eficazmente organizada sólo a través del derecho positivo.

La necesidad de resolver estos tres problemas y, por tanto, la necesidad de la positividad, es decir, de la expedición autoritativa y de la eficacia social, se deriva de la exigencia moral de evitar los costos de la anarquía y la guerra civil y asegurar las ventajas derivadas de la coordinación social y la cooperación. Como razones morales, éstas son parte del contenido de la pretensión de corrección del derecho. Esto implica que la

pretensión de corrección del derecho qua pretensión de corrección moral comprende necesariamente elementos de positividad. Esto no quiere decir, sin embargo, que la pretensión de corrección comprende únicamente elementos de positividad. Este es el error del positivismo súper-incluyente. La pretensión de corrección sustancial —que es primero y principalmente, una pretensión de justicia— no desaparece una vez que el derecho se ha institucionalizado, ésta vive en el derecho. Por esta razón, hay que distinguir dos etapas o niveles de corrección: la corrección de primero y de segundo orden.

La corrección de primer orden se trata de la justicia como tal. La corrección de segundo orden es más integral, y se refiere tanto a la justicia como a la positividad. La justicia representa la dimensión ideal o crítica del derecho, la positividad su dimensión real, objetiva o institucional. La pretensión de corrección del derecho qua pretensión de segundo orden une la dimensión real y la dimensión ideal. Es una expresión de la naturaleza dual del derecho (ALEXY, 2010, 173-174).

La naturaleza dual del derecho implica que éste comprende necesariamente dos principios: el principio de la justicia y el principio de seguridad jurídica. El principio de seguridad jurídica es un principio formal, que requiere un compromiso con lo que se expide autoritativamente y es socialmente eficaz. El principio de justicia es principio material o sustantivo que exige que la decisión sea moralmente correcta. Estos dos principios —como generalmente ocurre con los principios— pueden colisionar, y de hecho colisionan con frecuencia. Ninguno de los dos en ningún caso podrá suplantar al otro completamente. Por el contrario, la naturaleza dual del derecho exige que puedan ser vistos en una proporción correcta entre sí, y esto, a su vez, sólo se puede lograr por medio de la ponderación. La idea de una frontera exterior del derecho es el resultado de tal ponderación, esto es, de equilibrar los principios de seguridad jurídica y justicia.

5. FRONTERA EXTERNA

La fórmula de RADBRUCH, que en su expresión más corta, establece que la injusticia extrema no es derecho, es la expresión clásica de la idea de una frontera externa del derecho (RADBRUCH, 2006, 7; ALEXY, 2008a, 428). Esta fórmula representa, primero y ante todo, un rechazo a la tesis positivista según la cual «cualquier contenido puede ser derecho» (KELSEN, 1967, 198). KELSEN ilustra esta tesis con la siguiente afirmación: «De acuerdo con el derecho de los estados totalitarios, el Gobierno está facultado para confinar en campos de concentración a las personas de convicciones, religión o raza indeseadas y puede obligarlas a hacer cualquier clase de trabajo, el que sea, incluso puede matarlas» (KELSEN, 1967, 40, trad. alterado). Matar personas en campos de concentración por razones tales como el rechazo a sus convicciones, la religión o la raza es un claro caso de injusticia extrema. Por lo tanto, de acuerdo con la fórmula de RADBRUCH, las normas que permiten a las autoridades legales hacer tales cosas, no pueden ser derecho válido. Desde el punto de vista positivista, la situación es diferente. Si esas normas se han expedido autoritativamente y son socialmente eficaces, son derecho vigente. Esto también es cierto en el positivismo incluyente, en los casos en los que el derecho positivo no se refiere exactamente, en una manera socialmente eficaz a los principios morales que excluyen el asesinato. Desde el punto de vista no-positivista,

todo depende del equilibrio entre los principios de seguridad jurídica y justicia. El principio de seguridad jurídica sostiene que la norma, en el ejemplo de KELSEN, es jurídicamente válida, el principio de justicia conduce al resultado opuesto. La determinación del equilibrio depende esencialmente de la intensidad de la interferencia en cada uno de los principios en colisión (ALEXY, 2002b, 102). No concebir la norma en cuestión como inválida, plantearía una interferencia muy intensa con el principio de justicia, principio que comprende los derechos humanos, dicha interferencia en el ejemplo de KELSEN es extrema. Por otro lado, la pérdida de seguridad jurídica si se llegara a concebir la norma como inválida sería muy limitada, pues incluso en los estados totalitarios un gran número de normas no superan el umbral de la extrema injusticia. De este modo, se determina el resultado del equilibrio, y este resultado refleja precisamente la fórmula RADBRUCH, es decir, el no-positivismo incluyente tal como se define por dicha fórmula. Desde esta perspectiva, tanto el no-positivismo súper-incluyente así como el no-positivismo excluyente no son acertados. El no-positivismo súper-incluyente falla, ya que da muy poco peso a la justicia, y el no-positivismo excluyente falla también, ya que da muy poca importancia a la seguridad jurídica.

6. PARTICIPANTES Y OBSERVADORES

Esta justificación de la fórmula de RADBRUCH, podría objetarse al considerar que tiene puntos débiles en su fundamento ya que se basa en argumentos normativos, específicamente, los principios de justicia y seguridad jurídica. La cuestión de la naturaleza del derecho, la objeción continúa, se refiere a lo que el derecho es, y lo que una cosa es no se puede establecer por medio de argumentos normativos (RAZ, 1996, 7; MARMOR, 2005, 778).

Para responder a esta objeción, la distinción entre la perspectiva del observador y la perspectiva del participante es fundamental (ALEXY, 2002a, 25). Un observador plantea preguntas y aduce argumentos, en nombre de una posición que refleja la forma en que las cuestiones jurídicas son de hecho decididas en un sistema jurídico, mientras que el participante plantea preguntas y aporta argumentos con la vista puesta en lo que él considera es la respuesta correcta a la cuestión jurídica en cuestión. La perspectiva del observador se define por la pregunta «¿Cómo se toman las decisiones jurídicas realmente?» La perspectiva del participante se define en cambio por la pregunta «¿Cuál es la respuesta jurídica correcta?».

El positivismo refleja bastante bien la perspectiva del observador (ALEXY, 2002a, 27-35), desde la cual, lo que el derecho es depende exclusivamente de lo que se ha expedido de hecho y es socialmente eficaz. Por el contrario, la perspectiva del participante presupone el no-positivismo. Para un participante el derecho es lo que se ha decidido correctamente, y esto depende, sin embargo, no sólo de hechos sociales, sino también de razones morales. De esta forma, los argumentos normativos toman su camino en lo que el derecho es, tan pronto como la perspectiva del participante es asumida. Es más, este punto de vista debe ser aceptado porque el derecho es posible sin observadores, pero no sin participantes.

(Traducción de María Claudia Quimbayo Duarte)

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R. [1978], 1989: *A theory of legal argumentation,* en R. ADLER y N. MACCORMICK (trads.), Oxford: Clarendon Press.

— 1998: *Law and correctness. Current Legal Problems,* 51, 205-221.

— [1992], 2002a: *The argument from injustice. A reply to legal positivism,* en B. LITSCHEWSKI PAULSON y S. L. PAULSON (trads.), Oxford: Clarendon Press.

— [1985], 2002b: *A theory of constitutional rights,* en J. RIVERS (trad.), Oxford: Oxford University Press.

— 2007: «An Answer to Joseph Raz», en G. PAVLAKOS (ed.), *Law, rights and discourse. The legal philosophy of Robert Alexy,* 37-65. Oxford: Hart Publishing.

— 2008a: «A defence of Radbruch's formula», en M. D. A. FREEMAN (ed.), *Lloyd's introduction to jurisprudence,* 426-43, London: Sweet & Maxwell and Thomson Reuters.

— 2008b: «On the concept and the nature of law», *Ratio Juris,* 21, 281-99.

— 2010: «The dual nature of law», *Ratio Juris,* 23, 167-82.

— 2012: «Law, morality, and the existence of human rights», *Ratio Juris,* 25, 2-14.

AQUINAS, T., 1962: *Summa theologiae,* Turin: Paoline.

AUGUSTINUS, 2006: *De liberoarbitrio,* en J. BRACHTENDORF y V. H. DECROLL (eds.), Paderborn: Schöningh.

BEYLEVELD, D., y BROWNSWORD, R., 2001: *Human dignity in bioethics and biolaw,* Oxford: Oxford University Press.

COLEMAN, J., 1996: «Authority and reason», en R. P. GEORGE (ed.), *The autonomy of law. Essays on legal positivism,* 287-319, Oxford: Clarendon Press.

DWORKIN, R., 2006: *Justice in robes,* Cambridge, MA: Harvard University Press.

FINNIS, J., 1980: *Natural law and natural rights,* Oxford: Clarendon Press.

KANT, I. [1797], 1996: «The metaphysics of morals», en I. KANT, *Practical philosophy,* M. J. GREGOR (trad. y ed.), 353-603, Cambridge: Cambridge University Press.

KELSEN, H. [1960], 1967: *Pure theory of law,* M. KNIGHT (trad.), Berkeley: University of California Press.

MARMOR, A., 2005: «Debate», *Anales de la cátedra Francisco Suárez,* 39, 769-93.

RADBRUCH, G. [1946], 2006: «Statutory lawlessness and supra-statutory law», B. LITSCHEWSKI PAULSON y S. L. PAULSON (trads.), *Oxford Journal of Legal Studies,* 26, 1-11.

RAWLS, J., 1993: *Political liberalism,* New York: Columbia University Press.

RAZ, J., 1996: «On the nature of law», *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy,* 82, 1-25.

— 2009: *The authority of law* (2.ª ed.), Oxford: Oxford University Press.

WALDRON, J., 1996: «Kant's legal positivism», *Harvard Law Review,* 109, 1535-1566.

LOS DERECHOS HUMANOS COMO ADQUISICIÓN EVOLUTIVA *

Mauro Barberis

Universidad de Trieste

RESUMEN. Este ensayo trata de mostrar la aplicabilidad de un enfoque evolucionista a la cuestión aparentemente más ajena a ello: los derechos humanos. El primer apartado esboza los rasgos metodológicos y metaéticos de un enfoque de la ética en general, y de los derechos humanos en particular, inspirado por el subjetivismo económico de la Escuela austríaca: un enfoque genéricamente positivista, pero específicamente evolucionista. El segundo apartado formula algunas hipótesis históricas sobre los orígenes y la evolución de los derechos humanos en la tradición ética y jurídica occidental. El tercer apartado, finalmente, refina algunas herramientas teóricas para el análisis de la interpretación constitucional de los derechos humanos, como valores institucionalizados por principios y garantizados por reglas.

Palabras clave: derechos humanos, positivismo jurídico, evolucionismo.

Human Rights as an Evolutionary Acquisition

ABSTRACT. Human rights, a traditionally intractable subject to legal positivism, are analyzed here with a generally positivist, but specifically evolutionist approach —a distinction is drawn, in fact, between a merely evolutionary and a full-blown evolutionist one—. The first section sketches methodological and metaethical aspects of such an approach, specifically inspired by the economic subjectivism of Austrian School and then articulated by B. Leoni and F. Hayek's works without any reference to human rights. The second section proposes some historical hypotheses about the origins and the evolution of rights in the ethical and legal Western tradition. The third and last section refines some theorethical tools for the analysis of constitutional interpretation, distinguishing ethical values, constitutional principles and statutory rules.

Keywords: human rights, legal positivism, evolutionism.

* Fecha de recepción: 12 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 23 de septiembre de 2013.

Por la evolución, lo improbable
se convierte en probable
(N. LUHMANN)

1. Los derechos humanos siguen siendo un verdadero desafío para la tradición del positivismo jurídico: quizá no para el positivismo metodológico, la actitud avalorativa frente al derecho, pero sí para el llamado positivismo teórico. Como lo dice de manera tajante M. TROPER: si «la expresión "derechos humanos" designa derechos que el ser humano tendría y ejercería independientemente del Estado [...] entonces, desde el estricto punto de vista positivista, el problema queda [...] rápidamente resuelto: no hay derechos humanos» [1]. Los tres apartados de este trabajo querrían mostrar que el desafío puede ser afrontado por un particular enfoque positivista que llamaré evolucionista: un enfoque hasta hoy difundido casi exclusivamente en el ámbito del *common law*, e incluso allí aparentemente ajeno a la materia de los derechos humanos.

En el primer apartado trataré de esbozar los rasgos metodológicos y metaéticos de un enfoque sobre la ética en general y los derechos humanos en particular inspirado por el subjetivismo económico de la Escuela austríaca [2]: enfoque que sigue siendo genéricamente positivista, pero que adopta una epistemología específicamente evolucionista. En el segundo apartado formularé algunas hipótesis históricas sobre los orígenes y la evolución de los derechos humanos en la tradición ética y jurídica ocidental. En el tercer apartado, finalmente, intentaré refinar algunas herramientas teóricas para el análisis de la interpretación constitucional de los derechos humanos, como valores institucionalizados por principios y garantizados por reglas.

1. EL ENFOQUE EVOLUCIONISTA

Todos sabemos qué es el evolucionismo: la revolución científica llevada a cabo en la biología por Charles Darwin que supera el paradigma creacionista mostrando que todas las especies vivas son el producto de la evolución. Los mecanismos de este proceso milenario, formulados en términos de la síntesis entre darwinismo y leyes de la genética, son básicamente tres: 1) *mutación* genética casual; 2) *selección* de las mutaciones aptas al medio ambiente; 3) *retención* de las mutaciones favorables a la supervivencia. En esta sección pretendo solo, primero, recordar algunos rasgos del evolucionismo cultural, después, trazar algunos rasgos de la metodología de la Escuela austríaca de economía, que constituye una extensión del evolucionismo natural al mundo social, y finalmente extraer de esta reconstrucción algunas consecuencias para el conocimiento del derecho y de los derechos.

---

[1] Así M. TROPER, «Le positivisme et les droits de l'homme», en V. CHAMPEIL-DESPLATS y N. FERRÉ (dirs.), *Frontières du droit, critiques des droits*, Paris, LGDJ, 2007, 233.

[2] *Cfr.* P. BARROTTA (a cura di), *Soggettivismo, tempo e istituzioni a partire dalla Scuola Austriaca*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 2005.

1. En cuanto al *evolucionismo cultural*, es importante recordar que el propio evolucionismo natural tiene sus orígenes en los moralistas escoceses del siglo XVIII como D. HUME y A. SMITH. Son estos autores quienes formulan las ideas de mano invisible y de efectos no intencionales de la acción humana intencional [3]: ideas después proyectadas por DARWIN sobre el mundo natural, donde la mutación casual y la retención selectiva juegan el papel que en el pensamiento escocés desempeñan los actos intencionales y los efectos no intencionales respectivamente [4]. La clara contribución de los escoceses a la formación del contexto de descubrimiento del evolucionismo natural, sin embargo, no resuelve los problemas metodológicos que se encuentran en el contexto de justificación, y en particular los siguientes.

Por supuesto, el rasgo común a toda metodología evolucionista es la evolución por oposición a la creación: el descubrimiento de un mecanismo de adaptación de los seres vivos al medio ambiente que explica el origen y el funcionamiento tanto de las especies biológicas como de las instituciones sin recurrir a la intervención de un creador, ni divino ni humano. Sin embargo, muchas aplicaciones del evolucionismo al mundo social, en particular en el siglo XIX, se han caracterizado por incurrir en tres distorsiones comunes de la metodología evolucionista: el naturalismo, es decir, la reducción de lo cultural a lo natural; el determinismo, la idea que todo puede ser explicado causalmente; el historicismo, en el sentido subrayado por K. POPPER de la creencia en leyes férreas de la evolución.

Todas estas distorsiones pueden ser consideradas, ya en las ciencias naturales, como reducciones del evolucionismo a una forma obsoleta de positivismo científico, y de hecho son criticadas por la escuela austríaca. El historicismo y el determinismo son criticados porque los fenómenos naturales y sociales son demasiado complejos como para permitir más que conjeturas sobre ellos, y el naturalismo por la razón siguiente, evidentemente más importante: las explicaciones en las ciencias sociales, a diferencia que de lo que sucede en las ciencias naturales, deben tomar en cuenta las intenciones, los diseños y hasta la libertad humana, concebida no como postulado metafísico sino como efecto de la limitación de la racionalidad [5]. Precisamente en la solución del problema de la contribución intencional a la evolución consiste, creo, la más importante aportación austríaca.

2. La *Escuela austríaca* ha proporcionado una fecunda extensión de la metodología evolucionista al mundo de la cultura: una extensión no reduccionista sino explícitamente crítica del naturalismo, del determinismo y del historicismo. El carácter específicamente evolucionista de la metodología austríaca, desde el fundador C. MENGER hasta su más conocido representante, F. VON HAYEK, pasando por L. VON MISES [6], ha sido explicitado por HAYEK en la segunda mitad del siglo pasado con su oposición entre evolucionismo (*evolutionism*) y constructivismo (*constructivism*). El carácter evolucionista de esta metodología era, sin embargo, ya desde el inicio evidente

[3] R. BOUDON, *Effets pervers de l'action sociale*, Paris, Puf, 1977.

[4] A. FLEW, «Social Science: Making Visible the Invisible Hands», *The Journal of Libertarian Studies*, 1987, 8, 197-211.

[5] H. A. SIMON, *Reason in Human Affairs*, Stanford, Stanford U. P., 1983.

[6] R. CUBEDDU, *The Philosophy of the Austrian School*, London, Routledge, 1993; A. MASALA, *Crisi e rinascita del liberalismo classico*, Pisa, Ets, 2012.

en la teoría subjetivista del valor, una contribución austríaca olvidada quizá demasiado rápidamente por la metaética analítica del siglo XX (*cfr.* aquí, 3.1).

La idea de MENGER, principal metodólogo de las ciencias sociales antes de M. WEBER, es que «el lenguaje, la religión, el derecho, incluso el Estado» [7], pueden ser explicados como efectos no intencionales, de agregación o de composición, de actos humanos intencionales. El ejemplo más simple es la formación de los precios: por medio de la negociación en el mercado, las evaluaciones subjetivas, es decir, los valores de uso, se convierten en valores de cambio objetivos o intersubjetivos. De esta manera se forman los valores, la normas y las instituciones, en una palabra, la cultura: ésta «no es ni natural ni artificial, ni transmitida genéticamente ni racionalmente proyectada» [8]. A menudo, los austríacos piensan que las instituciones humanas pertenecen a un Tercer Reino (G. FREGE) o Mundo Tres (K. POPPER) de objetos culturales.

El modelo evolucionista austríaco de la formación de los valores puede ser generalizado a todo el mundo humano, como muestran tres ejemplos: uno lingüístico, otro político y otro jurídico. Un ejemplo *lingüístico* podría ser la famosa caracterización del discurso ordinario hecha por J. LANGSHAW AUSTIN: caracterización que cito aquí sólo porque le debo mi primer encuentro con el evolucionismo. «*Our common stock of words* —dicen AUSTIN, y H. HART quien lo cita— *embodies all the distinctions men have found worth drawing, and the connections they have found worth marking, in the lifetimes of many generations: these surely are likely to be more numerous, more sound, since they have stood up to the long test of the survival of the fittest*» [9].

Un ejemplo *político* podría ser la explicación fundamental —es decir, de una esfera cultural a partir de otra— del Estado a partir de la competencia entre agencias de protección según NOZICK [10]. Por supuesto, las cosas podrían haber sido diferentes; sin embargo, los Estados modernos, como Inglaterra, Francia y España, pueden ser verdaderamente explicados como el producto de procesos de selección entre poderes feudales en conflicto. Un ejemplo *jurídico*, finalmente, podría ser la famosa teoría de HUME del origen de la propiedad a partir de la convención de respetar las posesiones de los demás; aquí, sin embargo, utilizaré la teoría del derecho como pretensión de B. LEONI (*cfr.* 2.4): teoría inspirada directamente por el evolucionismo austríaco, inspirado a su vez por HUME.

3. En cuanto a las *aplicaciones jurídicas* del enfoque evolucionista, hay que decir que hasta hoy han sido bastante parciales y discutibles, de modo que es preferible ser rigurosos con la literatura y atribuir cada tesis a su preciso autor. De antemano sería importante distinguir entre un enfoque genéricamente *evolutivo* y otro específicamente *evolucionista*. De hecho, bajo la etiqueta «derecho y evolución», toda la literatura sociológica e incluso jurídica podría ser calificada como evolutiva: toda, en efecto,

---

[7] C. MENGER, *Sul metodo delle scienze sociali* (1883), trad. it. de *Untersuchungen über die Methode der Sozilwissenschaften*, Macerata, Liberilibri, 1996, 150.

[8] F. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. de *Law, Legislation and Liberty* (1982), Milano, Il Saggiatore, 1989, 531.

[9] J. L. AUSTIN, *A Plea for Excuses*, en *id. Philosophical Papers*, Oxford, Oxford U. P., 182.

[10] R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia*, tra. it. de *Anarchy, State and Utopia* (1974), Firenze, Le Monnier, 1974.

habla genéricamente del cambio jurídico [11]. Sin embargo, hay también una literatura filosófico-jurídica evolucionista en el sentido darwiniano del término: por citar sólo los libros, y dejando aparte las contribuciones de la Escuela austríaca y sobre ella, esa literatura incluye al menos ocho títulos [12], de autores no siempre, es cierto, tan interesados por el derecho como por la evolución.

Si en la literatura evolucionista los derechos humanos están ausentes, en la austríaca son considerados poco más que declamaciones retóricas peligrosas para las libertades individuales [13]: las más importantes contribuciones austríacas al derecho, *Freedom and the Law* (1961) de B. LEONI [14], y *Law, Legislation and Liberty* (1982) de F. HAYEK, hablan de los derechos humanos sólo para criticarlos. La monumental obra de HAYEK menciona los derechos humanos una sola vez, y para criticar la *Declaración universal de los derechos humanos* (1948) por incluir derechos sociales: es el verdadero modelo (negativo) de los derechos humanos en toda esta literatura. Veremos como el propio LEONI proporciona un modelo de la formación del derecho objetivo a partir de pretensiones subjetivas, pero sin hablar de derechos humanos.

La relación entre evolución y derechos humanos podría ser esbozada así. Los sistemas éticos (morales, políticos y jurídicos...) se forman como los mercados, es decir a partir del encuentro de actos intencionales individuales que generan, por efecto no intencional de agregación o composición, instituciones complejas. La ética y la interpretación jurídica tienen así dos rasgos: el rasgo subjetivo del *acto* intencional individual de evaluación moral, sea de pretensión o de interpretación jurídica y constitucional, y el rasgo objetivo de la *actividad*, como conjunto de actos que producen valores y normas relativamente estables. La metaética subjetivista y la teoría de la interpretación escéptica del siglo XX, creo, han pasado por alto el segundo rasgo: sin entender que sólo en el contexto del segundo el primero tiene sentido [15].

El derecho moderno ha sustituido la producción consuetudinaria de normas con la legislación, y la *interpretatio iuris* —la búsqueda de la solución del caso por la *iurisprudentia* o por el juez— con la interpretación de la ley. Esta es concebida subjetivamente como el acto de atribución de sentido a un texto por los intérpretes, acto orientado a su aplicación; sin embargo, se puede también entender objetivamente, como la activi-

---

[11] *Cfr.* al menos P. STEIN, *Legal Evolution. The Story of an Idea*, Cambridge, Cambridge U. P., 1980, y A. WATSON, *Legal Evolution*, Baltimore, John Hopkins U. P., 1985.

[12] *Cfr.* J. H. BECKSTROM, *Evolutionary Jurisprudence. Prospects and Limitations on the Use of Modern Darwinism throughout the Legal Process*, Urbana and Chicago, University of Illinois Press, 1979; M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 1998; S. DEAKIN, *Evolution of Our Time: a Theory of Legal Memetics*, Oxford, Oxford U. P., 2003; E. OESER, *Evolution and Costitution. The Evolutionary Self-Construction of Law*, Dordrecht, Reidel, 2003; A. C. HUTCHINSON, *Evolution and the Common Law*, Cambridge, Cambridge U. P., 2005; W. ZALUSKI, *Evolutionary Theory and Legal Philosophy*, Cheltenham, Elgar, 2009; M. ZAMBONI, *Evolutionary Theory and Legal Positivism. A Possible Marriage*, 2010, *http:works.bepress.com/mauro_zamboni/8*; F. ROMEO, *Antropologia giuridica. Un percorso evoluzionista verso l'origine della relazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012.

[13] D. B. RASMUSSEN, «A Groundwork for Rights: Man's Natural Ends», *The Journal of Libertarian Studies*, 1980, 4, 65-94; F. VAN DUN, «Human Dignity: Reason or Desire? Natural Rights versus Human Rights», *The Journal of Libertarian Studies*, 2001, 15, 1-28.

[14] B. LEONI, *Freedom and the Law*, Princeton, Van Nostrand, 1961.

[15] M. BARBERIS, «Interpretación-acto e interpretación-actividad. Nueves extensiones de la teoría genovesa», en prensa para *Revista brasileira de filosofía*, 2013.

dad que los autores norteamericanos llaman *legal process* [16]: una división del trabajo de producción del derecho entre diferentes sujetos típicos. A este proceso, en el llamado Estado legislativo, participan con papeles diferentes legisladores, jueces y doctrina (*cfr.* aquí 3.3): a los cuales hace falta añadir, en el llamado Estado constitucional, a los constituyentes y la justicia constitucional [17].

Sin duda, si se pasa por alto todo esto se puede trazar una distinción dicotómica entre derecho natural y positivismo jurídico: como lo hacen HART, proporcionando el criterio dicotómico de la conexión necesaria o contingente entre derecho y moral, y V. VILLA, con su definición conceptual de «positivismo jurídico» [18]. Sin embargo, se puede admitir que hay otros criterios distintivos: considerar el derecho como una razón para la acción, la relevancia de la naturaleza humana para los contenidos del derecho, la diferencia entre conocimiento y evaluación, la juridicidad del derecho natural [19]. Sobre todo, si tomamos suficientemente en serio la convencionalidad del lenguaje, ordinario y teórico, siempre podemos adoptar otras definiciones de los términos teóricos, e incluso distinciones no dicotómicas entre derecho natural y positivismo jurídico [20].

Por ejemplo, si para distinguir derecho natural y positivismo jurídico adoptamos el conocido criterio de las fuentes sociales del derecho [21], entonces podemos distinguir al menos tres teorías: el derecho natural (el derecho se encuentra en la naturaleza o en la razón humana); el positivismo estándar (el derecho es efecto de actos humanos intencionales); el evolucionismo (el derecho es efecto de actos intencionales individuales y de actividades o agregaciones de efectos no intencionales de actos intencionales). Sin embargo, el evolucionismo está más cerca de la tradición positivista, por al menos cinco (o seis) razones. La *primera* es la adopción del principio de la *Wertfreiheit*, la actitud avalorativa frente al derecho o positivismo metodológico: actitud respetada, en verdad, más por los biólogos que por los positivistas teóricos de los siglos pasados.

La *segunda* razón es la superación del paradigma científico empirista o neoempirista que suponía el positivismo teórico: un paradigma superado no sólo por las ciencias de la vida, más cercanas al derecho que la física, sino también por la propia física cuántica [22]. La *tercera* razón es el individualismo metodológico o método compositivo de los austríacos, que no es otra cosa que un análisis aplicado a hechos y no a palabras; se trata precisamente de analizar fenómenos complejos como el lenguaje, el mercado, el derecho, descomponiéndolos en sus elementos simples, básicamente los actos humanos individuales. La *cuarta* razón es el propio subjetivismo: un subjetivismo cognitivo y normativo que logra explicar sin embargo el aspecto objetivo de actividades como la evaluación y la interpretación.

---

[16] H. M. HART y A. M. SACKS, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and the Application of Law* (1958), Westbury (N. Y.), Foundation Press, 1994.

[17] M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2012.

[18] V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2012, 11.

[19] F. VIOLA, *Natural Law in Twenty Century*, en prensa para E. PATTARO y C. ROVERSI (eds.), *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World*, Springer, Berlin and Heidelberg, 2013.

[20] C. S. NINO, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

[21] J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford U. P., 1979.

[22] R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva «quantistica»*, Milano, Angeli, 2013.

La razón principal, sin embargo, me parece la *quinta*: el evolucionismo cultural especifica la idea genérica de que las instituciones humanas son hechas por los hombres, proporcionando una teoría realista del derecho precisamente en el sentido del realismo jurídico: una teoría del derecho vigente o efectivo, concebido como efecto objetivo de agregación de aplicaciones e interpretaciones subjetivas[23]. Y quizá hay una *sexta* razón; desde el punto de vista evolucionista es posible explicar la idea del derecho natural superando la falacia —compartida en realidad por el positivismo estándar— de confundir derecho no intencional con derecho natural y derechos humanos con derechos naturales[24], como vamos a ver en el segundo apartado.

Para resumir el primer apartado. Si se admite un terreno intermedio entre lo natural y lo artificial, entonces valores, normas e instituciones pueden ser concebidos como productos intersubjetivos de actos humanos subjetivos: hechos positivos producidos por seres humanos, aunque no *uti singuli*, por actos individuales, sino *uti universi*, por agregaciones de estos actos. Esta perspectiva evolucionista, por un lado, es más específica que el positivismo estándar, y por otro puede verse como una extensión del mismo desde los efectos intencionales a los efectos no intencionales de los actos (legislativos, interpretativos y aplicativos). En todo caso, se trata de una extensión suficientemente amplia como para explicar el núcleo de sentido común al objetivismo ético y al derecho natural, y en particular la idea, incorporada en el lenguaje de los derechos humanos, de que éstos no son creados por el legislador.

2. SIETE HIPÓTESIS SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

Entre otras razones de superioridad sobre el positivismo estándar, el evolucionismo tiene también la siguiente: proporcionar una mejor explicación del origen y de la evolución de los derechos humanos. Es verdad, como subrayan los positivistas, que la existencia de los derechos no depende de la estructura del mundo o de la razón humana sino de normas; pero ni siquiera depende, y aquí tienen razón los iusnaturalistas, de una creación *ex nihilo* de disposiciones por parte de legisladores ordinarios o constitucionales. Los derechos, aunque no sean normas, como a veces se dice, son *norm-dependent*: se trata precisamente de situaciones de ventaja atribuidas por normas a individuos o grupos[25]. En este apartado voy a proponer algunas hipótesis sobre el origen y la evolución de los derechos, reformulándolas en el léxico evolucionista.

1. El concepto de derecho**s** subjetivo**s** es occidental y moderno. Occidental: «derechos» presenta dificultades de traducción en todas las lenguas extra-occidentales. Moderno: no se encuentran en el *Corpus Iuris*, fuente casi exclusiva de nuestro conocimiento del derecho romano, distinciones entre usos de *«ius»* en sentido respectivamente objetivo y subjetivo: al contrario, *«iura»,* en el plural, significa fragmentos

[23] M. Barberis, «Interpretación-acto e interpretación-actividad. Nueves extensiones de la teoría genovesa», en prensa para *Revista brasileira de filosofía*, 2013.

[24] *Cfr.*, p. ej., M. N. Rothbard, *L'etica della libertà*, trad. it. de *The Ethics of Liberty* (1982), Macerata, Liberilibri, 1996, 35-39.

[25] T. Mazzarese, «Diritti fondamentali», en U. Pomarici, *Atlante di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2013, vol. I, 179-217; G. Pino, «Diritti soggettivi», en G. Pino, A. Schiavello y V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 220-255.

de derecho jurisprudencial objetivo. Es verdad que los filósofos griegos y los juristas romanos hablan de situaciones de ventajas nominadas que modernamente se llamarían derechos, pero no tienen precisamente nuestro concepto general de derecho subjetivo para clasificarlas: además, ellos hablan del derecho de ser castigado, mostrando claramente que *no* usan *«ius»* en nuestro sentido de situación de ventaja [26].

2. Si es verdad lo que se acaba de decir, hay espacio aquí para una explicación fundamental de los derechos en el sentido de NOZICK (*cfr.* 2.3). Antes de proporcionar esta explicación, sin embargo, cabe distinguir entre el término «derechos», el concepto de derechos y las cosas-derechos. Términos como *«iura»* y *«rights»* han empezado a ser usados desde la Edad Media, en expresiones que hoy parecen redundantes porque en realidad eran sólo hendíadis (dos palabras para una cosa) como *«iura et libertates»* y *«rights and liberties»,* para reivindicar ventajas consuetudinarias de individuos y grupos. Llamo concepto el sentido de un término, fijado por usos lingüísticos (actos de habla) y registrado por definiciones como las que empiezan a encontrarse desde la Edad media en textos de romanistas y canonistas [27]. Las cosas-derechos no son otra cosa que ventajas aseguradas por normas; en concreto, hay tres tipos de ventajas: micro-derechos, macro-derechos y derechos-razones.

3. Hay situaciones favorables simples (micro-derechos), complejas, (macro-derechos), y meramente argumentativas (derechos-razones) [28]. Los *micro-derechos* son los *rights* de W. HOHFELD: situaciones de ventaja (derechos) correlativas a situaciones de desventaja de otros (deberes) producidas por normas; según una versión de la distinción reglas/principios —versión débil, pero que pretende capturar el núcleo de muchas distinciones fuertes propuestas— los micro-derechos son atribuidos por *reglas*, normas que dictan directamente la conducta, **y no** por *principios*, normas que orientan la conducta solo indirectamente, por medio de reglas. En general, los derechos en sentido estricto (*claims*) y las libertades son atribuidos por reglas, mientras que los poderes y las inmunidades son atribuidos por reglas técnicas y principios constitutivos (*cfr.* 3.2).

Los *macro-derechos* son conjuntos de micro-derechos establecidos por reglas, reglas técnicas y principios constitutivos: instituciones privadas como la propiedad, o públicas como el voto activo y pasivo. Los *derechos-razones*, y en particular los derechos humanos, son situaciones de ventaja meramente argumentativas, atribuidas por *principios* regulativos o directivos, para adoptar la terminología de L. FERRAJOLI (pero solo la terminología). El mismo FERRAJOLI, en efecto, ha criticado la distinción reglas/principios porque debilitaría la normatividad de la constitución [29]; pero si esta normatividad no fuese débil en sí, no se explicarían las instituciones orientadas a fortalecerla, como la rigidez de la constitución y la justicia constitucional. Por lo demás, la tarea de las distinciones teóricas no es fortalecer algo sino decir si algo es fuerte o débil, incluso a fin de buscar medios para fortalecerlo.

4. Una explicación fundamental del origen de los micro y macro-derechos podría ser proporcionada por el famoso ejemplo de la formación de la propiedad en el

---

[26] M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme* (1983), Paris, Puf, 2009.

[27] B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali*, trad. it. de *The Idea of Natural Rights* (1997), Bologna, Il Mulino, 2002.

[28] M. BARBERIS, *Ética para juristas*, Madrid, Trotta, 2008, cap. I.

[29] L. FERRAJOLI, «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *Doxa*, 2011, 15-53.

Treatise of Human Nature de HUME: ejemplo que es el punto de partida implícito o explícito de toda la literatura sobre los *property rights* de la *Law and Economics* norteamericana [30]. De hecho sería fácil mostrar que el pasaje de HUME sobre el origen de la propiedad a partir —no de actos intencionales (contratos, promesas), sino— de convenciones establecidas no intencionalmente por actividades [31], es tan importante como el aún más famoso pasaje *Is/Ought*; de hecho, aquí se anticipan no sólo teorías económicas de la propiedad como la de H. DEMSETZ [32], sino, tal como decía, la propia teoría de la evolución de DARWIN.

Aquí voy a proporcionar otra explicación, menos conocida e inspirada por los austríacos: la teoría de la pretensión (*claim*) de LEONI. En los ensayos de los años sesenta del siglo pasado, hoy publicados bajo el título *El derecho como pretensión*, LEONI razona a partir de la analogía entre formación de las normas y formación de los precios; ambos nacerían del encuentro de actos subjetivos: respectivamente, pretensiones individuales y evaluaciones subjetivas. Como siempre en el evolucionismo austríaco, los actos subjetivos generan instituciones intersubjetivas como las normas y los precios; el rasgo más relevante de las normas así producidas, al menos según el *libertarian* LEONI, sería el de ser ajenas a la intervención del legislador.

En la conclusión de LEONI (1964), en efecto, se encuentra una de las pocas referencias a los derechos humanos que hallamos en toda su obra [33]. La única lección todavía válida de la vieja doctrina iusnaturalista de los derechos humanos sería que éstos están substraídos al poder del legislador; los derechos no nacen de los códigos o declaraciones modernas, sino de los conflictos típicos del mundo medieval [34]: a partir de reivindicaciones de libertades y privilegios consuetudinarios por parte de corporaciones, ciudades, órdenes religiosas... El rasgo polémico de estas declaraciones, como lo dirá JELLINEK (2002), se encuentra sedimentado en textos como la *Magna Charta* (1215) o, desde el título, la *Petition of Rights* (1628): el estrato más antiguo de la sedimentación histórica que es el constitucionalismo de los derechos.

5. Aquí hay que avanzar la aclaración más importante sobre la relación entre evolución y derechos humanos. Hasta hoy, el evolucionismo jurídico ha sido tal vez un estudio, y muchas veces una exaltación, de los rasgos «espontáneos» del derecho: la costumbre, el *common law*, el *soft law*. Esto no es sólo una limitación innecesaria del enfoque evolucionista: es un error. Si admitimos que el objeto de la metodología austríaca son los efectos no intencionales, pero los efectos de la acción humana *intencional*, entonces esta misma metodología puede ser aplicada a *todo* el derecho, sin demasiadas diferencias entre derecho «espontáneo» y derecho «proyectado», y hasta a los derechos humanos. Lejos de ser una abstracción iusnaturalista o iusracionalista, éstos pueden ser la confirmación definitiva de la aplicabilidad general de la metodología evolucionista.

---

[30] Sobre la cual, *cfr.* al menos P. CHIASSONI, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1992.

[31] D. HUME, *A Treatise of Human Nature* (1740), Oxford, Clarendon, 1965.

[32] *Cfr.* J. E. KRIER, *Evolutionary Theory and the Origin of Property Rights*, 2009, *http://law.bepress.com/umichlwps-olin/art98*.

[33] B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, a cura di A. MASALA, Macerata, Liberilibri, 2004, 136-137.

[34] *Cfr.* todavia B. TIERNEY, *L'idea dei diritti naturali*, cit. *in fine*.

No sólo la legislación, derecho intencional y proyectado por definición, sino hasta las declaraciones de estas pretendidas verdades éticas auto-evidentes que serían los derechos humanos, tienen al menos cinco rasgos no intencionales, todos explícita o implícitamente subrayados en mi libro *Europa del diritto* (2008): 1) la imitación, esta sí casi espontánea, de formulaciones anteriores por constituyentes sucesivos; 2) la migración de las formulaciones de una cultura jurídica a otra; 3) la proliferación por generaciones de los derechos, hasta la entropía actual [35]; 4) la interpretación de los textos, es decir, la atribución de sentidos siempre nuevos y en todo caso no previsibles por los autores; por último, 5) la propia posibilidad de considerar los derechos humanos como una adquisición evolutiva de la especie humana [36] (2.7 *in fine*).

En particular, creo que he mostrado allí —aunque sin distinguir entre derechos y derechos humanos— que una historia de los derechos en Occidente ha seguido hasta hoy al menos tres regularidades (no leyes, sino generalizaciones empíricas). La primera es la *continuidad y la transnacionalidad*: los derechos humanos han pasado, sin solución de continuidad, desde la garantía asegurada por los jueces ingleses hasta la Carta comunitaria de Niza, la última, por ahora, de las declaraciones de derechos humanos. La segunda es *el giro a la izquierda*: los derechos humanos han migrado desde Inglaterra a los Estados Unidos hasta el regreso en la Francia revolucionaria y a los derechos públicos subjetivos alemanes. La tercera es el *retraso causado por la anticipación*: los países que han llegado temprano al proceso se convierten en los más conservadores.

6. Como consecuencia de un enfoque monista **y** no pluralista (*cfr.* 3.1) sobre los valores, siempre se ha ido a la búsqueda de un derecho arquetípico, desde el cual se desarrollarían todos los demás: y al menos desde JELLINEK [37], se cree que este derecho es la libertad de religión, en particular de conciencia. Desde un punto de vista pluralista y evolucionista, asumo que esa indagación no tiene otro sentido que mitológico o ideológico: en particular, creo que la propia libertad de religión es sólo la abstracción de pretensiones mucho más concretas y antiguas, como la reclamación de la *libertas ecclesiae* en el *incipit* de la *Magna Charta*. Sin embargo, si decidimos jugar al juego de la búsqueda del primer derecho humano, creo que hay un candidato mejor que la libertad religiosa al papel de derecho arquetípico: la *property* de J. LOCKE.

No se creerá, espero, que esta sea una elección ideológica: el *old tory* HUME me ha enseñado que la propiedad privada es sólo una convención social conectada a situaciones de escasez de bienes; el *new whig* FERRAJOLI, a su vez, me ha convencido igualmente de que se trata de un conjunto de poderes más bien que de derechos en sentido estricto. Pero creo también que el *dominium* romano ha sido una de las instituciones arquetípicas de la llamada tradición jurídica occidental [38], y que la concepción de la *property* de LOCKE —en su triple sentido de derecho a la vida, a la libertad y a la

[35] R. BIN, *Nuovi diritti, vecchie questioni*, en prensa.

[36] M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità della cultura giuridica europea*, Bologna, Il Mulino, 2008 (la segunda parte).

[37] G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1895), trad. it. de *Die Erklärung der Menschrn- imd Bürgergerrechte*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 37-46.

[38] H. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. La formazione della tradizione giuridica occidentale*, trad. it. de *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (1983), Bologna, il Mulino, 1998; H. P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, trad. it. de *Legal Traditions in the World* (2000, 2010), Bologna, Il Mulino, 2011.

propiedad de bienes [39]— ha sido una de las fuentes de la llamada primera generación de derechos humanos, los derechos de libertad.

7. Como consecuencia de todo esto, desde los derechos subjetivos consuetudinarios originariamente protegidos por los jueces ingleses hasta la dignidad humana declarada por el *new constitutionalism* [40] después de Auschwitz, pasando por las llamadas generaciones de derechos de libertad, políticos y sociales, se ha ido sedimentando un discurso de los derechos humanos que tiene algunos caracteres profundamente distorsionados por las dos tradiciones principales de la filosofía del derecho. La tradición iusnaturalista, o mejor dicho jusracionalista, fuente originaria de la doctrina de los derechos humanos, cree que éstos son rasgos inherentes a la naturaleza o a la razón humana, explicando así la naturaleza declarativa del acto de habla con lo cual se formulan [41]: aunque los especialistas de *legal drafting* nos enseñen que el indicativo es la manera más fuerte de prescribir.

Los positivistas, como mi amigo TROPER mencionado al principio, aún creen que se puedan crear derechos simplemente formulando normas, como si éstas fuesen *self-executing*, o, un poco mejor, multiplicando las garantías y las garantías de las garantías, como bajo el noble sueño garantista de otro amigo, FERRAJOLI. La verdad la decía el jardinero inglés citado en una ocasión por HAYEK; a la pregunta sobre la mejor manera de tener jardines verdes y florecientes, el jardinero respondía así: es fácil, simplemente se planta la hierba y después se la riega por doscientos o trescientos años. Dicho de otra manera, los derechos humanos no son naturales; para convertirse en adquisiciones evolutivas de la especie deben volverse una segunda naturaleza, por medio de la acción, tanto cooperativa como conflictual, de muchas generaciones de hombres.

3. METAÉTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El rasgo no evolutivo sino evolucionista más importante de los derechos humanos es la interpretación, ordinaria y constitucional: la actividad de atribuir sentidos en los cuales los autores de los textos nunca habían pensado. Como los positivistas jurídicos, creo que la función de las declaraciones de derechos del *new constitutionalism* ha sido convertir los valores morales en disposiciones jurídicas, a fin de interpretarlas y aplicarlas jurídicamente: y no, al revés, permitir una *moral lecture* de la constitución. La única certeza, sin embargo, es que para analizar la interpretación constitucional de los derechos humanos sirven algunas herramientas de corte no sólo evolucionista sino también pluralista y especificacionista; los derechos humanos, en particular, deben ser considerados, a la vez, como valores, como principios y como reglas.

1. En lo que se refiere a los derechos naturales como *valores*, creo que el enfoque evolucionista pueda servir para disolver muchos misterios de la metaética del siglo XX, volviendo a una consideración de los valores más próxima a los orígenes económicos del concepto. Por «valor», aquí, no entiendo nada más que el efecto de agregación

[39] J. LOCKE, *Trattato sul governo*, trad. it. de *Two Treatises of Government* (1690), Roma, Editori Riuniti, 2006, § 2.5.

[40] *Cfr.* todavía M. BARBERIS, *Stato costituzionale*, cit.

[41] *Cfr.* todavía M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, cit.

de actos de evaluación individuales: actos subjetivos que determinan criterios de evaluación intersubjetivos, como en el modelo austríaco de la formación de los precios. Este modelo económico es mucho más fino y complejo de que lo se puede presentar aquí[42]; considerado no filológicamente, desde el punto de vista económico, sino filosóficamente, desde el punto de vista metaético de sus consecuencias morales, políticas y jurídicas, la metodología austríaca tiene tres rasgos principales.

El primer rasgo, como se decía, es el *subjetivismo*, común a todas las concepciones económicas del valor: éste es entendido no como una calidad objetiva de los bienes sino como una calidad atribuida a estos por los sujetos *uti singuli* (el valor de uso) y *uti universi* (el valor de cambio). El *segundo* rasgo, distintivo de los austríacos, es la primacía del conocimiento sobre la evaluación: el valor depende de las preferencias subjetivas (*subjetivismo de las preferencias*) pero éstas dependen a su vez de las creencias subjetivas (*subjetivismo de las creencias*). El *tercer* rasgo, distintivo de HAYEK, es la dispersión del conocimiento entre los sujetos, dispersión que no pueden remediar planificadores centrales que nunca poseen las informaciones suficientes, que sólo lo podría el mercado, como mecanismo intersubjetivo de transmisión de las informaciones por medio de los precios[43].

Sin embargo, este modelo económico evolucionista sólo puede ayudar a explicar la formación, la evolución y hasta la interpretación de los derechos humanos admitiendo desde el inicio que éstos difieren de los precios y de los valores éticos porque dependen sólo indirectamente de preferencias y creencias individuales y dependen directamente de normas institucionalizadas, es decir producidas y aplicadas por instituciones. Del mismo modo que los derechos en general deben su existencia a su aplicación por los jueces de *common law* y después a su reconocimiento por el parlamento inglés, así los derechos humanos no habrían existido —al menos no como derechos *jurídicos*, sino sólo como derechos *morales*— sin una larga serie de declaraciones nacionales y supranacionales, y por su implementación por instituciones estatales y supraestatales[44].

Para la formación y la evolución de los derechos humanos, atribuidos a todos los hombres como tales, han sido necesarios documentos: textos originariamente sólo políticos y morales, como las *Declaraciones universales* desde la francesa de 1789 a la de la ONU de 1948 o, desde 1945 —fecha de inicio del desarrollo del *new constitutionalism*— también jurídicos, como la Convención europea de los derechos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (1950) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000). Se trata de documentos jurídicos en la medida en que se interpretan o aplican por jueces constitucionales, europeos, internacionales e incluso ordinarios; este era ya el criterio de hecho adoptado por John Austin cuando negaba la juridicidad del derecho internacional, hasta entonces nunca aplicado por los jueces.

---

[42] *Cfr.* al menos F. WIESER, «The Austrian School and the Theory of Value», en *The Economic Journal*, 1891, 1, y E. BOHM-BAWERK, «The Ultimate Standard of Value», *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 1894-1895, 5, 149-208.

[43] V. J. VANBERG, «Austrian Economics, Evolutionary Psychology and Methodological Dualism: Subjectivism Reconsidered», 2004, en *hdl.handle.net/10419/4336*.

[44] Th. BUERGHENTHAL, «The Evolving International Human Rights Systems», *American Journal of International Law*, 2006, 100, 783-807.

En la misma medida, la discusión política y moral sobre los derechos humanos se ha convertido en interpretación constitucional: expresión que indica no tanto la atribución de sentido a textos constitucionales, en sí no demasiado diferente de la interpretación de la ley, sino el conjunto de argumentos típicos de los jueces constitucionales, y las técnicas utilizadas también por los legisladores como la especificación, la ponderación y el control de proporcionalidad (*cfr.* 3.3). A la antigua disputa entre objetivistas y subjetivistas metaéticos se superpone la nueva disputa interpretativa entre formalistas y escépticos interpretativos: de hecho, los objetivistas éticos tienden a convertirse en formalistas, y los subjetivistas en escépticos. Ambas disputas creo que pueden ser relativizadas y superadas desde el enfoque austríaco: las evaluaciones e interpretaciones son sin duda subjetivas, pero producen valores y normas objetivos o al menos intersubjetivos.

Una discusión sólo en apariencia técnica, y en todo caso más relevante para la interpretación constitucional, se refiere a la distinción entre evaluaciones y normas. La idea dominante en la ética analítica desde R. HARE [45] hasta C. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN y L. FERRAJOLI, ha sido que las evaluaciones son o implican prescripciones. Con Carlos Nino creo, por el contrario, que juicios de valor y normas tienen sentidos diferentes [46]; las evaluaciones abstractas implican evaluaciones concretas, pero no normas: hay aquí una *barrier to implication* [47]. Lo mismo ocurre cuando las evaluaciones políticas y morales en términos de derechos humanos son formuladas en textos jurídicos como las declaraciones del *new constitutionalism*; aquí las evaluaciones se convierten en normas que, sin embargo, no son ni implican prescripciones: los principios.

2. En cuanto a los derechos humanos como *principios*, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO [48], y también el último FERRAJOLI [49], hablan de su carácter «bifronte», evaluativo y normativo, y G. SARTOR de «normas de valor» [50]. Yo creo que las mismas formulaciones —como «la vida es sagrada», «la libertad es inviolable», «los ciudadanos tienen un derecho al trabajo»— 1) pueden expresar dos tipos de principios diferentes, que con FERRAJOLI llamo regulativos y directivos; 2) que ambos tipos son normas pero, como las evaluaciones, no *implican* reglas (desde «la vida es sagrada» se puede deducir otro juicio de valor, como «la vida de Caín es sagrada», pero no, sin especificaciones ulteriores, la regla abstracta «no matar» ni la regla concreta «no matar a Caín»); 3) que ambos tienen consecuencias diferentes en diversos contextos institucionales, y a menudo se trata de evaluaciones casi sin consecuencias jurídicas en las constituciones flexibles del llamado Estado legislativo, y de normas de principio, con una normatividad menor que las reglas, en las constituciones rígidas del llamado Estado constitucional.

---

[45] R. M. HARE, *Il linguaggio della morale*, trad. it. de *The Language of Morals* (1952), Roma, Astrolabio, 1968.

[46] C. S. NINO, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, 116-117.

[47] *Cfr.* G. RESTALL y G. RUSSEL, *Barriers to Implication*, 2012, *http//consequently.org/papers/barriers.pdf* (ensayo señalado por A. SARDO).

[48] M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, 123-142.

[49] *Cfr.* L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, Il Mulino, 2013.

[50] G. SARTOR, «La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche», *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 342 ss.

Hay al menos tres tipos de principios; todos ellos se dirigen sólo indirectamente a los ciudadanos y directamente al legislador, orientando más o menos su discreción. Los principios *regulativos* declaran derechos humanos que deben ser respetados por medios jurídicos, como los derechos a la dignidad, a la vida, a la libertad, y muchos de los derechos llamados equívocamente sociales, como el derecho a la salud; no hay diferencias jurídicas sino sólo históricas y políticas entre estos derechos y los llamados derechos de libertad o políticos: todos atribuyen derechos individuales que pueden ser garantizados judicialmente. Sin embargo, la misma disposición en materia de salud puede expresar, conjuntamente o por separado, un principio **regulativo** que garantiza un derecho individual, o un principio directivo que promueve un interés colectivo.

Los principios *directivos* (*policies*, *Optimierungsgebote*) se formulan en términos de derechos pero no garantizan verdaderos derechos individuales, en relación con los cuales se pueda actuar judicialmente, sino que fijan intereses colectivos promovidos sólo políticamente, eligiendo los medios para conseguirlos. Mientras la discreción del legislador para garantizar los principios regulativos es débil, y el control de constitucionalidad fuerte, aquí sucede al revés, la discreción para promover los principios programáticos es fuerte, y el control de constitucionalidad débil: la elección del medio por la mayoría parlamentaria no podría ser controlada judicialmente sin vaciar la propia democracia. El llamado derecho al trabajo, es decir el interés colectivo al pleno empleo, sin duda no puede ser considerado un sinsentido, como piensan HAYEK y sus seguidores, sino como un objetivo que el legislador —las diferentes mayorías parlamentarias— pueden perseguir eligiendo medios tan diferentes como la intervención estatal o el mercado.

Los principios *constitutivos*, como el que establece el carácter republicano o monárquico del Estado, son conjuntos de reglas técnicas y de normas constitutivas, e instituyen poderes públicos (como el voto) y privados (como la propiedad) que pueden, a su vez, ser calificados como derechos humanos, pero son básicamente poderes. Si no me equivoco, todos los principios, regulativos, directivos y constitutivos, comparten sólo dos características. En primer lugar, todos son meta-normas, es decir normas que orientan la producción o el contenido de otras normas: los principios regulativos fijan los valores que las leyes deben respetar, los principios directivos los objetivos que las leyes deben perseguir, los principios constitutivos los poderes que producen las otras normas. En segundo lugar, precisamente como sucede con los valores cuya formulación comparten, los principios no implican sino justifican reglas.

3. En cuanto a las *reglas*, éstas siguen siendo el verdadero núcleo del derecho; para aplicarse a la conducta, los principios deben convertirse en reglas, y los derechos-razones como los propios derechos humanos deben convertirse en micro— y macro-derechos. El rasgo genéricamente evolutivo de este proceso está capturado por teorías tan diferentes como la nomodinámica de H. KELSEN, el *Legal process*, la teoría de la justicia de J. RAWLS y todas las teorías no formalistas de la interpretación, que se llamen dinámicas, como la de W. ESKRIDGE[51] o pragmáticas, como la de VILLA. El rasgo específicamente evolucionista del mismo proceso, en cambio, ha sido esquematizado

[51] W. N. Jr. ESKRIDGE, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge (Mass.), Harvard U. P., 1994.

por N. LUHMANN en los términos darwinianos de mutación (legislación), selección (aplicación por los jueces), retención (interpretación por la doctrina) [52].

Para adaptar este modelo, en sí adecuado sólo al Estado legislativo, al Estado constitucional se debe añadir un cuarto nivel: precisamente el nivel constitucional de los derechos humanos, como valores éticos seleccionados por la evolución cultural e institucionalizados por las declaraciones de derechos. La llamada interpretación constitucional, desde este punto de vista, puede considerarse el proceso por el cual los derechos humanos, que en sí serían sólo derechos-razones formulados por principios genéricos, se convierten en micro- y macro-derechos garantizados por reglas. Las argumentaciones más utilizadas por todos los participantes en el proceso son la especificación, la ponderación y el control de proporcionalidad: técnicas con referencia a las cuales la metodología evolucionista debe ser integrada por las metaéticas especificacionistas y pluralistas.

Llamo *especificación*, adoptando el léxico del especificacionismo metaético [53], al razonamiento que extrae reglas específicas a partir de principios genéricos: un razonamiento no deductivo, como lo es en cambio la concretización de reglas concretas a partir de reglas abstractas. Los constituyentes pueden compartir un acuerdo no teorizado [54] acerca del *concepto* de la vida, a pesar de sus diferentes *concepciones* [55], y adoptar el principio genérico «la vida es sagrada» aunque no estén de acuerdo acerca de sus aplicaciones a casos como el aborto, el suicidio asistido, la legítima defensa, el estado de necesidad, la pena de muerte, el homicidio del enemigo en la guerra... En todas estas aplicaciones, en efecto, el valor-principio de la vida choca con otros valores-principios relevantes (salud, dignidad, defensa de la patria...).

La proliferación de derechos humanos desde la *property* de LOCKE hasta los derechos de cuarta o quinta generación produce inevitablemente conflictos; como subraya el llamado pluralismo de los valores [56], estos conflictos no son una condición patológica, sino fisiológica de los valores, aunque la misma evolución pueda producir jerarquías parciales y relativamente estables entre ellos. Para especificar principios, en todo caso, puede ser necesario solucionar conflictos intra-principios (p. ej., entre la vida de quien mata y la de quien es muerto por defensa legítima) o inter-principios (p. ej., entre la vida del feto y la salud de la mujer): y la única manera de no ocultar estos conflictos es la *ponderación*. Esta puede ser representada, *à la* R. GUASTINI, como una preferencia por un valor-principio-derecho en lugar de otro, pero lo es mejor como una conciliación entre valores-principios-derechos relevantes.

Creo que esta segunda representación, aunque compatible con la primera, es mejor por al menos tres razones. La *primera* es que explica la propia denominación de ponderación, que supone la relevancia de ambos valores en juego, y no sólo del valor

---

[52] N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, trad. it. de *Ausdifferenzierung des Rechts* (1981), Bologna, Il Mulino, 1981, 35-60.

[53] *Cfr.* R. SCHAFER-LANDAU, «Specifying Absolute Rights», *Arizona Law Review*, 1995, 37, 209-225, y C. LUZZATI, *Prìncipi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2012.

[54] C. SUNSTEIN, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, Oxford U. P., 2001, 49-66.

[55] R. DWORKIN, *La giustizia in toga*, trad. it. de *Justice in Robes* (2006), Roma-Bari, Laterza, 2010, 15, 153-203.

[56] I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, trad. it. de *Two Concepts of Liberty* (1958), Milano, Feltrinelli, 2000, 71-77.

que prevalece al final. La *segunda* razón es que permite explicitar todas las reglas que solucionan el conflicto y no sólo una: en el caso del aborto, por ejemplo, no sólo la regla que permite el aborto dentro de los tres meses a partir de la concepción, sino también la otra que lo prohíbe después de ese término [57]. La *tercera* y quizá más importante razón es precisamente representar la ponderación en términos económicos y razonables, como lo hace en principio R. ALEXY [58], y no como un conjunto de decisiones subjetivas e irracionales.

Esta representación de la ponderación como conciliación permite considerar conmensurables valores que de otra manera serían inconmensurables, como dirían los pluralistas, o no negociables, como diría la Iglesia. C. SCHMITT cree criticar la ponderación diciendo que hace conmensurable lo inconmensurable [59], pero esta es precisamente su virtud: asignar valores cuantitativos, incluso ficticios, a los derechos en conflicto es la única manera de ponderar costes y beneficios bajo criterios como el llamado principio de *proporcionalidad*. Este criterio, seguido por el Tribunal constitucional alemán desde el fallo *Luth* (1958), permite sacrificar un derecho humano a otro sólo si este sacrificio es necesario, adecuado y proporcional: que me parece una técnica razonable de solución de los conflictos, siempre que no pretenda reducir los derechos humanos a valores económicos, o la interpretación constitucional a la búsqueda de una sola solución.

Dejando de lado las viejas concepciones iusnaturalistas y positivistas estándar, este ensayo ha propuesto adoptar una concepción positivista refinada que puede calificarse de evolucionista, especificacionista y pluralista. Evolucionista: los derechos humanos, como todos los valores, son agregaciones de evaluaciones subjetivas, que pueden ser institucionalizadas jurídicamente y objetivamente por las constituciones. Especificacionista: los derechos humanos son declarados por principios genéricos que admiten especificaciones diferentes. Pluralista: los derechos humanos son valores plurales y siempre virtualmente conflictivos, y para solucionar el conflicto necesitan técnicas como la ponderación y el juicio de proporcionalidad. Estas concepciones son realistas y no optimistas, pero precisamente por esta razón no debilitan sino fortalecen la lucha para convertir los derechos en adquisiciones evolutivas de la especie humana.

[57] *Cfr.* J. J. MORESO, «Conflictos entre principios constitucionales», en M. CARBONELL (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, 99-121, y D. MENDONÇA, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de los derechos,* Madrid, Tecnos, 2003.

[58] R. ALEXY, «Constitutional Rights, Balancing and Rationality», *Ratio Juris,* 2003, 16, 131-140.

[59] K. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, trad. it. de *Die Tyrannie der Werte* (1959), Milano, Adelphi, 2008.

LA NECESIDAD DEL DERECHO BAJO EL PRESUPUESTO DEL IMPERATIVO CATEGÓRICO DE LA MORALIDAD *

Hans Friedrich Fulda

Universidad de Heidelberg

RESUMEN. En este texto, el Prof. FULDA analiza la compleja relación entre el imperativo categórico de la moralidad como principio supremo de la doctrina de la moral en su conjunto y la fundamentación de la necesidad del derecho en KANT. En la primera parte de este artículo se demuestra cómo y por qué los kantianos han malinterpretado dicha relación. En lo que sigue, se propone una solución basada en el texto kantiano: la teoría de una ley permisiva. Su rigurosa exposición pasa por una interpretación de la tabla de las categorías de la libertad descrita en la *Crítica de la Razón Práctica* en relación con la doctrina del concepto de un objeto de la razón pura práctica, para llegar a la conclusión de la existencia de una ley permisiva formulada con carácter expreso y en virtud de la cual se explica la relación entre derecho y moral en KANT.

Palabras clave: Hans-Friedrich FULDA, crítica de la razón pura, fundamentación de la metafísica de las costumbres, razón pura práctica, razón práctica condicionada por los sentidos, motores de la razón pura práctica, metafísica de las costumbres, categorías de la libertad, imperativo categórico de la moralidad, derecho, libre arbitrio, KANT, HEGEL.

Law's Necessity under the Assumption of the Categorical Imperative of Morality

ABSTRACT. In this text, Prof. FULDA analyses the complex relation between the categorical imperative of morality as the supreme principle of the doctrine of morality as a whole, and the groundwork of the need for Law in KANT. The first part of this article shows how and why the Kantians have misinterpreted this relationship. The rest proposes a solution based upon KANT's text: the theory of a permissive law. It's rigorous exposition streams through an interpretation of the table of categories of freedom described in the *Critique of Practical Reason* related to the concept-of-an-object-of-pure-practical-reason's doctrine, to conclude upon the existence of an expressly formulated permissive law by virtue of which the relation between Law and morality is explained.

Keywords: Hans-Friedrich FULDA, critique of pure reason, groundwork of the metaphysics of morals, pure practical reason, practical reason conditioned by the senses, motors of pure practical reason, metaphysics of morals, categories of freedom, categorical imperative of morality, Law, free will, KANT, HEGEL.

* Fecha de recepción: 9 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El imperativo categórico de la moralidad es, según la «Metafísica de las Costumbres» de KANT, el «principio supremo de la doctrina de la moral» [1]. De ahí que haya de ser formulado en una «*philosophia practica universalis*» [2]. Es indudable que el imperativo categórico de la moralidad habría de ser determinado y defendido en aquélla, si no fuera porque esto ya había tenido lugar en *La Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* y en *La Crítica de la Razón Práctica*. En la *philosophia practica universalis,* de manera breve y concisa, dice KANT: «Obra según una máxima que, al mismo tiempo, pueda tener validez como ley universal» (*op. cit.*). Como principio supremo tanto de una doctrina del derecho, como de la virtud, tiene el imperativo categórico de la moralidad carácter obligatorio no sólo para todas las personas (223, 3) que se encuentran bajo la autonomía moral —por tanto, interna y ética— sino también para cada uno de aquellos que, en la vida en común con otros, se encuentran además sujetos a una legislación externa. Esto es, en la medida en que sus acciones externas, como conformes a una norma jurídica, no sólo son percibidas objetivamente, sino que, además, se hacen obligatorias por medio de un motor de la razón pura práctica. Dicho motor «engarza» la razón objetiva (existente en la norma), la cual es determinante para la acción, «subjetivamente con la percepción de la norma» (218, 2). El mencionado principio habrá de ser por lo tanto, para la doctrina de la legislación jurídica, como mínimo, relevante. Es aquél para ésta incluso tan fundamental, como para las leyes de la ética. En ningún caso, puede legislación alguna —ni, por supuesto, tampoco la externa— acarrear pretensiones que sean incompatibles con exigencias del principio supremo de la doctrina de la moral.

Las exigencias prácticas procedentes del imperativo categórico de la moralidad son, en su totalidad, obligaciones referidas a máximas de la voluntad de una determinada índole, según las cuales se obra. La legislación jurídica, por el contrario, ni posee ni proporciona obligatoriedad alguna que prohíba cualesquiera máximas como tales, o, si acaso, imponga (otras). Aquélla sólo es vinculante para acciones externas —con indiferencia de las máximas en virtud de las cuales se lleven a cabo dichas acciones o se omitan—. Es posible, por tanto, que colisionen exigencias procedentes de la legislación jurídica (por ejemplo, jurídico-positivas) con exigencias procedentes del imperativo categórico de la moralidad. En cualquier caso, dicha colisión sólo podría tener lugar en las acciones externas mismas y no en cualesquiera máximas de las cuales estas acciones puedan derivar. Y sólo en cuanto a las acciones externas ha de ser excluida la aparición de colisiones, en la medida en que éstas sean previsibles, mediante la concordancia de la legislación jurídica con el principio supremo de la doctrina de la moral. En última instancia, la evitación de la colisión sólo puede tener lugar de tal manera que, en caso de duda, el imperativo categórico de la moralidad siempre arroje una razón vinculante (*cfr.* 224, 3) más poderosa que la legislación externa particular, en tanto que la legislación externa ha de ser, de antemano, conforme con aquel imperativo

[1] I. KANT, *Metaphysik der Sitten. Einleitung,* Teil IV, 1797, según el sistema de paginación del tomo VI de la *Akademie-Ausgabe der Kantischen Werke*, 226. (Más indicaciones acerca de la numeración de las páginas en «[...]»; «Metaphysik der Sitten», en caso necesario «MS»).

[2] Este es el título de la parte IV de la *Introducción a la Metafísica de las Costumbres.*

en lo más universal. Esto último resulta imprescindible, si no se quiere que el principio supremo de toda la doctrina de la moral haya de dejar de ser una pieza integral de una *philosophia practica universalis.* La evitación de colisiones (hasta donde resulte inequívoco —directamente, a través del imperativo categórico de la moralidad— a lo que se refiere la obligación) habría de tener lugar del siguiente modo: Una acción externa que, por ejemplo, viniera ordenada por una determinada legislación externa, y que, no obstante, llegara a ser omitida en virtud de una máxima impuesta de modo realmente ineludible, no podría ser emprendida porque, en realidad, no se encontraría bajo ninguna legislación externa, ni bajo ninguna otra legislación que no sea la presupuesta. De tal modo que, al final, habría que hacer valer, para aquella acción externa, que se ha de obedecer más a Dios que a los seres humanos [3]. Además, la previsible posibilidad de colisiones entre exigencias de la legislación interna y externa, ya ha de quedar excluida a través del contenido de leyes jurídicas, para la legislación externa que no tiene carácter jurídico-positivo, sino de derecho natural. Por el contrario, otros motores de la razón pura práctica que no sean el propio respeto a la ley, han de proporcionarle a estas leyes jurídicas una obligatoriedad propia, sin, no obstante, contrarrestar dicho respeto (lo que, sin duda, resulta especialmente difícil de establecer con seguridad).

En otros ámbitos también se plantean para el «*Ius*», como «conjunto de las normas para las cuales es posible una legislación externa» (§ A) fundamentada en el derecho natural, tareas que no pueden, sin más, ser tomadas en consideración en la misma medida. De estos cometidos han de rendir cuenta todos los «primeros principios de la metafísica» de una doctrina del derecho. Si existe derecho no sólo bajo un legislador que, por sí solo, tiene status de derecho público —de tal modo que sea derecho positivo— sino, más bien, cuando, más acá de ello y sirviéndole de fundamento, también forman parte de la naturaleza del derecho, como tal, principios vinculantes que anteceden a todo derecho positivo. Una división de la doctrina de la moral —en una doctrina del derecho y una doctrina de la virtud— ya ha de garantizar la ausencia de colisión de exigencias procedentes de principios de ambas legislaciones, a través de sus principios divisorios tanto en lo que se refiere a las normas mismas (en cuanto a su contenido), como a la específica obligatoriedad de dichas normas en cada caso. KANT, con buen motivo, estaba convencido de que hasta entonces la filosofía no se había planteado en serio esta tarea: «Todavía no se ha sabido, en modo alguno, determinar, para el *jure naturae*, su posición en la filosofía práctica a partir de principios, ni mostrar las fronteras entre aquél y la moral [...] para vislumbrar esto, hay que tratar de desarrollar los conceptos del derecho» [4]. Apenas diez años más tarde, se dice en una nota a pie de página de una clase: «los *Principia juris* han de ser muy bien diferenciados de los *Principiis ethicis*, lo cual Baumgarten no tuvo en consideración. La determinación del supremo principio-distintivo, que es en sí muy difícil, tampoco ha sido desarrollada, hasta ahora» [5].

---

[3] *Cfr.* I. KANT, «Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, Viertes Stück, 1. Anmerkung, *A. A.* VI, 154. Pero también se ha de tener en cuenta la complicación planteada en el texto citado: Que la obligación unicamente por medio del imperativo categórico de la moralidad no resulta del todo evidente mientras prevalece un «estado de naturaleza ético» ¡O que, al menos, en ese estado, dicha obligación no llega a ser indudablemente consciente! (*op. cit.*).

[4] *A. A.*, XXVII, (1321) («Naturrecht Feyerabend», 1784).

[5] *Ibid.* (539) («Metaphysik der Sitten Vigilantius», 1793).

Si el desarrollo tampoco nos ayuda a ver una específica obligatoriedad en leyes que, como tales, forman parte de la naturaleza del derecho, no puede ser exigible para aquéllas un carácter prescriptivo propio. Si, a pesar de esto, las mencionadas normas son expresadas en forma imperativa (*cfr.* § C), sólo podría verse en ello una mezcla de ley externa y legislación moral interna. En realidad y estrictamente hablando, serían de carácter no prescriptivo. Habría por lo tanto que reconocer[6] honestamente, como hace M. WILLASCHEK, que, de hecho, no tienen más que este carácter no prescriptivo. Y hay que ver en ello una genuina doctrina kantiana, si no se tiene respuesta a la pregunta de dónde ha de estar situado el origen de la legislación externa pre-positiva. Mostrar que WILLASCHEK se equivoca tanto en su planteamiento, como en los motivos, y cómo la división kantiana de la metafísica de las costumbres (en primeros principios de la doctrina del derecho y de la virtud —recíprocamente respectivos—) no sólo soluciona este problema, sino que preserva, bajo el imperativo categórico de la moralidad, el contenido tanto de normas jurídicas, como éticas —a pesar de sus distintos modos de obligar— de la colisión de exigencias resultantes de ambas sería, sin embargo, más de lo que aquí ocasionalmente puede ser emprendido.

A la suprema división de la doctrina de la moral le corresponde pues otra tarea, sin cuya resolución quedan sin sentido todas las demás tareas que han de ser resueltas a partir del principio supremo de la doctrina de la moral, además de las de la ética. Presupuesto que el imperativo categórico de la moralidad es el principio supremo de la doctrina de la moral en su conjunto: ¿Por qué existe entonces, bajo este presupuesto, derecho —más acá del derecho positivo y como su fundamentación—? Preguntado con más agudeza: ¿Existe bajo esta premisa —incluso, necesariamente— derecho? Y en el caso de que así sea: ¿Por qué para mí —que me sé situado bajo la pretensión del imperativo categórico de la moralidad, confrontado con sus exigencias, así como libre y capaz de cumplirlas— han de existir normas jurídicas, con su correspondiente legislación externa, que me obliguen no sólo a mí, sino a todos los seres racionales de la naturaleza en la misma medida —pero sólo para acciones u omisiones externas y no para determinadas máximas— cuando estos seres racionales pueden influirse unos a otros por medio de sus acciones basadas en el arbitrio? ¿Qué tipo de carácter tiene la necesidad del derecho que se manifiesta en tales ¿«Tener que»? ¿Por qué existe esta necesidad, al menos teniendo en cuenta que con KANT se considera al imperativo categórico de la moralidad principio supremo de la doctrina de la moralidad, y derecho (en el sentido de objeto de una doctrina filosófica, tal como se tematiza en el § A) al conjunto de las normas para las que es posible una legislación externa, mientras que bajo el concepto de derecho allí expuesto se entiende, en cuanto a su extensión, «el conjunto de condiciones en virtud de las cuales pueden hacerse compatibles conjuntamente el arbitrio[7] del uno con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad» (§ B)?

---

[6] *Cfr.* M. WILLASCHEK, «Which Imperatives for Right? On the Non-Prescriptive Character of Juridical Laws in Kant's Metaphysics of Morals», en *Kant's Metaphysics of Morals. Interpretative Essays*, editado por M. TIMMONS, Oxford, 2002, 87. El error fundamental de WILLASCHEK estriba en dar por supuesto que el único imperativo categórico que, según KANT, existe y puede existir es el que KANT llama imperativo categórico de la moralidad, atribuyéndole una posición prominente. Con el objeto de no fomentar este error, se utiliza en lo sucesivo, y de modo excesivamente prolijo, la complicada denominación «imperativo categórico de la moralidad», cuando se habla de aquel mandato al que otros, la mayoría de las veces, llaman «el» imperativo categórico.

[7] *[N. del T.]*: La palabra «arbitrio» es la traducción del término alemán «Willkür» (se trata de una palabra compuesta que viene de «küren», elegir, y «Wille», voluntad) que ocupa un papel esencial en la concepción

¿En qué consiste el supremo «principio-distintivo» entre los principios jurídicos y los «*principiis ethicis*», en la medida en que de ello resulta la buscada necesidad del derecho —bien sea con carácter previo, o junto a todo lo demás—? De una respuesta a estas preguntas se tratará en lo que sigue.

La respuesta, en cualquier caso, sólo podría llegar a ser exhaustiva, de tal forma que quedaran satisfechas todas las necesidades de esclarecimiento planteadas, si a las preguntas antes mencionadas se les rindiera cuenta por completo, a saber: Las preguntas acerca de todos los principios de una división de la doctrina de la moralidad; aquellas preguntas acerca de las razones por las cuales, bajo exigencias del derecho y de la virtud, no surgen colisiones, en la medida en que nuestra razón permite preverlas; y aquellas otras acerca del propio modo de obligatoriedad que tienen las normas jurídicas en su legislación, adicionalmente al que tiene el modo de obligatoriedad moral, así como acerca de las razones de aquella obligatoriedad de las normas jurídicas. En este contexto más amplio también habría que aclarar por qué por «derecho» ha de entenderse exactamente lo antes citado, que es lo que KANT expone en los §§ A y B de su «Doctrina del derecho». En lugar de pretender hacer aquí todo esto, me voy a limitar a unos pocos aspectos que han de ser tomados en consideración de modo imprescindible, para nuestra comprensión acerca de la necesidad del derecho.

La clave para esta comprensión se encuentra, como habrá de mostrarse, en un lugar completamente distinto del que hasta ahora se ha supuesto. Y es que KANT, de modo desconcertante, no dedicó ninguna respuesta explícita a las preguntas antes formuladas —y que, en realidad, él mismo planteó—, a pesar de sus conscientes observaciones programáticas acerca del lugar del *jus naturae* en la filosofía práctica, y de la necesidad de determinar un principio supremo, para la distinción de las normas éticas de las jurídicas. Ni la «Metafísica de las Costumbres», ni ninguna otra de sus obras por él mismo publicadas da *expressis verbis* una tal respuesta. Ni tampoco se encuentra respuesta alguna en sus otros manuscritos que nos han sido transmitidos. El problema estriba en que KANT no podría haber dado la respuesta en toda su extensión *coram publico*, sin poner en evidencia a muchos de sus discípulos que, hasta doce años antes de la aparición de los «Primeros Principios Metafísicos de la Doctrina del derecho», ya habían publicado tratados acerca del derecho natural, sobre la base kantiana. Con ello, probablemente habría provocado una disputa contra sus discípulos relativa al problema de los principios. Esta disputa en el ámbito de la doctrina del derecho habría encajado todavía menos con los propósitos de popularización de KANT en el ámbito de la filosofía teórica, en el que, para disgusto de KANT, estaba en el aire entre los kantianos la disputa acerca de los principios, desde que REINHOLD se atreviera en 1789 con una nueva teoría de la capacidad de representación, y FICHTE pisara los «espinosos

---

kantiana del derecho. A diferencia de la voluntad pura («reiner Wille») de cuya autonomía emergen las leyes de la libertad, resulta del todo contingente para la «Willkür» que su determinación con independencia de estímulos sensibles tenga lugar o no. La «Willkür» no está por sí misma acompasada a las normas de las leyes de la libertad, y, a diferencia de la voluntad pura, optar con arreglo a dichas normas no constituye para aquélla una necesidad interna. La «freie Willkür», esto es, el libre arbitrio, es una capacidad de hacer u omitir alguna cosa de la que somos conscientes. Y somos conscientes de que dicha acción u omisión se encuentra en el ámbito de nuestra discrecionalidad y que obramos por libertad (esto es, en virtud de aquella autonomía), cuando está ordenado y actuamos en el sentido del mandato, u omitimos, precisamente, por ausencia de tal libertad. Las opciones de libre arbitrio se refieren, a su vez, a todo lo posible de lo que tenemos consciencia, y por lo que podemos decidirnos.

senderos de la escolástica»[8]. Pero, quizás, KANT no se había preparado en detalle la respuesta a sus preguntas, porque él se sabía en posesión de una estrategia para el autoconocimiento filosófico de la razón práctica, por medio de la cual podría llegar a encontrar dicha respuesta[9]. Sea lo que fuere, las preguntas planteadas habrán de ser tratadas por medio de la interpretación. Los esfuerzos por dar una respuesta convincente van desde 1785, hasta el día de hoy. Su historia, sinuosa y muy rica en vaivenes, no puede ser contada aquí. Sólo habrán de ser discutidas y valoradas en función de sus flaquezas, y bajo puntos de vista sistemáticos, las tomas de posición que han llegado a ser las más sonadas, para no dejar que mi propósito aparezca como exageradamente prolijo. La norma para su valoración será, de acuerdo con ello y al margen de la fuerza de convicción de la cosa misma, su conformidad, o, por lo menos, su compatibilidad con las interpretaciones de KANT.

2. RESPUESTAS INSATISFACTORIAS

Todos los intentos de fundamentación jurídica que, en el marco de interpretaciones kantianas, o de doctrinas iusnaturalistas más o menos kantianizantes, habían sido emprendidos hasta ahora, y en los cuales se habían esgrimido aseveraciones contundentes con respecto a la necesidad del derecho, así como medios de prueba más o menos exigentes, se dejan clasificar *grosso modo* en: (1) intentos que tratan de alcanzar su objetivo desde el propio imperativo categórico de la moralidad, y (2) aquellos otros que, para esto (ya sea bajo la premisa de este principio, como supremo), recurren a otros principios. Los primeros asientan sus expectativas en la aplicación eficaz del imperativo categórico de la moralidad, y, a su vez, se dividen en: (1.1) intentos que argumentan directamente a partir de la fuerza obligatoria que tiene en mí, como su destinatario, el imperativo categórico de la moralidad —y esto (1.1.1), en tanto que la obligación es un mandato, o (1.1.2) en cuanto que es prohibitiva, o, no prohibitiva, pero permisiva—; por otra parte (1.2), intentos que se remiten a la fuerza que el imperativo categórico de la moralidad hace estar vigente en otros, cuya fuerza se piensa lleva aparejada consecuencias (que me otorgan derechos), de tal modo que se puede decir que estos intentos argumentaban, desde la consciencia del imperativo categórico de la moralidad, su efecto en otros, indirecta o relativamente[10]. Los intentos que, por el contrario, no apelan al imperativo categórico de la moralidad se distinguen fundamentalmente en aquellos que: (2.1), no obstante, quieren saber vigente este imperativo, como principio supremo de la doctrina de la moral, y un intento que (2.2) explícitamente descarta la aseveración de que el imperativo categórico de la moralidad sea este principio supremo. Algunos de todos estos intentos que bajo esta clasificación han de ser traídos a colación se distinguen a su vez, en otros aspectos, drásticamente unos de otros, de tal modo que se tiene dificultad para identificarlos en toda su configuración, como parte de la esbozada clasificación. Pero en la clasificación que aquí interesa im-

[8] *Cfr.* I. KANT, *A. A.*, XII, (222; *cfr.* 221).

[9] *Cfr.* I. KANT, *Critik der Praktischen Vernunft*, Riga 1788, 119 (en lo sucesivo «KpV» siguiendo el sistema de numeración de página de la citada edición).

[10] *Cfr.*, con esa división, P. J. A. FEUERBACH, «Versuch über den Begriff des Rechts», en F. T. NIETHAMMER (Hrsg.), *Philosophisches Journal*, 2 Bandes, 2. Heft, Neu-Strelitz, 1795, 140.

porta, sobre todo, cuando en el contexto de la doctrina de la razón pura práctica se debate acerca de la necesidad del derecho.

1.1.1: Todavía en el año en que aparecía la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* publicó G. HUFELAND un tratado, que se entiende a sí mismo como kantiano, sobre derecho natural [11]. Él pensaba que el principio del derecho natural tenía que poner de manifiesto el imperativo, procurando por medio del impedimento (en caso necesario, unido al uso de la fuerza coercitiva) «que la plenitud de todos los seres humanos no resulte disminuida» [12]. El imperativo debe aflorar en el camino de una conclusión inmediata a partir de una prescripción que es tenida por HUFELAND como la más universal, y que contiene la suprema norma material de la moralidad. La prescripción dice: «fomenta la plenitud de todos los seres humanos» [13]. Ésta, según HUFELAND, se adecua perfectamente a la suprema ley formal de la moralidad de KANT.

Es evidente que ambos imperativos hufelandianos son de lo más intederminado. Eso sí, de una interpretabilidad de tal envergadura, que, en su máxima interpretación, el supuestamente más general de los principios del derecho natural en ningún caso exige, en menor medida que el mandato positivo, fomentar la plenitud de todos los seres humanos. El mencionado principio tan sólo reformula este mandato en negativo: impedir el llegar a descender del máximo en plenitud. Cualquier salvapatrias, terrorista o déspota, no esperaría a que le dijeran dos veces que puede hacer valer un principio que lleva aparejada una facultad coercitiva de tal hipertrofia, si le cambian la represión que se desprende de su poder por coacción jurídica. También es obvio que la prescripción de la que se deduce el supuesto principio más general del derecho natural no es kantiana, y que la deducción no lleva a un principio más general de derecho natural en sentido kantiano. En una interpretación minimalista de la supuestamente más general de las prescripciones morales, se puede incluso refutar que exista entre esta prescripción y el mencionado principio de derecho natural la pretendida relación de una consecuencia lógica.

Las mayores incongruencias y vulneraciones de HUFELAND contra el espíritu de un derecho natural de fundamento kantiano fueron eliminadas a comienzos de los 90 por el Catedrático de derecho de Königsberg, Th. SCHMALZ [14]. SCHMALZ limita en dos pasos la esfera de todas las opciones de libre arbitrio a aquellas opciones que son objeto de regulación por el derecho natural. Primero se distinguen derecho y obligación en su sentido más amplio (como lo meramente posible, y lo necesario moralmente) [15], y las normas bajo las cuales se presentan de este modo, esto es, como permisivas y obligatorias, separadas unas de otras. A continuación (§§ 19 y ss.), se delimita el ámbito relevante, para el derecho natural, de lo así singularizado como posible y necesario. Esto se lleva a cabo limitando dicho ámbito a aquellas acciones u omisiones que, por una parte, son derechos u obligaciones externas y que se significan como tales porque,

---

[11] G. HUFELAND, *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts,* Leipzig, 1785.

[12] *Ibid.,* 226 y ss.; *cfr.*, también del mismo autor, *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften,* Jena, 1790, § 74 y ss.

[13] *Ibid., cfr.* Lehrsätze, § 72.

[14] T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg, 1791 (1.ª ed.), 1795 (2.ª ed.). Cito según la segunda edición.

[15] Esto es, lo que bajo la ley moral está ordenado en contraposición a lo que, bajo dicha ley moral, no está ni ordenado ni prohibido.

en relación a ellas, uno tiene un derecho, otro, por el contrario —y, recíprocamente— una obligación (§ 35), pero que, por otra parte, también son derechos u obligaciones perfectas, en la medida en que «nunca admiten excepción alguna, ni pueden ser neutralizados por medio de ninguna colisión» (§ 37). De este modo, el concepto del derecho natural se define, al igual que en KANT, como el conjunto de los derechos y obligaciones perfectas de carácter externo (§ 39; *cfr.* 17). La doctrina de SCHMALZ de un derecho natural puro también da un gran paso en el acercamiento a KANT, cuando pretende que la ciencia del derecho natural no puede, desde el punto de vista del método, ser otra cosa sino análisis de la libertad. Aquélla empieza, de acuerdo con esta afirmación, con una parte titulada «Metafísica de las Costumbres».

En SCHMALZ, a diferencia de HUFELAND, el principio del derecho natural aparece explícitamente delimitado por el ámbito-objeto de su concepto (como conjunto de derechos y obligaciones perfectas). SCHMALZ también fue lo bastante consecuente como para determinar que los derechos y las obligaciones externas perfectas que, según su interpretación, existen bajo el supremo principio del derecho natural, presupuesto por él, no son *eo ipso* concebibles como aparejados a un derecho al uso de la fuerza coercitiva. De este modo, sólo están unidos a través de la premisa de que otros vulneran sus obligaciones perfectas de carácter externo o amenazan vulnerarlas. Además de esto, el concepto de un derecho a la fuerza coercitiva ha de ser, antes que nada, deducido del supremo principio del derecho natural (18 y ss., § 9), para lo cual ya ha de presuponerse un concepto del derecho.

Pero, lamentablemente, SCHMALZ tampoco limita el derecho al uso de la fuerza coercitiva a las condiciones esbozadas más adelante por KANT (en §§ B y C), para las acciones que son jurídicamente correctas. Esto se debe, sobre todo, a que no tiene en cuenta la consecuencia que se deriva de una norma permisiva, para la descripción, con arreglo a ésta, de los distintos supuestos de hecho. Además, imita la forma de proceder de HUFELAND en lo que se refiere a la deducción del supremo principio de derecho natural. Para ello, sin embargo, no parte de la prescripción perfectibilística de HUFELAND, sino de la fórmula finalista del imperativo categórico de la moralidad: «trata a la humanidad, sea en ti o en otros, no como simple medio, sino siempre como fin» (§ 13). Pero él cree poder concluir, a partir de esta fórmula y a través del supremo principio del derecho natural, que el contenido conceptual del «mandato general de la naturaleza humana» considerado en la fórmula finalística se descompone doblemente. Primero, en una parte que sólo considera los fines y otra los medios. A continuación, esta segunda parte que, a su vez, se divide en una que se refiere a la humanidad en mí mismo, y otra que concierne a la humanidad en otros. Y esta última parte ha de valer, para supuestos de posibles acciones respecto de las cuales cabe pensar, sin excepción alguna, derechos y obligaciones recíprocamente distribuidos entre personas. De este modo debe deducirse el supremo principio jurídico, a partir de la fórmula finalística del imperativo categórico de la moralidad, trivialmente, pero exclusivamente referido a derechos y obligaciones perfectas de carácter externo, y decir: «Nunca trates a la humanidad en los demás como simple medio» (§ 39). Con ello quiere SCHMALZ rendir cuenta de la convicción de que el derecho nunca puede ordenar fines.

La manera de seguir el citado principio sin tratar a los demás (aquellos sobre cuyo arbitrio el uso del propio ejerce una influencia), al mismo tiempo, como fines —algo

que, por tanto, forma parte de la específica materia de una obligación ética— es un secreto de SCHMALZ. ¿Consiste quizás el secreto en que los demás no puedan ser simples medios, para mis propios fines egoístas, pero que en el marco del derecho natural sí puedan ser, para mí, nada, de tal manera que cumplo con el presunto principio, si no me ocupo de las consecuencias que mi acción tiene para los demás, esto es, si no contemplo estas consecuencias en ningún momento, por las ventajas que puedan tener para mí? En ese caso no trato a la humanidad en otros como simple medio. Pero incluso, si el secreto pudiera ser revelado de otra forma, cabría objetar que, según este principio, no podrían existir obligaciones jurídicas «internas», o contra uno mismo [16], habida cuenta que este tipo de obligaciones jurídicas no comprometen mi arbitrio a un determinado trato de la humanidad que hay en otros, sino en mí. Tampoco resulta plausible la afirmación (§ 40), según la cual, el supuesto principio supremo del derecho natural es «la única condición bajo la cual los seres racionales pueden coexistir en libertad». La debilidad del tejido, en el que el concepto general del derecho y supremo principio del derecho natural ha de ser deducible, directamente, a partir del imperativo categórico de la moralidad, se hace patente. Y esto, precisamente, a través de la constatación de que el concepto de un derecho al uso de la fuerza coercitiva necesita ser deducido, pero que, para su deducción, ya ha de ser presupuesto el concepto de un derecho, entendido jurídicamente, que alguien tiene para llevar a cabo su acción.

Dicho de otro modo: la supuesta deducción no procede en modo alguno de sus casillas de salida, sino que, en el mejor de los casos, se aproxima a conceptos de lo especialmente permitido moralmente (a diferencia de lo que está permitido, bajo prescripciones de la razón práctica condicionada por los sentidos), y a conceptos de normas morales, pero no obligatorias sino permisivas, para clases especiales de posibles opciones puestas en el arbitrio [17]. Incluso con respecto a estos resultados, del todo insuficientes para el fin de la deducción, habría de haber sido tomada en consideración la advertencia kantiana de que en el enjuiciamiento moral se obra mejor procediendo siempre, según el método más estricto y poniendo a la base la fórmula general del imperativo categórico de la moralidad [18]. En cualquier caso, para una fundamentación del derecho, se echa todo a perder de antemano con el recurso a la fórmula finalista del imperativo categórico de la moralidad, puesto que en el concepto del derecho ha de prescindirse explícitamente (§ B) del aspecto material del arbitrio, y, con ello, de toda finalidad. Pero esto último no es posible, si (supuestamente) está ordenado no tratar nunca a nadie como simple medio, ya que esto significa: «nunca simplemente como medio para cualesquiera fines».

Por ello, resulta comprensible que inmediatamente después del libro de SCHMALZ fueran emprendidos (ver más adelante) intentos de deducción indirecta del derecho (1.2). El problema es que estos intentos tampoco eran capaces de procurarse fuerza de convicción alguna, y las sustitutivas renuncias a fundamentaciones procedentes, di-

---

[16] ¡*Cfr.*, contrario a ello, I. KANT (236,5)!

[17] Lo que con ello se hubiera podido hacer, se habrá de mostrar más adelante. Como consecuencia de que lo permitido bajo una ley permisiva se difuminaba con lo permitido indiferentemente y que se mezclaba con un principio del derecho natural que no tenía utilidad, quedaba hasta ahora sin consecuencias en toda la discusión acerca de la fundamentación kantiana del derecho.

[18] *Cfr.* I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (436, u.). (Sistema de numeración de páginas según *A. A.* IV. Berlín, 1903).

recta o indirectamente, del imperativo categórico de la moralidad parecían aún menos plausibles. Esto dio lugar a que, en la segunda mitad del siglo veinte, se renovaran los esfuerzos por una fundamentación directa. Se intentó, en primer lugar, tomar al imperativo categórico de la moralidad estrictamente como principio formal (por lo tanto, no como reflexión que exige fines). Así empezó J. EBBINHAUS [19]. Junto a su loable fidelidad a KANT pretendió, no obstante, extraer del fracaso de los intentos de fundamentación que partían de premisas más ricas en contenido (a discutir en 1.1.2, 1.2 y 2.1) la fatal consecuencia que la doctrina del derecho de KANT es completamente independiente de los decisivos resultados de las dos primeras críticas [20]. Según EBBINHAUS, el problema de la libertad comienza más allá de la doctrina del derecho [21]. Con ello se cerraba el camino para una mejor evaluación de la distinción de SCHMALZ entre normas obligatorias y permisivas, para la fundamentación del derecho. Todo ello a pesar de que esto ya se había logrado con anterioridad (en SCHMALZ y en los planteamientos que han de ser discutidos más abajo), y se había conseguido enderezar estos planteamientos, por medio del potencial de fundamentación procedente del concepto de libertad de la filosofía crítica. El desacierto de sus propias indicaciones, para la fundamentación del derecho, están en consonancia con el mencionado problema.

Ahora resulta del todo incomprensible lo que deba justificarse bajo la premisa de EBBINGHAUS: legislación jurídica y moral en KANT, pero considerando sus preceptos como normas de la libertad, y normas éticas. Los principios fundamentales de la doctrina de las normas jurídicas hay que buscarlos, según EBBINGHAUS, en una *Metafísica de las Costumbres*, que, además, contiene mucho más doctrina del derecho que en SCHMALZ. Si EBBINGHAUS tuviera razón, habría que aceptar la monstruosa pretensión de que el derecho se encuentra bajo el imperativo categórico de la moralidad, lo cual no significa otra cosa sino que el derecho sería «una máxima de la determinación de la libertad del arbitrio, en cuanto a su relación externa» [22] ¡El derecho, una máxima impuesta, como cualquier otra máxima moral, por la norma moral, cuya exigibilidad viene expresada a través del imperativo categórico de la moralidad! [23] ¿Acaso existen máximas, en las cuales el arbitrio no esté fijado sobre un determinado fin, ni sobre un determinado motivo para su observancia, sino solamente sobre una acción intencional en una determinada situación, aunque, como máximas, sí sean supremos principios subjetivos que se proyectan sobre toda la vida futura, motivados de una determinada manera, y, con ello, acciones dirigidas a fines? ¿O no es el derecho nada diferente de la determinación ética de la voluntad, ni del funcionamiento del arbitrio, cuando dicho funcionamiento sólo está referido a la relación externa de la persona? El derecho no

---

[19] *Cfr.* en especial J. EBBINHAUS, «KANT und das 20 Jahrhundert», 1954, así como «Kants Rechtslehre und die Rechtsphilosophie des Neukantianismus», 1960. En J. EBBINGHAUS, *Gesammelte Schriften*, Hrsg. V. H. OBERER/G. GEISMANN, Bd. 3, Bonn, 1990, 167; Bd 2, Bonn, 1988, 242.

[20] *Ibid., Ges. Schr.*, Bd 2, 232.

[21] *Ibid.,* Bd 3, 168.

[22] «La cual, a través de la ley que exige que las máximas de nuestras acciones puedan ser pensadas como leyes universales, se hacen necesarias» (*ibid*., «Kants Rechtslehre und die Rechtsphilosophie des Neukantianismus», 242).

[23] En contra de ello, dice KANT expresamente que este imperativo es «una proposición que ordena una obligación, a partir de la cual» puede ser desarrollada la capacidad de obligar a otros; y KANT interpreta esta capacidad como «el concepto del derecho» que alguien puede tener, esto es, como el derecho «subjetivo» (239).

sería, de este modo, algo con lo que se pudiera uno aclarar que sea un conjunto de normas (como contenido de la doctrina del derecho). Pero, además, de normas para las que es posible una legislación externa (§ A). Ni tampoco se podría aclarar el derecho como el conjunto «de las condiciones bajo las cuales pueden llegar a hacerse compatibles conjuntamente el arbitrio del uno con el arbitrio del otro, según una ley universal de la libertad»; antes que nada, en cuanto a «una correspondiente obligatoriedad» (§ B) para este concepto del derecho. Un tal conjunto, es decir, complejo de condiciones, es esencialmente más, y tiene que ser bajo su concepto algo «otro» que una determinada «máxima», esto es, regla de un agente que por razones subjetivas hace de esta máxima un principio para sí mismo (225). La razón que EBBINGHAUS nos señala, para construir la máxima de la que se trata, también es general, a saber: que, obviamente, no cabe pensar una máxima como ley de la libertad externa, según la cual, la libertad *de cada uno* pueda estar *en todo momento discrecionalmente* en conflicto con la de otro (*ibid.,* II, 242). Según un criterio tan débil, esto es, que lo diametralmente opuesto a la posible máxima moral no pueda ser pensado como una ley universal, tendrían que pasar por jurídicas aquellas normas, en virtud de las cuales una banda criminal proceda entre sus miembros y frente a terceros. Los demás pasajes en los que EBBINGHAUS hace referencias a la deducción del derecho (como máxima) a partir del imperativo categórico de la moralidad no resultan, en modo alguno, más convincentes [24].

Esta insuficiencia de las alusiones de EBBINGHAUS, para la fundamentación del derecho, sólo sería superable, si se argumentara que, quien en virtud del imperativo categórico de la moralidad está moralmente obligado, lo está también a la legalidad de sus acciones, y que «legalidad de las acciones externas» viene a ser lo mismo que «conforme a derecho» e «ilegalidad de las mismas» infracción de una norma jurídica. Con este argumento, no llegamos ni a una ley específicamente jurídica, ni a su correspondiente norma —a diferencia de una ley para máximas de la que partíamos—. Tampoco llegamos ni a una obligatoriedad específica, ni a un motor de la razón pura práctica específico, para la obediencia de la ley. Todo esto queda oculto en la forma escueta de exponer el argumento. Ahora bien, resulta del todo refutable la pretensión de que el moralmente obligado lo esté, como tal, a la legalidad de sus acciones, puesto que la legalidad de sus acciones es una consecuencia de la determinación moral de su voluntad, o de otras razones que no son razones morales de la determinación de la voluntad, pero no el objeto de su obligación en virtud del imperativo categórico de la moralidad. Pero, sobre todo, es falsa la pretensión de que una acción externa que posea mera legalidad (moral) venga a ser lo mismo que decir que es conforme a derecho.

En el fondo es bastante sencillo de ver que todos los intentos de fundamentación del derecho que argumentan a partir de la fuerza imperativa del imperativo categórico de la moralidad han de fracasar. Si entienden este imperativo como fundamento material, no se liberan en la *conclusio* del fin que está pensado en la premisa, pero que en el derecho no ha lugar. Si, por el contrario, toman al imperativo, de modo consecuente, como fundamento formal, cualquier principio que sea directamente deducible de ello será un principio para máximas, cuya consideración, a su vez, no ha lugar en el derecho natural.

---

[24] J. EBBINGHAUS, «Luther und Kant», 1927, en *Ges. Schr.,* Bd 3, *ibid.*, 54 y ss.; «Die Idee des Rechts», en *ges. Schr.,* Bd 2, *ibid.,* 173.

1.1.2: ¿No será, en tales circunstancias, más halagüeño argumentar a partir de lo que el imperativo categórico simplemente permite, en la medida en que no lo prohíbe, o ni prohíbe ni ordena? El primero en confiar en esta estrategia argumentativa fue J. G. FICHTE quien en 1793 decía: «En cuanto a lo que la ley moral ni ordena ni prohíbe, sino simplemente permite, tenemos un derecho a hacerlo, aunque también a no hacerlo»[25], es decir, que la ley moral sería, como regla de lo permitido, el fundamento deductivo de la diferenciación entre el derecho y la obligación existente al amparo del imperativo categórico de la moralidad. FICHTE parece entender por «derecho» el derecho subjetivo que uno tiene, en el sentido de que sólo de este modo cabe hablar razonablemente de derecho. Como ser racional, el ser humano se encontraría, según FICHTE, única y exclusivamente sometido a la ley moral (que se manifiesta en el imperativo categórico de la moralidad). A ningún ser le estaría permitido incurrir en la osadía de imponerle otra ley. Y a él mismo le estaría igualmente prohibido reconocer otra ley, además de ésta, que no sea la del arbitrio. Por lo tanto, el «derecho» del que habla FICHTE también prescinde de toda obligatoriedad que, como «derecho» de otros frente a mí, tan sólo sería un derecho concedido por mí a estos otros a partir de mi arbitrio. Del mismo modo que mi derecho frente a ellos no sería más que algo que éstos me conceden a mí, en virtud de su arbitrio. Ambos aspectos se basan exclusivamente en la coincidencia del arbitrio. De ahí que, si se da, no sea más que un *factum* social contingente y, en modo alguno, necesario, como tampoco un conjunto de leyes para las que sea posible una legislación externa. La «deducción» es, con otras palabras, negación de toda necesidad (sea teórica o práctica) del derecho y, al mismo tiempo, la desestimación del planteamiento kantiano de un derecho que precede a la formación de una comunidad jurídica, que la hace posible al amparo de leyes referidas a la acción externa, y, para las que, no obstante, es posible una legislación externa, aunque todavía no constituyan *eo ipso* la fundamentación de un estado de cosas jurídico entre seres humanos.

El tajante decisionismo de FICHTE, que reduce el derecho a una convención social, no iba a ser sostenido por otros (el propio autor lo sometió a revisión tres años más tarde). El problema es que el argumentario movilizado en esta tarea no llevaba a la comprensión de la necesidad del derecho, y, mucho menos aún, a la concepción kantiana. Tras el fracaso de intentos concebidos de otro modo (a discutir en 1.2 y 2.1) pensaba, por ejemplo, el neokantiano W. HAENSEL[26] que aquel que está sometido a la ley moral y, como consecuencia de ello, obligado en su interior a la realización de un deber tiene la facultad de imponerle a otros la obligación de no ponerle impedimentos en el cumplimiento de este deber. A partir de este «estarle a uno permitido» que de este modo se legitima, ha de darse tanto la limitación del derecho a la regulación interpersonal de la determinación del arbitrio, para acciones externas bajo el aspecto de su mera legalidad, como la autorización para imponer a otros la legalidad en caso de acciones ilegales (reales o en potencia, y, por lo tanto, constitutivas de amenaza). De esta permisión, también ha de derivarse el concepto de una legislación externa que no procede del destinatario de la obligación y que, sin embargo, constituye actividad autónoma de la razón ¿Pero por qué habría de ser esta legislación necesaria, si no se

[25] «Beitrag zur Berichtigung der Urteile des Publikums über die Französische Revolution», en *Werke*, hrg. v. I. H. FICHTE (1834-46), Bd. VI, 60 y ss.

[26] *Cfr.* W. HAENSEL, *Kant und das Widerstandsrecht. Ein Beitrag zur Systematik der kantischen Rechtslehre*, Berlin, 1926, 13 y ss.; K. KÜHL, *Eigentumsordnung als Freiheitsordnung,* Freiburg, 1984, 53 y ss.

apoya más que en una permisión? Y viceversa ¿Por qué, al amparo de esta legislación que permite obligar a otras personas, no está esto ordenado? La legislación externa no sólo permite, sino que también manda y prohíbe ¿Por qué esta legislación permite obligar a otros y no a sí mismo? ¿Por qué ha de estar referida esta permisión —de estar fundamentada tal y como se presume— solamente a las acciones externas de otros bajo el aspecto de su vulneración de la legalidad (moral), y no igualmente a acciones internas que del mismo modo puedan constituir un impedimento para otros en el cumplimiento de obligaciones morales?

Pero, sobre todo: ¿cómo y por qué resulta de la obligación interna en virtud de máximas, las cuales responden a las exigencias del imperativo categórico de la moralidad, que, para llevar a cabo las acciones descritas en las máximas, se pueda obligar a otros a no impedir dichas acciones? El imperativo de ningún modo se refiere a una obligación, cuya realización vaya más allá de la formación de la máxima ordenada. La exigencia de construir la máxima ordenada o, al menos, no prohibida queda satisfecha por medio de mi fuerza moral. Ésta consiste en tomar en consideración la máxima correspondiente (en cuanto a la forma), para la ley que me obliga internamente, incluso en casos difíciles. Dicha máxima no se cumple por el hecho de que, además de mi resistencia interna, sea vencida la resistencia externa que oponen otros a mi correspondiente acción. Cabe una excepción, a saber: que la rotura de una eventual resistencia externa esté contenida en una máxima que presente la forma exigida, la cual haya sido asumida por razón de la forma. El problema es que entonces no me está simplemente permitido, sino internamente ordenado. Sin embargo, en ninguno de ambos supuestos, resulta otro moralmente obligado a no impedir dicha acción, ni por medio de mi acción que se deduce de mi máxima, ni tampoco a través de la propia máxima. Esto en la medida en que toda obligación moral es, por medio del imperativo categórico, exclusivamente auto-obligación del obligado moralmente, a través de su propia razón pura y de su actividad legislativa interna. El concepto de los «derechos como facultad (moral) para obligar a otros» [27] no se deriva directamente, es decir, sin una razón adicional, del imperativo categórico de la moralidad. El paso fundamental emprendido, para la pretensión acerca de la necesidad del derecho, es en realidad un *non sequitur.* Y es que, aunque no lo fuera, la obligatoriedad de las exigencias que han de fundamentarse, por medio de este paso, sólo existiría allí donde alguien cumple obligaciones morales, y solamente en función de dicho cumplimiento. Esto es, no existiría precisamente como obligatoriedad de una exigencia de tipo jurídico, ni tampoco sin un fin, en cuya función (de realización) se encuentra este presunto derecho.

A medida que el efecto EBBINGHAUS iba cejando, fueron emprendidos, de nuevo, intentos de fundamentación del derecho, sobre la base de la permisión que el imperativo categórico de la moralidad me concede o parece concederme. Estos intentos empiezan con el revolucionario libro de W. KERSTING [28]. El propio KERSTING, de modo convincente, vincula a dicha permisión la conclusión de que así no es posible llegar, en continuidad epistémica, desde el imperativo categórico de la moralidad al concepto, principio y norma universal kantiana del derecho. [29] De ahí que su idea de la funda-

[27] (237, 4).
[28] W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit,* Berlin, 1984.
[29] *Ibid.,* 30 y ss.; *cfr.*, *ibid.*, *Kant über Recht,* Paderborn, 2004, 40 y ss.

mentación se concentre, de antemano, en la pregunta *iusnaturalista* tradicional acerca de las condiciones moralmente admisibles, para el empleo de la fuerza coercitiva contra otros. Por lo tanto, según KERSTING, la permisión de obligar a otros mediante el uso de la fuerza coercitiva precede tanto al concepto y principio, como a la norma universal del derecho kantiano. Esta permisión ha de resultar de una permisión aún más principal: la de reflexionar la norma fundamental de la razón pura práctica no siempre en relación con motivos internos determinantes para el arbitrio, sino también «desde una perspectiva extramoral» [30]. Con ello, la ley jurídica universal y la legislación de la razón que se le atribuyen tienen carácter general, esto es, no solamente son cognocibles a través del planteamiento elegido para la fundamentación —presuntamente secundario— en relación a la autorización del empleo de la fuerza coercitiva, y cuyo conocimiento sólo tiene lugar como una consecuencia del uso de dicha fuerza. Sin embargo, según la interpretación de KERSTING, se puede ver con claridad que la función legislativa que le viene atribuida al derecho renuncia a la idea del deber solamente «para hacerle sitio a la posibilidad del uso de la fuerza coercitiva en el ámbito de las acciones que constituyen mandatos jurídicos» [31]. De este modo, le confiere «al desdoblamiento de la legislación de la razón no sólo plausibilidad, sino también necesidad» (*op. cit.*), de forma que la norma jurídica (constituida por el contenido de una de las dos funciones legislativas) y el derecho al amparo de la misma hayan de ser necesarios.

Como se puede ver, lo que subyace —además de lo que se entiende como una necesaria mejora de KANT— es una sutilizada y radicalizada variante del argumento haenseliano a favor de una permisión jurídica supuestamente fundamental de hacer obligatorio, para otros, el no impedir el cumplimiento de obligaciones morales. La mayoría de las objeciones formuladas van referidas a esta variante. Pero los matices, a través de los cuales dicha variante se singulariza, la hacen vulnerable a mayores objeciones [32]. Como consecuencia de una permisión, que, en el mejor de los casos, lo es de lo indiferente (es decir, una permisión de lo que ni está ordenado, ni prohibido, *cfr.* [223]) y que, originariamente, (¡) no es más que la (supuesta) permisión de situarse en una determinada perspectiva (!), ha de tener la legislación externa (con su correspondiente abstracción de motivos y fines) carácter necesario. Y esto, incluso, en el contexto de una fundamentación que adolece de la falta de una relación teleológica

[30] *Ibid.*, 28, 3 —haciendo referencia a la «Metaphysik der Sitten» (214, 2)—. Allí se dice, en analogía al espacio —donde sólo hay objetos de los sentidos externos— y al tiempo —en el que los objetos lo son tanto de los sentidos externos como internos— que las leyes de la libertad —se contemple ésta «en el uso externo o interno del arbitrio»— «como leyes prácticas de la razón pura para el libre arbitrio en general, han de ser al mismo tiempo, para éste, motivos internos determinantes; aunque no siempre han de ser contempladas en relación a este aspecto». La formulación kantiana en la que KERSTING se apoya deja abierto si la consideración de las leyes de la razón pura práctica, en la cual éstas no son tomadas como motivos internos de determinación del arbitrio, es meramente posible o si se trata de una consideración necesaria cuyos motivos, en el contexto de la analogía que se pone de manifiesto, son irrelevantes. De ahí que no contenga lo que KERSTING pretende. Pero por otra parte el contexto hace improbable que nos encontremos ante la alternativa entre posibilidad moral y necesidad, por lo tanto, entre permisión y obligación en el ámbito de una ley de la libertad. La consideración de la libertad «en el uso externo o interno del arbitrio» que tiene ante sí, al mismo tiempo, leyes de la libertad en uno u otro respecto se encuentra, al igual que la percepción de objetos mediante el funcionamiento del sentido externo e interno, en una situación, en la que la realización de una de las dos opciones de la alternativa no está a disposición del arbitrio.

[31] W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit, ibid.,* 33.

[32] Y esto añadido a lo cuestionable de la interpretación kantiana en la que KERSTING se apoya (*cfr.* con la nota 29).

entre la renuncia (a la auto-obligación interna) y la autorización al uso de la fuerza coercitiva. Pero, si, a partir de esa permisión, se pudiera hacer visible la necesidad del derecho, la propia autorización al uso de la fuerza coercitiva ya tendría que ser una autorización jurídica, esto es, habría de presuponer el concepto del derecho, así como la obligatoriedad de las pretensiones jurídicas que presumiblemente resultan de aquella permisión. KANT lo piensa, exactamente, tal y como en el argumento de KERSTING habrían de estar ordenados los fundamentos para hacerlo viable. Pero es que, además, el propio KERSTING piensa los fundamentos, sin quererlo y sin darse cuenta, del mismo modo. Se supone que también hay una razón, a saber: existe una renuncia (a la idea de obligación como motor de la razón pura práctica), para (a) que acciones procedentes de mandatos jurídicos (b) sean susceptibles de ser impuestas por medio de la fuerza coercitiva. Esto es, acciones, cuya determinación jurídica les viene dada no por la autorización al empleo de la fuerza coercitiva frente a otros, sino que (al igual que en la ordenación conceptual asumida por KANT) ya han de estar previamente singularizadas jurídicamente, para poder ser conceptuadas como susceptibles de ser impuestas por medio del empleo de la fuerza coercitiva. KERSTING quiere embridar el caballo (de la fundamentación de un concepto, ley y principio general del derecho) por el rabo (de la autorización al uso de la fuerza coercitiva) haciéndole a KANT el reproche de proceder en sentido contrario. El problema es que el caballo se le rebela y da al traste con su torpe intentona.

Parte de la crítica adicional que se le puede hacer a KERSTING ya había sido formulada por K. STEIGLEDER[33]. El intento de STEIGLEDER de arrojar luz en la oscuridad de una fundamentación kantiana del derecho pone de manifiesto que moral, derecho y ética no sólo se distinguen, en cada caso, por las respectivas normas y vínculos específicos, sino preferentemente por las distintas predisposiciones en las que se encuentran aquellos que son destinatarios de la respectiva legislación[34]. Eso es, sin duda, del todo cierto. De otro modo, las pretensiones jurídicas sólo podrían ser vinculantes para aquel que se somete al imperativo categórico de la moralidad, es decir, para aquel que asume el punto de vista exigido por este imperativo. Otro tanto de lo mismo sucedería con las potestades jurídicas. Me parecen casi del todo acertadas tanto la diferenciación que hace STEIGLEDER entre los dos puntos de vista, como su caracterización de la predisposición que es propia del derecho. Pero, para la fundamentación del derecho, pretende STEIGLEDER llegar directamente (en un salto todavía mayor que el de KERSTING) a la necesidad jurídica, desde la reflexión acerca de lo que al amparo del imperativo categórico de la moralidad es necesario y posible. Y no sólo, como KERSTING, quien por encima del concepto, principio y norma general del derecho, llega inmediatamente a la autorización del uso de la fuerza. STEIGLEDER quiere, incluso por encima de esto, llegar directamente al derecho innato que aparece al final del prolegómeno de la doctrina kantiana del derecho. Que esto no contribuye a la solución del problema de la fundamentación del derecho va de suyo.

En los intentos contemplados bajo 1.1.2 se percibe, en general, que partiendo del imperativo categórico de la moralidad no es posible llegar a la comprensión de la ne-

---

[33] K. STEIGLEDER, *Kants Moralphilosophie. Die Selbstbezüglichkeit reiner praktischer Vernunft,* Stuttgart, 2002, 152 y ss.; 155.

[34] *Ibid.,* 136 y ss.

cesidad del derecho, si se atiene uno a lo que al amparo de este imperativo, como no prohibido o, ni ordenado ni prohibido, está permitido. El concepto de lo que de este modo resulta permitido de ninguna manera se refiere sólo a acciones externas, ni, mucho menos aún, solamente a aquellas que puedan influir en el arbitrio de otras personas. Al ámbito del imperativo categórico de la moralidad pertenecen, más bien y además, acciones internas, predisposiciones, motivos y fines. Dicho imperativo no nos suministra, con la mejor voluntad, una razón necesaria y suficiente para hacer abstracción de las mencionadas acciones, predisposiciones, motivos y fines. Pero la abstracción es necesaria no sólo para el concepto del derecho, sino para la norma jurídica universal, y el concepto de lo permitido jurídicamente. Todos los intentos de deducción que parten directamente del imperativo categórico de la moralidad como regla de lo permitido dejan sin explicar la razón de la necesidad de esta abstracción. No buscan un principio de separación entre la doctrina del derecho y la doctrina de la virtud, que sea simétrico al de la separación de la doctrina de la virtud de la del derecho[35]. De ahí, que tampoco caigan en la cuenta de que precisan de una doctrina de la permisión mucho más específica que la que tienen a su disposición. Pero en lugar de legitimar y hacer valer el concepto de *lex permisiva* traído a colación por SCHMALZ, lo han olvidado o nunca lo han conocido.

1.2: Un año después de SCHMALZ, emprendió K. L. REINHOLD su *Intento de una Nueva Exposición de los Principios y Conceptos Fundamentales de la Moral y del derecho Natural*[36]. Descartó, con razón, el programa consistente en deducir un fundamento del derecho natural a partir de la fórmula finalista del imperativo categórico de la moralidad. Eso sí, tampoco aceptó la sugerencia de SCHMALZ (que probablemente se retrotrae a KANT[37]) de reflexionar acerca de una ley permisiva que coordine al imperativo categórico de la moralidad, pero que dependa de la consciencia del mismo y que sea necesaria, incluso bajo el presupuesto de dicho imperativo. En lugar de esto, inició la serie de intentos de una llamada deducción relativa del derecho. Para evitar la confusión entre moral y derecho natural[38], REINHOLD tuvo en consideración, incluso de forma más extensa que SCHMALZ, planteamientos que hubieran debido llevar a este último hacia el concepto del derecho natural. Ahora bien, dichos planteamientos considerados como tan sólo capaces de suministrar un concepto del derecho «en el sentido más estricto», del cual, el del derecho natural ha de desprenderse. Pero incluso REINHOLD llega desde aquí al derecho natural y a su principio supremo, solamente, por medio de un *quid pro quo*. La ley moral, según él, impone a otros la obligación moral de no compelerme por la fuerza. En esa misma medida me otorga (a mí) el derecho (moral) a no dejarme obligar por la fuerza coercitiva. Y el hecho de que a otros, en virtud de la ley moral, les esté prohibido obligarme por la fuerza, arbitrariamente y para la mera satisfacción de su impulso egoísta, me coloca a mí en la posición de hacer valer mi derecho a no ser obligado coercitivamente, por medio de la fuerza coercitiva que ejerzo sobre aquéllos. El derecho sería en este caso, según REINHOLD, el derecho al empleo de la fuerza coercitiva, y vendría, por lo tanto, «determinado por la ley mo-

[35] ¡*Cfr.* con I. KANT, «MS» (406,3)!

[36] K. L. REINHOLD, «Versuch einer neuen Darstellung der Grundbegriffe und Grundsätze der Moral und des Naturrechts», en *Briefe über die kantische Philosophie*, Zweyter Band, Leipzig, 1792. Como carta VI.

[37] *Ibid.* «MS» (223).

[38] ¡*Cfr., ibid.*, ZIFF. 41!

ral». Si, además, se dan las condiciones adicionales, para que este derecho aflore por medio del *factum* de la fuerza coercitiva de la que soy sujeto pasivo, y para que a la respuesta a esa fuerza coercitiva no se le oponga una obligación de conciencia, según la cual dicha fuerza coercitiva haya de ser tolerada, entonces el derecho al empleo de la fuerza coercitiva sería el derecho natural o derecho Natural. Su primer principio dice: «estás autorizado a neutralizar por medio del empleo de la fuerza coercitiva a quien haciendo uso de la misma te compele, para la mera satisfacción de su impulso egoísta» (ZIFF, 41).

Con ello y de modo distinto a como lo hace SCHMALZ, el derecho natural es concebido de tal forma que no sólo coincide en su extensión con el derecho al empleo de la fuerza coercitiva, sino que el concepto de autorización al uso de dicha fuerza adquiere, para el concepto del derecho natural, carácter definitorio. Además del mencionado *quid pro quo* y de la definición por medio del concepto de una determinada autorización al uso de la fuerza coercitiva, queda igualmente sin fundamentar el presunto primer principio del derecho natural. Se supone que este principio ya ha de estar en vigor en la moral, si bien limitado por la condición de que falte una obligación de conciencia tanto a tolerar la fuerza coercitiva, como a emplearla. Pero, que este principio esté necesariamente en vigor en el derecho natural, está, según REINHOLD, suficientemente fundamentado por el hecho de que en el derecho natural, como algo estrictamente externo, sólo tiene relevancia la fuerza coercitiva (*cfr*. ZIFF, 36). Tanto este fundamento conceptual, como la restricción del derecho natural al ámbito de la réplica mediante el empleo de la fuerza coercitiva contra otros, resultan insatisfactorios. Esta fundamentación no admitiría, en el ámbito del derecho natural, ni obligaciones jurídicas frente a sí mismo [39], ni un principio como el postulado jurídico kantiano de la razón práctica [40].

El desarrollo posterior del concepto de la deducción relativa del derecho no supera estas carencias. Cabe destacar en este sentido el modo de desarrollo llevado a cabo por K. H. HEYDENREICH [41]. Dicho modo de desarrollo consistía, fundamentalmente, en que la obligación del otro a no compelerme por la fuerza se completaba con la obligación de tener que tolerar el uso de la fuerza, que llevo a cabo contra su compulsión. Con ello se acentuaba, mejor que hasta entonces, el carácter de una autorización jurídica, así como la reciprocidad entre la autorización del uno (así como la de un derecho subjetivo) y la obligación jurídica de otros de respetar los derechos subjetivos existentes (incluidas las autorizaciones). Pero, ni se trataba el problema de la extensión del derecho natural en su totalidad, ni el imperativo categórico de la moralidad se hacía comprensible, como razón suficiente —junto a la consciencia de dicho imperativo—, para un derecho natural necesariamente existente. Hay que tener cuenta, además, que las objeciones aducidas contra la argumentación de HAENSEL no quedan debilitadas por el hecho de que la perspectiva de la auto-obligación interna, por medio del imperativo categórico de la moralidad, resulte duplicada a causa de una tal perspectiva en el otro; el otro no resulta obligado por mi máxima moral a no impedir la acción que resulta de aquélla. Solamente como consecuencia de su culpa moral, sin más, y a partir

[39] *Cfr*. I. Kant, «MS» (240 und 246, 2).

[40] *Ibid., Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre,* § 2.

[41] K. H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien,* Zwei Teile, Leipzig, 1794-1795.

de una máxima moral para actuar, no estoy autorizado desde el punto de vista jurídico a emplear frente a él la fuerza coercitiva (en el ámbito de la acción a partir de dicha máxima), ni él jurídicamente obligado a tolerar dicha fuerza coercitiva. Una tal vía directa, desde la reciprocidad de las perspectivas de la auto-obligación moral interna, en el uno y en el otro, a la reciprocidad de derechos subjetivos (internos o externos) de unos y obligaciones jurídicas de otros, no existe. Más bien, habría que reflexionar acerca de cómo desde la muy abstracta reciprocidad de la auto-obligación interna de varias personas, bajo el ámbito del imperativo categórico de la moralidad, se llega a la mucho más compleja (en cuanto a densidad y riqueza de contenido) reciprocidad de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, bajo el ámbito de normas jurídicas. Esto, en el marco del concepto de una deducción relativa del derecho a partir del imperativo categórico de la moralidad, no es posible.

2.1: El fiasco de los intentos de los que hemos tratado hace inverosímil que una fundamentación jurídica se pueda llevar a cabo recurriendo tan sólo al imperativo categórico de la moralidad y su efecto en mí, o, en caso necesario, en otros. Si no se quiere perder cualquier esperanza de una convincente fundamentación del derecho y de su necesidad, aferrándose al imperativo categórico de la moralidad como principio supremo de la doctrina de la moral, habrá que tomar en consideración otras premisas acerca de dicho imperativo, además de aquellas que ya están contenidas en mi consciencia, o en la de otros. Esto, además de la consciencia de la aplicación del imperativo a cuestiones relativas a decisiones del arbitrio. Parece que fue P. J. A. FEUERBACH el primero que en 1795 ya adoptó este planteamiento [42]. Los errores de quienes incluso con posterioridad todavía pensaban en los esquemas de FEUERBACH, podrían haberle valido como confirmación de su búsqueda de una nueva fundamentación. En cualquier caso, FEUERBACH llevó a cabo este empeño con poco entusiasmo. FEUERBACH tampoco entendía el derecho como conjunto de normas para las que es posible una legislación externa, sino como conjunto de derechos subjetivos de seres imputables y libres. Como razón adicional, para el derecho entendido de este modo, asumió una «capacidad de generar derecho separada de la capacidad de la razón generadora de obligaciones» [43]. A partir de esta capacidad para generar derecho, y siempre que se deje fundamentar de modo convincente, se puede justificar, para el derecho, una predisposición distinta a la exigida para el imperativo categórico de la moralidad. Para fundamentar la consideración de una tal capacidad de generar derecho, FEUERBACH se retrotrajo a una concepción formal de la razón (y de la razón práctica) que no se alejaba demasiado de los planteamientos (supuestamente de conformidad con KANT) de aquellos primeros representantes de una deducción del derecho, directamente, a partir del carácter imperativo que tiene en mí el imperativo categórico. La forma de la razón es, según FEUERBACH, unidad sistemática, que en el supuesto de la razón práctica abarca a la libertad. Con ayuda de dicha forma se daría la razón práctica a sí misma, en primer lugar, obligaciones para la voluntad y se pondría a sí misma un fin (ético) supremo. La razón encontraría su realización hacia este fin supremo, y, a su vez, se introduciría unidad y armonía en los muchos fines disarmónicos (tanto del sujeto individual tomado

[42] P. J. A. FEUERBACH, «Versuch über den Begriff des Rechts», en F. I. NIETHAMMER (Hrsg.), *Philosophisches Journal,* 2. Bandes, zweites Heft, Neustrelitz, 1795, 138-162.

[43] *Ibid.,* 158.

en sí mismo, como de un sujeto en comunidad con los demás). A partir de ahora, ya se intuye como sigue: la realización presupondría condiciones, sin cuyo cumplimiento la razón formal (en general o, por lo menos, en su aplicación extensiva y libre) sería imposible. De ahí que la razón tendría que sancionar dichas condiciones, esto es, declararlas inviolables —como enlazadas a la ley moral—, y determinar la libertad del sujeto en el sentido de que las condiciones pudieran ser cumplidas de cualquier modo, esto es, incluso empleando la fuerza coercitiva contra seres racionales. Esta sanción por medio de la razón «por razón de la Ley» sería el fundamento del derecho (entendido como pretensión subjetiva) y el medio, en el cual las acciones del arbitrio que uno lleva a cabo se elevarían al rango de acciones jurídicas.

No resulta difícil detectar los puntos débiles de esta argumentación. El pretendido recurso a un carácter formal de la razón en general es pura fachada. Inmediatamente, en el segundo paso, desemboca la reflexión, de nuevo, en una interpretación ética (que introduce el principio práctico supremo) de la ley moral. Pero, si la razón pura práctica es de verdad autónoma en el legislar y el auto-obligarse internamente, no puede depender, para «el alcance del fin supremo», de la imposición de condiciones que constituyan derechos subjetivos y acciones jurídicas distintos de la autodeterminación interior de la libertad. Asumir la existencia de una capacidad de producir derechos separada carecería, por lo tanto, de fundamento. Si, por el contrario, se interpretase que la razón pura práctica no es de verdad autónoma, se abandonaría el terreno de la filosofía kantiana. Además, sería del todo incomprensible que las condiciones consistentes en derechos subjetivos —aparentemente imprescindibles para la realización de la forma de la razón—, produzcan su efecto en dirección hacia una unidad sistemática que es el fin moral supremo, bajo el imperativo categórico. La imposición de las condiciones con carácter necesario «por la ley moral» hace que el derecho también se convierta en una empresa al servicio de la moralidad regulada por normas éticas, como ya venía sucediendo con HUFELAND. Las consecuencias tan graves, como antikantianas, de una tal funcionalización del derecho se hicieron notar de forma cada vez más clara en los neokantianos, cuyas posiciones filosófico-jurídicas se gestan en el ámbito de esta concepción [44]. FEUERBACH hizo bien en buscar, para la necesidad del derecho, un fundamento adicional al «*factum* de la razón» —que es la consciencia de la norma fundamental de la razón pura práctica [45]— en nuestra libertad [46]. Este fundamento adicional es un fundamento objetivo a partir del cual, al final, también se puede desarrollar nuestra «capacidad para obligar a otros» y, con ello, el concepto de derecho subjetivo que puede hacerse valer frente otros, y que, al amparo de los correspondientes imperativos

[44] No es ninguna casualidad, sino que tiene su fundamento en el ámbito de un derecho funcionalizado al servicio de fines éticos, que algunos de los filósofos del derecho neokantianos (así como neohegelianos) suscribieran ideas populistas (e incluso ideas nazis) en la primera mitad del siglo XX cuando éstas estaban en boga, puesto que los objetivos y prioridades colectivas no sólo resultan bastante vagos en el ámbito de sus objetivos parciales, cuando el concepto de aquello a lo que se atribuyen queda en sí mismo indeterminado, como es el caso en el supuesto de un fin supremo, sino que se desplazan con facilidad. Pero, si es al Estado y a sus poderes políticos a quienes se encomienda la funcionalización del derecho hacia objetivos éticos, se puede imaginar con facilidad cual es la tendencia política que se va a imponer en el mencionado desplazamiento de objetivos y prioridades colectivas.

[45] *Vid.* «KpV», 55 (*vid.* nota 8).

[46] «De la que proceden todas las normas morales, por lo tanto también todos los derechos y obligaciones»; ¡*Cfr.* «MS» (239,2)!

(que generan obligaciones jurídicas), ha de hacerse valer necesariamente [47]. Pero, en la medida en que FEUERBACH cree encontrar el fundamento en una «sanción por medio de la razón para la Ley moral», lo estropea todo: no sólo su «intento», sino también la doctrina kantiana que le sirve de presupuesto, esto es, la doctrina de la autonomía de la razón pura práctica y su norma fundamental. Si no fuera posible añadir al imperativo categórico de la moralidad otro fundamento al que pretende FEUERBACH, para la necesidad del derecho, se haría mejor en renunciar definitivamente a cualquier esfuerzo, para la fundamentación del derecho, bajo el presupuesto del imperativo categórico de la moralidad.

Poco después de FEUERBACH, desechó FICHTE todos los intentos de una fundamentación del derecho a partir del imperativo categórico de la moralidad [48]. De modo distinto a como lo hizo en 1793, también quería FICHTE deducir el concepto del derecho y su aplicabilidad recurriendo a una forma fundamental de la razón pura (*op. cit.,* 53). Pero de modo más consecuente que FEUERBACH independizó su deducción de toda moral y su norma, esto es, no se valió del imperativo categórico de la moralidad, ni de un fin moral supremo. La deducción abandonó, sin compromiso, el planteamiento para la fundamentación de 1793 (*cfr.* 1.1.2), que le había llevado a la negación de cualquier obligatoriedad del derecho, así como su necesidad con carácter anterior al arbitrio. Ahora se trata de justificar la pretensión de que la «relación jurídica» entre seres racionales (en la medida en que cada uno de ellos limita su libertad «a través del concepto de la posibilidad de la libertad del otro») [49] es necesaria, como condición de la autoconsciencia de cada uno, y que, de acuerdo con ello, existe una norma jurídica que ordena a cada uno la limitación de su libertad (89). Sin embargo, el planteamiento de 1793 también habría de encontrar su lugar y su concreción en este nuevo marco [50]. El derecho que uno tiene y ejercita se apoya, según FICHTE, en el arbitrio común dentro de un espacio permitido. Este espacio es abierto expresamente por medio de una norma, aunque, evidentemente, la norma que así se delimita y determina no sea la que se expresa en el imperativo categórico de la moralidad, sino la norma jurídica. Como modelo le sirvió una indicación de KANT, según la cual, una norma permisiva puede ser pensada sin contradicciones. La condición para esto es, según dicha indicación, que no se derogue una obligación precedente como consecuencia «de andar a tientas en el ámbito de los supuestos que se presentan» y de admitir excepciones para uno u otro caso, sino que la condición bajo la que existe una permisión (de hacer o de no hacer) se introduzca «en la fórmula de la norma prohibitiva» (¿O incluso en la de la ley imperativa?) [51]. De ahí que para FICHTE el derecho ya no sea lo «meramente» permitido (aunque sea en virtud de una *lex*), sino aquello que, al amparo de la producción legislativa de carácter obligatorio de la razón autónoma (aunque distinto del imperativo categórico de la moralidad), resulta ordenado o prohibido. Pero que ade-

---

[47] *Cfr.* (236,4 y ss.; 237,4; 239,2).

[48] J. G. FICHTE, «Grundlage des Naturrechts», Jena und Leipzig, 1796, citado según I. H. FICHTE, *Gesamtausgabe der Werke* (1834-46), *Bd* III, 54; *cfr.* 10, 13.

[49] *Ibid., Bd* III, 52.

[50] Cuyo contenido, que se constituye a través de los muchos pasos de que consta la deducción, no puede ser expuesto aquí. De ahí que, en lo que sigue, deje en el tintero aquello de lo que esta deducción adolece, en cuanto a la pretensión de exactitud de las consecuencias que de ella se derivan.

[51] «Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf», *A. A.* VIII, (347 y ss.).

más, es libre, en cuanto a la acción o la omisión, en lo que se refiere a las condiciones particulares del arbitrio expresamente especificadas, a través de la autolimitación del arbitrio-común.

De este modo, puede FICHTE decir ahora cuál es la relación entre la norma jurídica y la relación jurídica, y cómo ha de aplicarse bajo esta norma el concepto del derecho que especifica la relación jurídica a supuestos concretos (89 y ss.). Con ello resulta que la norma jurídica es una ley de la libertad que, sin embargo, es completamente diferente de la ley moral que se manifiesta en el imperativo categórico de la moralidad. De tal modo que ni su fundamentación, ni el desarrollo sistemático de sus especificaciones pertenecen a la doctrina de la moral. Esta libertad, que es ley dada a sí misma, no es la libertad práctica de la autonomía moral, sino una libertad teórica —del mero enjuiciar y pensar en relación a lo que, para un ser racional que se encuentra con otros en una esfera común de producción de efectos, es necesario como condición de su autoconsciencia en coincidencia consigo mismo—. Los imperativos que resultan de esta ley para tales seres racionales, son, de acuerdo con ello, meramente hipotéticos. Esto es, reglas tecnico-prácticas que no fundamentan obligaciones (es decir, necesidades incondicionales de actuar), sino solamente lo que para el arbitrio de una razón práctica condicionada por los sentidos es posible. En concreto, dichas reglas fundamentan lo que, al amparo de la norma jurídica entendida de este modo antikantiano, distingue aquello que se puede hacer (o permitido) de lo que no se puede hacer (o no permitido). De este modo se anticipa aquí la tesis de EBBINGHAUS de la independencia (*cfr.* 1.1.1). Eso sí, al mismo tiempo se convierte al derecho en una tecnología para la regulación social, a lo que EBBINGHAUS con buen motivo no daba ningún crédito. De este modo, comienza de nuevo la reducción del derecho a una técnica de ejercicio del poder —ahora, en nombre de la libertad—. Esta técnica, apenas delimitada por un «derecho primigenio» [52], previsiblemente ha de chocar, en el ámbito de la doctrina del derecho al empleo de la fuerza coercitiva [53] y, especialmente, en el derecho Político [54], con la doctrina de la libertad práctica y su ley que le salen al paso, así como con su realización. De una prevención sistemática contra colisiones entre exigencias procedentes de estos dos ámbitos de autonomía ya no cabe hablar seriamente. Pero, sobre todo, la pura coacción práctica del arbitrio y la indicación técnico-práctica a éste, al amparo de una presunta ley jurídica de la libertad (meramente teórica), están completamente separados. Tan es así, que no se puede, a partir de la consciencia del imperativo categórico de la moralidad y de la libertad que en ello se presupone, determinar para el *jus naturae* un lugar «en la filosofía práctica a partir de principios». Pero es que ni siquiera es posible desarrollar la determinación «del supremo principio-distintivo», para los principios éticos y jurídicos.

Que, precisamente, de esto habría de tratarse, es lo que, siendo muy de agradecer, M. BAUM —en su etapa más joven— inculcó a sus lectores [55]. Sin embargo, lo que aduce BAUM para el fundamento de la división de todas las leyes de la libertad en éticas

[52] §§ 9-12.
[53] §§ 13-15.
[54] §§ 17-21.
[55] M. BAUM, «Recht und Ethik in Kants praktischer Philosophie», en J. STOLZENBERG (Hrsg.), *Kant und die Gegenwart*, Berlin, 2006.

y jurídicas sigue siendo decepcionante. La diferenciación de principios éticos y principios jurídicos tiene lugar, según BAUM, por medio de dos especificaciones distintas del concepto de actuar según una máxima. Esto es, introduciendo dos expresiones especificadoras, para la expresión «actuar según una máxima que...» en la fórmula del imperativo categórico de la moralidad. Pero, después de todo lo hasta ahora discutido, va de suyo que la posibilidad de una tal especificación no suministraría un fundamento para la necesidad del derecho. También va de suyo que dicha especificación de la determinación del arbitrio exigible, para la acción al amparo de normas jurídicas, no es alcanzable según una determinada máxima, puesto que aquélla no exige especificación de la acción según una máxima, sino abstracción de la máxima.

2.2: ¿No resulta más aconsejable, tras tantos intentos fallidos, abandonar el presupuesto de que el imperativo categórico de la moralidad sea el principio supremo de toda la doctrina de la moral (incluyendo al derecho y al presunto derecho natural) y, en lugar de ello, afirmar un imperativo más alto que no imponga una determinada forma de máxima, para, por lo menos, darse con ello la oportunidad de llegar a una clara delimitación entre ética y derecho, así como a una comprensión de la necesidad del derecho? Este intento desesperado es el que, desde hace algunos años, recomienda O. HÖFFE [56]. Resulta evidente que el planteamiento de HÖFFE rebasa el tema de este trabajo [57], y que no puede apoyarse en los escritos de KANT para la fundamentación de una filosofía de la moral, ni en la *Metafísica de las Costumbres.* Pero también sería fácil mostrar que no consigue su objetivo, porque tiene que quedar en deuda en cuanto a la legitimación del presunto principio supremo, y porque en su contenido junto a las condiciones de su aplicación, tampoco es posible encontrar el principio de distinción por el que se busca. Sólo es posible llevar a cabo con éxito la búsqueda de un fundamento epistemológico y ontológico, para la necesidad del derecho, en el marco de una filosofía práctica concebida de modo kantiano, si se agota (mejor de lo que lo hacen los mencionados autores) el potencial argumentativo que contiene el eslabón anterior a la mencionada división de los intentos de fundamentación del derecho, necesariamente objetos de discusión.

3. ESBOZOS DE UNA NUEVA RESPUESTA

3.1. Las enseñanzas de lo que hasta ahora se ha venido haciendo

¿Cuáles son los estímulos positivos que se desprenden de los intentos criticados, y qué habría que añadirles como consecuencia de la experiencia aprendida?

1. Para la comprensión de la necesidad del derecho, necesitamos, en aras de evitar el fracaso, algo más que la consciencia del imperativo categórico de la moralidad.

---

[56] O. HÖFFE, «Der Kategorische Imperativ als Grundbegriff einer normativen Rechts- und Staatsphilosophie», en R. LÖW (Hrg.), *Oikeiosis. Festschrift für Robert Spaemann*, Weinheim, 1987, 87-100. «Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne», Frankfurt am Main, 1990. I. KANT, «Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre» (*Reihe Klassiker auslegen*, hrsg. V. O. HÖFFE, Bd. 19), Berlin, 1999, 1-18, 41-62. «Königliche Völker», *Zu Kants Kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie*, Frankfurt am Main, 2001, 105-160.

[57] ¡*Cfr.* el título y la primera frase!

Pero la consciencia de la razón práctica que nosotros somos también va más allá de este «*factum* de la consciencia» [58] en dos direcciones: (a) Registramos en nosotros este *factum* y, a partir de éste, además, una consciencia de nuestra libertad positivamente determinada. Y esto, como la autonomía que somos [59] en tanto que arbitrio, «capacidad de la razón pura de ser práctica para sí misma» [60], y voluntad pura —sea en el ámbito de la auto-obligación interna o externa—. Por otra parte, con la compleja consciencia de nuestra libertad, también tenemos una consciencia del imperativo categórico de la moralidad. La libertad y la norma fundamental de la razón pura práctica se refieren, recíprocamente, la una a la otra [61]. (b) Pero tenemos esta doble consciencia que se alza inmediatamente con la norma moral «tan pronto como concebimos máximas de la voluntad» [62]. Esto es —visto desde nuestra razón práctica condicionada por los sentidos y su desarrollo—, en el lugar del tránsito desde la autoconsciencia de tal razón, hacia el de la razón pura práctica y su causalidad inteligible. Este tránsito tiene lugar y se anula, una y otra vez. Solamente a través de la reflexión acerca de aquella autoconsciencia, podemos dar cuenta de los dos «puntos de vista» o disposiciones que se requieren para la comprensión de la necesidad del derecho. Tenemos que pensar de qué manera están integradas estas disposiciones en la compleja autoconsciencia práctica que viene dada con el *factum* de la razón, y cómo la *Crítica de la Razón Práctica* kantiana nos enseña a pensar «el tránsito desde principios del todo prácticos hacia los de la moral» [63]. Si es que se encuentra en algún lugar, es aquí donde cabe intuir que está la clave para la solución a nuestro problema, en el marco de las posibilidades esbozadas (2, 2.1). Para intentar hacer de esta intuición algo más que lo hecho hasta ahora, deberíamos, por tanto, dirigirnos hacia la doctrina del concepto de un objeto de la razón práctica (en su determinación como bueno o malo) [64]. Un papel central juegan en ello las categorías kantianas de la libertad, que, al igual que su contexto, no habían sido tenidas en cuenta.

2. Como indicio importante que prepara para las perspectivas que van unidas a esta tarea interpretativa, hay que tomar como referencia la relación, puesta de relieve por M. BAUM, entre las declaraciones programáticas kantianas acerca del lugar del derecho natural en la filosofía práctica, y un principio distintivo supremo para principios éticos y jurídicos. Según dicha relación, la libertad ha de ser pensada como fundamento de todas las leyes que de ella resultan, y la razón pura práctica como su autonomía. Esto en lugar de que a la libertad se la tome simplemente como presupuesto para la voluntad y la actuación con arreglo al arbitrio, o a la razón pura práctica, como hace FICHTE, es dividida, a su vez, en una razón moral y una razón técnico-práctica, en el fondo teórica. Para valorar debidamente este planteamiento hay que mostrar, en primer lugar, cómo y en qué medida, en el tránsito desde la autoconsciencia de la razón condicionada por los sentidos, hacia la razón pura práctica, la norma fundamental juega su papel, para la determinación del objeto de dicha razón pura práctica bajo todas y

[58] «KpV», 56.
[59] «MS» (214).
[60] «KpV», 156.
[61] «KpV», 52, 3.
[62] «KpV», 53.
[63] «KpV», 118.
[64] «KpV», 100, 2 y ss.

cada una de las categorías de la libertad. Este papel se pone de manifiesto en el imperativo categórico de la moralidad. En segundo lugar, hay que mostrar, necesariamente, la existencia de un principio permisivo y, en simetría con ello, una norma obligatoria, exclusivamente, para acciones externas procedentes del arbitrio. Estas acciones externas son, al mismo tiempo, tangentes al arbitrio ajeno, y con respecto a las cuales uno tiene un derecho de llevarlas a cabo o de omitirlas, mientras que cualquier otro —en estricta reciprocidad— tiene la obligación correspondiente de no impedir dicha acción y de permitir su omisión. Por la dualidad de tipos de leyes obligatorias, pero prácticas en toda su extensión (y, para las que existe una legislación interna y externa que, por lo menos, se le pueda sumar a las normas del segundo tipo) no pasa ningún camino, ni tampoco un fundamento normativo, para el mencionado principio permisivo. Que el imperativo categórico de la moralidad no divida todas las opciones del arbitrio existentes en ordenadas y prohibidas, sino que, junto a ellas, también deje opciones que resultan —con respecto a lo que está ordenado o prohibido (por aquél)— indiferentes, no puede, como tal fundamento, ser suficiente.

3. Como consecuencia de ello, resulta inevitable preguntar por la necesidad de una ley permisiva y sopesar si no se está haciendo ya uso de ésta, como forma de completar a la norma obligatoria, y su obligatoriedad, que se pone de manifiesto en el imperativo categórico de la moralidad (por medio de la auto-obligación moral interna). KANT no se pronunció expresamente sobre la necesidad de una tal *lex permissiva.* Pero en el esbozo *Hacia la Paz Perpetua*, KANT dejó claro de que modo puede ser pensada sin contradicciones una tal *lex*, adicionalmente y junto a una ley obligatoria, si aquélla se proyecta sobre un estado de cosas distinto de aquel al que se refiere esta ley obligatoria. También dejó claro que esto es posible, incluso, si la *lex permissiva* formula una condición restrictiva de su carácter obligatorio[65]. Unos años después, llamaba KANT la atención acerca de la posibilidad de preguntar, con razón, si existe una tal *lex*. Si, junto a una ley imperativa, así como prohibitiva, que fija lo indiferentemente permitido, todavía resulta necesaria la *lex permissiva*. Y, con respecto a que, lo permitido al amparo de ésta ya no lo sería indiferentemente[66]. De ahí, que haya que reflexionar acerca de si todo ello no tiene consecuencias de mucho más calado en relación al buscado principio distintivo, y a la cuestionable necesidad del derecho. Hasta ahora y hasta donde puedo observar, dichas consecuencias no han sido tomadas en consideración. Creo que se puede mostrar cómo esta *lex permissiva* proporciona la que, habiendo de intuirse en la doctrina de las categorías de la libertad, es la clave para la solución a nuestro problema.

3.2. Lo que se deduciría de una suprema ley permisiva

La enorme relevancia de una ley permisiva que aparece junto a la ley obligatoria, la cual, a su vez, entra en vigor por medio del imperativo categórico de la moralidad, es fácil de ver. La autonomía de la razón pura práctica produce, adicionalmente a la mencionada ley obligatoria, una ley permisiva (para todo lo que bajo la ley obligatoria no está prohibido —o incluso, aunque sólo sea para una parte de lo que no está prohi-

[65] *A. A.* VIII, (347 y ss.).
[66] «MS» (223).

bido)—. Esta ley permisiva ha de asegurar —de modo simétrico al carácter vinculante de la legislación obligatoria— para todo lo permitido de este modo, que se pueda hacer uso de la permisión, esto es, que ésta no se eche a perder en el ámbito efectual de las leyes de la libertad, como consecuencia de impedimentos que influyan en el arbitrio. Con la presupuesta libertad (en el sentido mencionado), se supone que cada sujeto de voluntad es, en el uso interno de su arbitrio, dueño de sí mismo, y que, únicamente, las modificaciones causadas por sucesos naturales sobre las opciones puestas en su arbitrio quedan al margen del señorío de la libertad. De este modo, restricciones relevantes referidas al uso de la permisión normativa sólo pueden afectar a la acción externa, en el ámbito de la (recíproca) relación de una persona con el estado en que se encuentre el arbitrio de otra. Estas restricciones han de quedar excluidas por medio de una ley (de carácter obligatorio) reguladora de la libertad, que posibilite a quien actúa hacer uso de la permisión que le viene atribuida por dicha ley[67]. *Ab esse* (aquí: estar-permitido en virtud de una ley), *ad posse* (aquí: poder-hacer lo permitido, porque está autorizado y protegido por la ley) *valet consequentia*. Aquí la posibilidad no resulta problemática del lado del que actúa, sino sólo del lado de los otros, con los que quien actúa se encuentra en relación de mutua influenciabilidad como consecuencia de la acción externa. De ahí que esta ley (como una que tiene que diferenciarse tanto de la ley obligatoria interna, como de la ley permisiva) haya de referirse exclusivamente a la regulación de tales relaciones de arbitrio externas. Esto es, una ley que no regula las determinaciones internas de la causalidad de la razón práctica (ni con ello máximas), sino solamente la acción externa con arreglo al arbitrio, en la medida en que quien actúa se encuentra en aquella relación de reciprocidad. Con ello, por tanto, tendríamos una ley jurídica y su necesidad —incluyendo además una explicación sobre la particular modalidad de esta última—. Se trataría de una necesidad del tipo de una implicación pura práctica (por lo tanto, autodeterminada y que se determina conceptualmente a sí misma). Esta necesidad estaría, además, contenida en el concepto de una ley (de carácter permisivo) demostrada, si la razón pura práctica en su actividad legislativa coincidiera consigo misma, o, si quisiera constituirse en una unidad como voluntad racional pura.

Tal y como, en un supuesto más sencillo, se puede comprobar, KANT vislumbró por completo la relación cuasi-analítica entre una ley permisiva que explícitamente autoriza a hacer uso de una determinada opción puesta en el arbitrio como permitida (y posibilitada), y una norma obligatoria, en virtud de la cual, ha de concederse a otros la posibilidad de hacer lo que, de este modo, resulta permitido. En el § 2 de la *Doctrina del derecho*, «el postulado jurídico de la razón práctica» (según el cual, me resulta jurídicamente posible tener como mío todo objeto externo puesto en mi arbitrio) recibe la denominación de una «ley permisiva (*lex permissiva*) de la razón práctica». Y esto, porque nos «otorga la facultad [...] de imponer a todos los demás una obligación, que de otro modo no tendrían, de abstenerse del uso de determinados objetos puestos en nuestro arbitrio, por el hecho de haber sido los primeros en adquirir la posesión de los mismos» (247). Sin embargo, en el § 6 se afirma, apelando al mencionado postulado jurídico, en concreto citándolo, que «es una obligación jurídica actuar con respecto

[67] Del mismo modo que en el Código de la Circulación corresponde a la permisión de un cambio de carril (la cual, por ejemplo, está expresada en una flecha de color blanco sobre fondo azul, apuntando hacia la izquierda) el mandato, para otros que ya se encuentran en el carril en cuestión, de dejar incorporarse a este otro carril a aquel que se dispone a hacer uso de la permisión que le ha sido concedida.

a otros de tal modo que lo externo (utilizable) también pueda llegar a ser lo suyo de cualquier otro» (252). En este punto hay que mencionar el problema de la relación entre la ley permisiva universal, la cual forma parte de la constitución del objeto de una razón pura práctica, y la ley jurídica universal (como norma jurídica suprema). En este caso, la complicación de dicha relación tan sólo consiste en que aquí (con el tránsito desde la permisión que cada uno tiene al amparo de esta ley permisiva, hacia la obligación respectiva para todos los demás), primero, tiene lugar una restricción de la acción externa, esto es, del arbitrio en su uso externo (en tanto que éste pueda tener influencia en el uso del arbitrio de otros). Mientras que la permisión que formula el postulado jurídico de la razón práctica, ya ha hecho esta restricción con carácter anterior. Sin embargo, la dificultad que va unida a esta restricción es superada, por medio de un paso que está, asimismo, contenido analíticamente en el concepto realizado de la consecuente legislación de la razón pura práctica[68].

De este modo, el derecho no existiría con carácter necesario, solamente, para aquel que primero se somete a la obligatoriedad interna de la ley moral, en tanto que aplica el imperativo categórico de la moralidad a la formación y observancia de sus máximas. Más bien, existiría el derecho con anterioridad, para quien registra en su fuero interno el «*factum* de la consciencia». Esto es, quien registra que por medio de este imperativo está exhortado a la moralidad y que, como consecuencia ello, llega a la consciencia de su libertad, pero que sólo hace uso de la permisión normativa que vaya unida a una tal producción legislativa, en la medida en que esto se refiera a un tipo de acción externa. Según KANT, ningún ser racional puede evitar hacer uso de la libertad, para esto último, en cuanto trate de esbozar cualesquiera máximas. Pero, el ser racional en cuestión, en este estadio anterior al desarrollo de su razón práctica, no responde ni jurídica ni moral ni éticamente ¿No habría de hacerse uso, junto con la libertad, de una permisión normativa? En cualquier caso, comprenderíamos a partir del carácter necesario del derecho, explicado de este modo, que sus normas (referidas exclusivamente a la conducta con arreglo al arbitrio externo) tienen como destinatarios a todos los seres racionales finitos que, por lo menos, se encuentren, con otro, en la relación de aquella posible influencia recíproca[69], desde el estadio de desarrollo señalado.

---

[68] La razón práctica que se encuentra bajo el imperativo categórico de la moralidad siempre es pensada, en cuanto a un objeto de la razón pura práctica y lo permitido en virtud de una ley, como capacidad de alguien que en el uso interno de su arbitrio es dueño de sí mismo, y que en el uso externo de dicho arbitrio sólo puede ser impedido por otros (contra su propia voluntad), pero nunca por sí mismo. Por lo tanto, la relación analítica que en la legislación práctica puede darse entre aquello que una ley permisiva concede a alguien, y una ley obligatoria que respectivamente restringe (ordenando o prohibiendo) en otros el uso de su arbitrio externo, sólo puede recubrir una parte de toda la extensión de lo que al amparo de la ley permisiva resulta explícitamente permitido: Aquella parte que se deja obstaculizar por la acción externa de otros, precisamente porque dicha parte constituye acción externa y el correspondiente uso del arbitrio por una persona —pero de tal modo que ésta se acoge con aquélla al marco de la misma ley, esto es, cumple por su parte la condición de hacer compatible su libertad con la de cada uno de los otros—. Justo esta parte de las opciones que se encuentran en el arbitrio de cada uno constituye la extensión de lo que, en el sentido del principio general kantiano, es una acción (o una omisión) con arreglo a derecho (*cfr.* § C). Pero en una y la misma producción legislativa de tipo práctico, la relación de este principio con aquella ley obligatoria referida al uso externo del arbitrio hace a los derechos y obligaciones que existen en la relación recíproca entre distintas personas estrictamente simétricos, al igual que los dos principios (permisivo y obligatorio), de tal modo que lo mejor sea que el tratamiento de estos tenga lugar en un único parágrafo.

[69] Claro que no cada uno con cada uno, pero sí cada uno con al menos otro que a su vez se encuentre en el plexo de la posible influenciabilidad, como mínimo, con otro.

3.3. Perspectivas de conocimiento adicionales bajo el presupuesto de una suprema ley permisiva

Echemos aquí un vistazo a las posibilidades que tiene KANT de superar los problemas mencionados al principio. KANT, además, plantea, junto al esclarecimiento acerca de la necesidad del derecho, una convincente fundamentación del derecho.

1. Con la necesidad del derecho[70] y la información acerca del carácter de dicha necesidad, también queda resuelta la cuestión acerca de para quién, y, en determinadas circunstancias, para qué tipo de disposición en la que se encuentre la persona en cuestión, es el derecho un conjunto de leyes con producción legislativa de una especie particular. Otro tanto, por lo que se refiere a la cuestión de en qué medida son estas leyes de la libertad, y por qué se aplican exclusivamente al arbitrio en su uso externo y recíproca relación de su posible influencia sobre el arbitrio de otros. Es más: con la precisión acerca de la necesidad del derecho, se resuelve la cuestión de por qué, a partir del correspondiente concepto del derecho y su aplicabilidad, se deduce en la formulación kantiana un correspondiente principio de permisión jurídica y —de modo simétrico— una norma jurídica general. La cual, al menos en cuanto obligación moral, posee carácter imperativo, pero también obliga por medio de una legislación externa. Esto último, siempre que una tal legislación externa sea posible y, de uno u otro modo, efectiva. Que esta legislación externa, en el ámbito efectual del empleo de la fuerza coercitiva externa, es jurídicamente posible y efectiva, al menos en el contexto de la recíproca efectualidad de sujetos de derecho privado que hacen valer su derecho subjetivo contra otros de este modo, resulta de un sencillo argumento. Se trata de un argumento a favor de la permisión de movilizar contra otros el uso de la fuerza coercitiva externa, para hacer valer pretensiones jurídicas (procedentes de derechos subjetivos internos o externos), pero sin vulnerar ni su dignidad ni su autoestima (§ D). Cuando aquí se habla de legislación externa jurídicamente posible y efectiva, es en el sentido del concepto del derecho que se ha definido, así como del principio general del derecho y de la norma jurídica.

Si la asunción de una ley permisiva es acertada y se deja fundamentar, el modo de proceder de KANT al comienzo de los primeros fundamentos metafísicos de una doctrina del derecho, donde inmediatamente se organiza todo en torno al concepto del conjunto de leyes, para las que es posible una legislación externa (§ A), también resultaría *grosso modo* legitimado. A continuación, da KANT, para este concepto, una definición real (§ B) referida a toda la extensión de su aplicación, mediante la obligación moral que, en cuanto a su objeto, existe en todo caso. Igualmente suministra la formulación de un principio y norma jurídica general correspondiente a aquella definición (§ C). Finalmente, incluso, se contempla la posibilidad, para toda acción externa (la única relevante) con arreglo a esta ley (y a las especiales normas jurídicas que eventualmente se encuentren por debajo de aquélla), de vincular una legislación externa al concepto del uso de la fuerza coercitiva externa (§ D). Y esto, sin que con ello se esté en contradicción ni con el derecho, ni con sus fundamentos conceptuales, ni con la au-

[70] La necesidad, claro está, que hasta ahora sólo resulta demostrada bajo el presupuesto de una ley permisiva que se suma al imperativo categórico de la moralidad precisando su ámbito de aplicación.

tonomía de la razón pura práctica, y sin abandonar su terreno. De este modo, la forma de proceder en los cuatro primeros parágrafos de la «Doctrina del derecho» constituye una implícita toma de postura crítica en relación a todas las doctrinas de fundamentación del derecho kantianizantes (ya vistas), que trataron esta difícil materia antes que el propio KANT, quien, en cuanto a contundencia e intensidad de penetración en la cosa misma, les supera con creces.

2. Así las cosas, ya no resulta difícil, al menos en un primer esbozo, precisar en qué consiste el supremo principio distintivo para la división de principios de la moralidad (en jurídicos y éticos). No puede consistir en otra cosa que no sea el fundamento buscado para la necesidad de la ley permisiva. La razón estriba en el hecho de que este fundamento no sólo nos va a explicar el porqué de la existencia de una ley permisiva. La cual, en coordinación con lo ordenado y prohibido por el imperativo categórico de la moralidad, determina lo permitido en virtud de dicha ley, y, además, fija su demarcación frente a lo que ya al amparo del imperativo categórico de la moralidad, en cualesquiera de los posibles sentidos lógicos acerca de lo permitido [71], constituye una permisión. El mencionado fundamento, para la necesidad del derecho, también nos aclara el porqué de la existencia de principios objetivos específicos, para la determinación del arbitrio en el mero uso externo, y porqué han de ser tenidos en cuenta. Nos aclara porqué se han de distinguir aquellos principios de los de la determinación interna de la voluntad (como una determinación según el imperativo categórico de la moralidad y el acceso de fundamentos éticos), por el hecho de que ni den un motivo determinado para la acción, ni un fin que vaya más allá de la acción externa. Y, por ello, también aclara de modo específico la razón, en virtud de la cual, para la acción bajo aquellos principios objetivos, ha de segregarse la puesta en funcionamiento del libre arbitrio en la realización de opciones externas puestas en el arbitrio, de la puesta en funcionamiento interna del arbitrio. Y esto, de modo recíproco a la abstracción de la libertad interna de la externa, en la que se apoya la «Segregación de la Doctrina de la Virtud de la del derecho» [72]. También ha de tener lugar una primera segregación, puesto que sin abstracción de la puesta en marcha del arbitrio externo del interno no podría tener lugar la observancia de la norma jurídica. Los principios para esta primera segregación tienen que ser específicos, habida cuenta que la norma jurídica es necesariamente una legislación de tipo y contenido propio, y dichos principios han de dejar al margen tanto motivos, como fines, ya que la ley nada prevé para estos.

3. Sin embargo, en la medida de lo previsible, no se llega a una colisión entre las exigencias que, para nuestra acción, existen bajo el imperativo categórico de la moralidad y acciones previstas por la norma jurídica, como prescritas, permitidas, o prohibidas. Ello se debe a que la norma jurídica es una norma totalmente distinta de la que exclusivamente me obliga internamente. La norma jurídica es aquella norma, según la cual, el libre uso del arbitrio de cada uno, para la acción externa, puede coexistir con el de todos los demás (por lo que el arbitrio de todos se deja fusionar

[71] Para los tres significados compárese J. HRUSCHKA, «Das deontologische Sechseck bei Gottfried Achenwall im Jahre 1767. Zur Geschichte der deontischen Grundbegriffe in der Universaljurisprudenz zwischen Suarez und Kant», en *Berichte aus den Sitzungen der Joachim Jungius —Gesellschaft der Wissenschaften*, Jg. 4, Heft 2, Hamburg/Göttingen, 1986.

[72] *Cfr.* «MS» (406, 3).

en una voluntad general). Sin embargo, la norma que exclusivamente me obliga en mi fuero interno, por medio del imperativo categórico de la moralidad, no asegura en absoluto una tal compatibilidad de las puestas en funcionamiento del arbitrio de distintos sujetos en concreto (a la vista de sus distintas limitaciones en cuanto a la posible reflexión acerca de la idoneidad normativa de máximas). Ni, mucho menos aún, prescribe dicha compatibilidad. Esta norma moral contiene, en el mejor de los casos, como mucho, la idea de una unión de todos los sujetos morales en sus máximas de la voluntad. Pero, lo prohibido por la norma jurídica, o la acción prevista, no obstante su existencia bajo un tipo de legislador específico y normas de contenido específico, no es otra acción externa que la prohibida bajo el imperativo categórico de la moralidad, o la expresamente permitida por la correspondiente ley permisiva para el ámbito de la acción externa (en los distintos sentidos lógicos de la expresión «permitido», entre los que también se encuentra el sentido de «no prohibido, pero ordenado»). Bajo normas jurídicas, sólo se regula por medio de otro tipo de legislación y partiendo de una distinta disposición interna hacia la norma. Ahora bien, esto último, de tal manera que, siguiendo la regulación normativa y más allá de la observancia de estas normas generales, cada persona también pueda querer, sin colisión a través de la máxima de su voluntad y siempre que ésta satisfaga la exigencia del imperativo categórico de la moralidad, que la máxima pueda llegar a convertirse en una norma de carácter universal. Por lo menos, en una norma, en la que —aunque integrada también en el mandato de un determinado motivo moral y el de una disposición de fines éticos— entren en juego las normas procedentes de la puesta en funcionamiento de una libertad compatible para una especificación de la norma, que con la definición del concepto del derecho ya ha sido pensada en abstracto. Puesto que, además, el principio jurídico universal tiene en cuenta esta norma, junto a la relación lógica entre ésta y sus especificaciones, y la norma jurídica universal eleva a norma la limitación de la libertad que en sí misma aparece contemplada, tampoco se origina el peligro de una antinomia bajo las normas de la libertad. De esta forma tan continua, queda armonizado el contenido de la legislación jurídica con el supremo fundamento de la doctrina de la moral.

4. La armonización con el imperativo categórico de la moralidad también vale para el específico modo de obligar que puede llegar a ser atribuido a normas jurídicas (adicionalmente a la obligatoriedad moral interna), sobre la base de su legislación descentralizada y pre-positiva, esto es, por su propio carácter prescriptivo. Y es que dicho carácter prescriptivo tiene el modo de producir efectos de una auto-obligación —aunque indirecta, en cuanto a lo que resulta de las acciones de otros— y de la autonomía a través de la razón pura práctica. Ésta obliga y produce efectos en la medida en que otras personas asumen, en caso necesario, el papel de reforzar al afectado en su consideración hacia la norma, y el de obligar a su observancia con motores externos. Presupuesto de lo anterior es la ausencia —o, excesivamente débil— capacidad interna, para obligarse a sí mismo. Con ello, estas otras personas ponen en acción, en el ámbito de la percepción de un derecho subjetivo propio, un «poder de obligar a otros» a la observancia de normas jurídicas obligatorias, que, sin un tal mecanismo, carecerían de legislación externa. Si la puesta en marcha de este mecanismo tiene lugar del modo adecuado, significa que no se adelanta a esta capacidad interna, sino que la asiste en caso de carencia de fuerza de la motivación, o ausencia de predisposición a la observancia del imperativo categórico de la moralidad. Ahora bien, la puesta en

marcha de dicho mecanismo sólo tiene lugar de modo adecuado, en la medida en que con esta forma de obligar no se perjudique[73] ni el respeto a sí mismo del obligado, ni su disposición hacia la capacidad interna de obligarse. Las normas obligatorias se cumplen en la percepción de «obligaciones éticas indirectas»[74] tan pronto, como, según el imperativo, la intención esté disponible. Si ley permisiva, hasta ahora tan sólo supuesta, se revelara como necesaria, existiría continuidad epistémica entre la consciencia del imperativo categórico de la moralidad y los principios de la «Doctrina del derecho» que se exponen en los parágrafos A-D. Pretender[75] que un tránsito inmanente desde la Filosofía Moral hacia la Filosofía del derecho no es posible sería, por lo tanto, un desacierto.

3.4. Últimos presupuestos para la afirmación de que existe una suprema ley permisiva

¿Cómo puede la doctrina kantiana del concepto de un objeto de la razón pura práctica contribuir al esclarecimiento de la necesidad de una ley permisiva que acompañe al imperativo categórico de la moralidad? Y esto, en la medida en la que dicha ley permisiva complemente el contenido del mencionado imperativo, por medio de una explícita especificación normativa —hasta entonces no contenida en el mismo—. Además, la ley permisiva está, en última instancia, orientada hacia otra situación personal que aquella a la que se orienta el imperativo. El trasfondo y el núcleo de esta doctrina habrían merecido un tratamiento específico detallado[76]. Pero, incluso sin ello, es posible esclarecer lo necesario para este cometido. Para esto, hay que reflexionar ahora

---

[73] Probablemente haya que añadir aquí que la puesta en funcionamiento de la capacidad de obligar a otros también ha de estar orientada a un «estado de cosas jurídico», en el que «cada uno pueda llegar a ser partícipe de su derecho». *Cfr.* (306).

[74] *Cfr.* (221).

[75] En contra de esto, KERSTING, «Wohlgeordnete Freiheit», *ibid.,* 30 y ss.

[76] Referidos al capítulo kantiano del concepto de un objeto de la razón pura práctica («KpV», 100 y ss.) han sido publicados, sobre todo en los últimos 20 años, muchos artículos que han contribuido notablemente a la comprensión de las categorías de la libertad —W. L. BECK, por ejemplo, ya se había ocupado de ello, aunque de forma todavía, muy rudimentaria— (*A Commentary of Kant's Critique of Practical reason,* Chicago/London, 1960, Ch. IX): *Cfr.* R. J. BENTON, «Kant's Categories of Practical Reason as Such», en *Kant-Studien,* 71, 1980, 181-201. G. SCHÖNRICH, «Die Kategorien der Freiheit als handlungstheoretische Elementarbegriffe», en G. PRAUSS (Hrsg.), *Handlungstheoretische und Transzendentalphilosophie*, Frankfurt am Main, 1986, 246-270. S. BOBZIEN, «Die Kategorien der Freiheit bei Kant», en H. OBERER y G. SEEL (Hrsg.): *Kant. Analysen – Probleme – Kritik,* Würzburg, 1988, 193-220. J. SIMON, «Kategorien der Freiheit und der Natur. Zum primat des Praktischen bei Kant», en D. KOCH y K. BORT (Hrsg.): *Kategorie und kategorialität. Historisch-systematische Untersuchungen zum Begriff der Kategorie im philosophischen Denken,* Würzburg, 1990, 107-130. Th. KOBUSCH, «Die Kategorien der Freiheit. Stationen einer historischen Entwicklung: Pufendorf, Kant, Chalybäus», en *Allg. Zeitschrift f. Philos.* 15, 1990, 13-37. B. HAAS, «Die Kategorien der Freiheit», en H. OBERER (Hrsg.): *kant. Analysen – Probleme – kritik*, Bd III, Würzburg, 1997, 41-76. V. DIERINGER, «Was erkennt die praktische Vernunft? Zu Kants Begriff des Guten in der "Kritik der praktischen Vernunft"», en *Kant-Studien,* 93, 2002, 137-157. Lamentablemente, no puedo exponer aquí lo que agradezco a este trabajo preparatorio, ni las reservas que tengo en relación con algunas de sus singularidades. En lo sucesivo, intento, referido al todo, penetrar con más profundidad que hasta ahora en el fundamento y sentido que tiene el orden de las categorías de la libertad como un orden de conceptos, los cuales especifican tanto la efectualidad de la razón práctica, como su juicio. Para hacer justicia a este orden, hay que concentrarse, sobre todo, en la pregunta acerca de cómo la razón práctica, en su efectualidad y en su juicio, va desde la razón práctica condicionada por los sentidos hacia la razón pura práctica. y lo que el tránsito significa para la comprensión de las distintas categorías modales de la libertad.

acerca de cómo la razón autónoma, por lo tanto pura práctica, a través de las categorías de su libertad, determina y materializa el objeto a estimar como bueno, en la medida en que la razón pura, en la puesta en marcha de la razón práctica, se impone en todo caso a la razón práctica condicionada por los sentidos.

1. La perspectiva en la que hay que situarse es, por lo tanto, la de la (objetiva y subjetiva) autodeterminación de la razón pura práctica como una causalidad procedente de la libertad; pero esto, en respuesta a la pregunta: «¿Qué debo hacer?». Pregunta que ceja solamente cuando se encuentra la respuesta para cada uno de los casos concretos de acciones singulares del tipo: determinadas opciones de arbitrio que yo tengo. Para ello, el imperativo categórico de la moralidad no sólo ha de ser contemplado desde el punto de vista de su carácter imperativo o prohibitivo, para la formación de sus máximas. Hay que contemplarlo, además, en su relación hacia todo lo que, en la formación de máximas o su observancia, es relevante, para la determinación de la voluntad y la decisión en el ámbito del libre arbitrio, pero que, de momento, no coadyuva al modo de efectualidad de la razón pura práctica, sino que deja actuar a la razón práctica al servicio de la sensibilidad. A ello pertenecen, (1) aparte de las máximas, las meras reglas bajo las cuales se encuentra la razón práctica condicionada por los sentidos, así como, eventualmente, otras normas, además de las que se expresan —legislando— en el imperativo categórico de la moralidad. Pero, adicionalmente a estos diversos fundamentos cuantitativos para uno, algunos, o todos los seres racionales, también forman parte, cualitativamente, (2) respecto al modo de llegar a ser determinantes para la acción, distintas reglas que han de ser subsumidas bajo aquellos fundamentos. Estos fundamentos son los necesarios tanto para, por medio de un silogismo práctico, poder llegar a las acciones u omisiones individuales procedentes del arbitrio, como a uno u otro enjuiciamiento de este resultado de la puesta en marcha de la razón. Pero esto, en relación (3) a la conclusión de la razón, para la persona que se decide y la situación en la que dicha persona se encuentra (esto es, bajo determinadas circunstancias). Dichas circunstancias, igualmente, se refieren a la posible determinación de una persona sobre la situación de otra de modo recíproco. Y esto, en tanto que la determinación recíproca sea relevante para la atribución de responsabilidad, o la propia conclusión práctica de la razón misma, esto es, para su juicio. Bajo la consideración de todo esto, ha de ser juzgado el resultado de la decisión, en la medida en que está sometido al arbitrio valorar como bueno o malo (esto es, no sólo como bien o mal). Y esto, con anterioridad a la determinación de la voluntad conducente al mencionado resultado. Según las formas lógicas de todos los juicios, la estimativa ha de realizarse no sólo bajo los mencionados aspectos de cantidad, cualidad y relación, sino también (4) en cuanto a la modalidad del objeto, esto es, según las modalidades del juicio posible/imposible, real/irreal, necesario/casual. Sin embargo, lo que esto significa, para la continuación de la fijación categorial del objeto, o sea, su estimación como bueno o malo, sólo aflora, si se toma en consideración, con más detenimiento que hasta ahora, el concepto del objeto que aquí ha de pensarse y el procedimiento para su fijación.

Un objeto de la razón práctica es, según su concepto, «representación de un objeto como una efectualidad posible que se genera por medio de la libertad» [77]. Es, por lo tanto, la libertad, la que en su efectualización se especifica en cuanto: (1) a la extensión

[77] «KpV», 100.

de los fundamentos conforme a los cuales se efectualiza, (2) a la cualidad de la efectualización según cualesquiera reglas, bajo este o aquel fundamento, (3) a la relación que la efectualización tiene para una u otra persona, o su situación, y (4) a la modalidad, en la que, en todo caso, la efectualización de la razón práctica ha de ser determinada y enjuiciada como buena, en contraposición a su discualificación como mala. El objeto hacia el que la libertad se efectualiza de este modo, es un objeto de la razón pura práctica, cuando la libertad constituye no sólo su razón necesaria, sino también suficiente —esto es, la razón determinante de lo efectual—. Por el contrario, las categorías de la libertad, las cuales especifican la libertad, o sea, su efectualidad en los cuatro ámbitos mencionados (bajo cada dos conceptos a combinar en un tercero [78]), son, dicho en general, «modos de una única categoría» bajo aquellas que el puro entendimiento posee en la determinación teórica de su objeto de conocimiento, a saber: la de la causalidad. Pero, son modos de causalidad solamente «en la medida en que la razón determinante de las mismas estriba en la representación racional de una ley que, como ley de la libertad, la propia razón da, mostrándose por ello a priori como práctica» [79]. Las categorías pueden «tener lugar» en relación a sucesos en el mundo sensible que sean acciones de libre arbitrio [80], «para someter la multiplicidad de las voliciones a la unidad de una razón práctica que ordena en la norma moral, o a una voluntad pura a priori» (*ibid.,* 115). La prestación de las categorías consiste en conducir el modo de efectualización de la razón práctica en dirección hacia la efectualización que, en su función determinante, tiene lugar en la razón pura práctica, y hacia lo efectualizado por la libertad, así como su juicio, llevándolo de este modo a buen término. Pero, como esta prestación no se lleva a cabo de modo ciego, inconsciente y sin que tenga lugar un enjuiciamiento, hay que ordenar las categorías de la libertad en su totalidad como formas de enjuiciar la efectualización «en consideración a los conceptos de lo bueno y lo malo», según los cuatro cuadrantes de la sistemática de las formas del juicio.

2. Sin embargo, para el contenido conceptual de cada una de las categorías de la libertad y su respectiva relación sistemática, ha de tomarse en consideración otra circunstancia. Ya quedó dicho (en 3. A.,1.) que la doctrina de un objeto de la razón pura práctica, en la cual las categorías de la libertad juegan su papel, no se ocupa de inmediato y exclusivamente de la razón pura práctica o simplemente del resultado de su puesta en funcionamiento, sino del tránsito desde principios prácticos hacia los principios de la moralidad. Y, con ello, también se ocupa dicha doctrina del tránsito desde la razón práctica condicionada por los sentidos hacia la razón pura. En cualquier caso, siempre que se pone en marcha la razón práctica, ha de imponerse, en primer lugar, la razón pura práctica al modo efectual de la razón práctica condicionada por los sentidos, antes de que aquélla pueda determinar y enjuiciar como buena su efectualidad, y, como bueno, su objeto en la perspectiva esbozada. Por lo tanto, en el ámbito más próximo de la perspectiva subyace una actividad de la razón práctica en general, cuya efectualidad y cuyo objeto todavía no pueden ser determinados ni en-

[78] *Cfr.*, «KU» (nota LVII).

[79] «KpV», 114.

[80] «Por lo tanto, según la categorías del entendimiento, pero no en la intención de un uso teórico de las mismas, para someter a la multiplicidad de las intuiciones sensibles a una consciencia a priori» (*ibid.*). Para la pregunta acerca de por qué las categorías de la libertad, al contrario que las del puro entendimiento, no necesitan de la intuición, *cfr., ibid.* (116).

juiciados como bueno o malo, sino solamente como relativos al bien, o al mal. Y, con ello, en relación a condiciones que dependen de la naturaleza y que especifican a los seres racionales, bajo las cuales algo ha de ser enjuiciado según los correspondientes principios de la razón de este modo, esto es, en relación al bien, o mal. Naturalmente que en tal enjuiciamiento también están en juego conceptos, bajo todos los cuatro puntos de vista, para las formas del juicio. Pero, cualquiera que sea su contenido más próximo, significa esto, para la razón pura práctica, que su objeto, de inmediato, es decir, antes de completar el tránsito hacia los principios de la moralidad, no puede ser determinado asertóricamente, sino tan sólo problemáticamente. Y que, mientras tanto, sus correspondientes categorías están indeterminadas no solamente con respecto a la pregunta de si algo cae bajo éstas o no, esto es, si son conceptos plenos, o no, sino también en otros varios aspectos. Sea que la multiplicidad de las voliciones siempre se encuentre para mi razón práctica, en general, pensada en principios subjetivos, los cuales son mis máximas, y que para su observancia siempre valgan cualesquiera principios prácticos objetivos —«prescripciones»— bajo las cuales me encuentro junto con algunos otros seres racionales: la pregunta de si también existen principios prácticos —tanto objetivos como subjetivos— universales, esto es, válidos para todos los seres racionales, y cuál sea su contenido, queda, en relación a las categorías de la libertad, y antes del tránsito de la razón práctica en general hacia los principios de la moralidad, totalmente abierta. Otro tanto sucede con respecto a las categorías de la cualidad: bajo cualesquiera máximas se dejan subsumir tanto reglas de ejecución de acciones (según la correspondiente máxima), como reglas de omisión. Y bajo las prescripciones concernientes a un enjuiciamiento, pueden dejarse subsumir indicaciones más específicas tanto para la ejecución, como para la omisión de acciones, de tal modo que las decisiones de libre arbitrio a las que llega la razón práctica, se pueden criticar bajo las correspondientes categorías. Pero, que la crítica de la razón no sea suspendida una y otra vez, bajo reglas adicionales para supuestos excepcionales, está sin determinar. También está por determinar, según el orden de las categorías de la libertad y antes del tránsito hacia los principios de la moralidad, si, por el contrario, tales supuestos excepcionales, bajo principios objetivos de igual fuerza, quedan excluidos precisamente porque estos principios tienen el carácter de leyes. Queda en todo caso sin determinar, si, antes de dicho tránsito bajo las categorías de la libertad, la determinación (recíproca) de una persona sobre el estado de otra, juega algún papel, para la determinación del objeto de la razón práctica y su enjuiciamiento, o si existen leyes, bajo las cuales juegue aquélla un papel constitutivo.

Solamente de las categorías de la modalidad se dice que «introducen» [81] el tránsito que aquí interesa. En la segunda categoría de la modalidad ya se contempla este tránsito como ejecutado. La razón estriba en que, en el ámbito de esta categoría, las máximas, las reglas para su observancia, y las decisiones de libre arbitrio que de ello se derivan, son pensadas —bajo leyes prácticas— como obligación. Dichas decisiones de libre arbitrio, son además, separadas —como contrarias a la obligación— de las decisiones diametralmente opuestas, y, correspondientemente, enjuiciadas, a saber: unas como buenas, las otras como malas. Y, sin embargo, entre lo de este modo determinado categorialmente todavía queda espacio para *adiaphora,* que ni son buenos ni

[81] «KpV», 118.

malos [82]. Sin embargo, las categorías de la modalidad solamente introducen el tránsito, en tanto en cuanto distribuyen, con la primera de las categorías, el espacio de todo lo que, bajo la segunda, habrá de ser pensado como obligación, contrario a la obligación, o *adiaphoron*. Este espacio es distribuido en uno de opciones de lo «permitido», y en otro de opciones de lo «no permitido» —«pero», en primer lugar, «sólo problemáticamente» y «sin exclusión de todos los motivos determinantes que proceden de las inclinaciones» [83], como, por el contrario, sucede en el concepto de la obligación, y sin que en el ámbito de las opciones pueda trazarse la linea fronteriza entre lo permitido y lo no permitido. Incluso esto último sólo puede tener lugar en el modo asertórico de la segunda categoría modal, y conectando su aplicación con el *factum* de la razón. La distribución y su resultado, en la fase en la que todavía ha de realizarse el tránsito sin el *factum* de la razón (es decir, la fase del tránsito que acaba de ser «introducido»), son simplemente problemáticos. De ahí, que con lo que se denomina «permitido» tampoco se describa lo moralmente posible bajo un imperativo categórico [84], sino sólo lo que es posible desde un punto de vista moral. Esto es, lo posible desde el punto de vista «práctico-objetivo», en la medida en que de este modo todo esto esté en armonía con una posible prescripción, pero no en la medida en que esté en contradicción con aquélla, como sucede con lo que de esta manera resulta no-permitido [85]. En la razón práctica yace, precediendo al tránsito hacia la razón pura práctica y a sus principios, una condición que es pensada como lo permitido y lo no-permitido, para dicho tránsito, cuya realización es, comparado con aquélla (y desde la perspectiva de la consciencia de la libertad mirando hacia el *factum* de la razón), lo condicionado, aunque de contenido incondicionado. En relación con estas dos categorías modales de la libertad, la tercera categoría de la modalidad determina la obligación como perfecta (esto es, que no deja margen de actuación para la decisión) en contraposición a las imperfectas, en cuyo ámbito sí que existe un tal margen para el arbitrio. Esta determinación tiene lugar como una combinación de los contenidos conceptuales de las dos categorías modales mencionadas, por medio de los cuales lo que en la segunda todavía está condicionado se hace incondicionado.

3. Con el listado esquemático de las categorías de la libertad y el orden que ello implica para éstas, se conecta un sentido. Las categorías sirven para al enjuiciamiento de objetos de la razón práctica «en consideración a los conceptos de lo bueno y lo malo». Conciernen a la actividad que determina el objeto de aquella razón, en su tránsito desde la razón práctica determinada por los sentidos hacia la razón pura práctica, y toman en consideración la efectualización de la libertad, a través de la cual el objeto adquiere su determinación, como lo que ha de ser enjuiciado. Dichas categorías tienen en cuenta lo específico del objeto en cada caso, según los cuatro aspectos para las formas lógicas del juicio, y esto, respectivamente, en tres conceptos, o pares conceptuales. En cada uno de los cuatro aspectos, pero ordenados sistemáticamente, son pensadas de este modo en cuanto:

---

[82] *Cfr.* las pertinentes reflexiones que para ello formula S. Bobzien: *Die Kategorien der Freiheit, ibid.*, 216 y ss.

[83] *Cfr.*, «KpV», 143, 118.

[84] Esto es lo que, con razón, se argumenta contra S. Bobzien, *cfr.* B. Haas, *Die Kategorien der Freiheit, ibid.,* 73 y ss; S. Bobzien, *Die kategorien der Freiheit bei Kant, ibid.*, 213 y ss.

[85] *Cfr.,* «KpV», 21 (nota a pie de página).

1. A la cantidad:

los principios prácticos, en la medida en que dejan a la razón práctica determinarse

1. Subjetivamente, según máximas.
2. Objetivamente, según prescripciones cuyo contenido es empírico.
3. A priori, tanto objetiva como subjetivamente, bajo leyes en caso de que existan.

2. A la cualidad:

reglas (subsumibles bajo los principios en silogismos prácticos):

4. De la acción.
5. De la omisión.
6. De la excepción de una conclusión.

3. A la relación,

que tiene la determinación de la razón (según el 1 y el 2), con:

7. La personalidad substancial.
8. El estado de la persona sobre el estado de otra.
9. La recíproca relación de una persona.

4. A la modalidad:

el resultado de la determinación de la razón según el 1 - 3, en la medida en que se cualifica o discualifica como (no sin una prescripción, pero sólo de modo problemático):

10. Lo permitido y lo no permitido.
    — (bajo, por lo menos, una ley).
11. La obligación y lo contrario a la obligación.
    — (la obligación, que se encuentra en el ámbito de la ley y de la prescripción).
12. Perfecta e imperfecta.

Tanto los principios de la moralidad, como lo pensado en las correspondientes categorías sólo pueden «ser presentados dogmáticamente»[86] una vez que la ley, a través de la justificación de su imperativo categórico, se ha demostrado, o, por lo menos, en la medida en que el *factum* de la razón se haya completado. Presumiblemente, las categorías de la libertad, incluso, permiten, en cuanto al mencionado tránsito, «que... se visualice en su totalidad... el plan de aquello en que haya de consistir la realización de la prestación» —«incluso, cada pregunta de la filosofía práctica que haya de ser contestada, y, al mismo tiempo, el orden que haya de observarse»— (*ibid.*, 119). ¿Qué se puede conocer a partir de una tal visión de conjunto, en cuanto a la validez práctico-objetiva de las categorías, y una suprema ley permisiva eventualmente exigible para éstas?

No sería difícil mostrar, hasta qué punto, el pretendido orden que ha de ser observado es válido, para la determinación problemática del objeto de la razón pura práctica, respecto a los cuatro cuadrantes y según las 12 categorías. Otro tanto, por lo que se refiere a los primeros pasos en el tránsito desde la razón práctica determinada por los sentidos hacia la razón pura práctica, así como hacia los principios de la moralidad. Para ello, no hay más que sopesar posibles leyes obligatorias y permisivas que hacen idóneas a las categorías, para la determinación correspondiente. También parece incuestionable que, cuando el imperativo categórico de la moralidad se justifica, o

[86] «KpV», 118.

se toma en consideración al *factum* de la razón, algunos principios se dejan plantear dogmáticamente en los cuatro aspectos de la función de determinación y enjuiciamiento que las categorías de la libertad tienen. Desde el punto de vista de la cantidad, existe entonces una ley práctica, además de máximas y prescripciones. Al amparo de la cualidad de las reglas que bajo el ámbito de esta ley entran en consideración, para la aplicación de nuestra máxima, existirán, eso sí, reglas para la acción y la omisión, pero, en cualquier caso, no existirá ninguna regla para la excepción. Por lo que se refiere a la relación, toda determinación de la voluntad y del arbitrio tiene, en cualquier caso, que ver con la persona, en la medida en que no es sujeto empírico de la voluntad, así como con el estado en el que dicha persona se encuentra, incluido el estado de la predisposición a la observancia o no de la ley. Y, por último, en el ámbito de la modalidad, la acción de conferir una determinada forma a todas las máximas y dejarse guiar, exclusivamente, por máximas que tengan esta forma, es, como mínimo, obligación en contraposición a lo que infringe la obligación.

4. ¿Pero cómo se entiende esto en relación a la diferencia entre obligaciones perfectas e imperfectas, esto es, a la singularización de las primeras con respecto a las segundas? Los principios necesarios para ello no son planteables, dogmáticamente, de forma completa, a través de la ley expresada en el imperativo categórico de la moralidad. Y ello, a pesar de que esta ley suministra, para la exclusiva formación y apropiación de máximas que se ajusten a su imperativo, una inequívoca obligación que no concede margen de actuación alguno. La razón es bien sencilla: cada una de las posibles acciones individuales que, enjuiciadas únicamente según el imperativo categórico, se ejecuten en el cumplimiento de aquella obligación, quedan en gran medida indeterminadas, además de que en dicho ámbito queda un gran espacio de lo indiferentemente permitido [87]. Sin embargo, ninguna de estas indeterminaciones es definida a través de una segunda especie de obligaciones, esto es, las imperfectas. Ni tampoco se delimita el ámbito de las obligaciones perfectas del de las imperfectas. Sólo sería posible una delimitación de principios, así como su planteamiento dogmático, si, además de la ley obligatoria que está contenida en el imperativo categórico de la moralidad, existiera una ley permisiva, bajo la cual —dentro de la limitación del arbitrio que acomete el imperativo categórico— existieran márgenes de actuación permitidos para la acción, explícita y normativamente establecidos. Sin embargo, el propio imperativo categórico de la moralidad no contiene ninguna necesidad para ello, ni para otras leyes obligatorias o permisivas. Tampoco queda determinado, por medio del imperativo categórico, cómo se comporta éste bajo otras eventuales normas que contienen reglas de excepción (según la categoría 6), ni lo que haya de significar, en cuanto a principios para la recíproca determinación de una persona en relación a otras personas (según la categoría 9). Después de todo lo que se ha expuesto acerca de una ley permisiva que flanquea al imperativo categórico de la moralidad, y sus consecuencias, es probable que también necesitemos de una tal norma.

Que sería, en principio, compatible —por lo tanto, posible sin contradicción— una norma permisiva con una norma obligatoria, ya fue demostrado haciendo referencia al texto kantiano de la paz perpetua (3, 1, 3). Si, además de dicha compatibilidad, fuera inevitable, junto al imperativo categórico de la moralidad, una tal norma permi-

[87] *Cfr.* KANT über ADIAPHORA: «MS» (409); *A. A.* XXVII, (513) (Metaphysik der Sitten Vigilantius).

siva, ésta ya no dejaría el concepto de lo permitido (diferenciado de lo no-permitido), simplemente, como categoría residual (dentro de lo moralmente indiferente en dicho ámbito) —tal y como se exige para la categoría 12, bajo una prescripción en el ámbito de la norma obligatoria—. Más bien, la norma permisiva integraría el concepto de lo permitido —modificado, a su vez, en un concepto de lo permitido normativamente— en el concepto de aquello que es obligación. Y lo integraría como el concepto de un margen de actuación permitido que se abre inmediatamente con la obligación impuesta, para acciones con las que se lleve a cabo el cumplimiento de dicha obligación. De este modo, la ley permisiva haría posible el planteamiento dogmático de principios, para las obligaciones imperfectas. Y, a través de los límites de su extensión, también haría posible la mencionada ley la delimitación de las obligaciones imperfectas frente a las perfectas. Sólo por medio de la ley permisiva —en su otra función más fundamental— sería posible dar también una definición real de lo moralmente posible, y, con ello, su delimitación frente a lo simplemente permitido bajo una prescripción. Para que la doctrina de un objeto de la razón pura práctica pueda ser expuesta, según el plan de las categorías ordenadas sistemáticamente, se requiere, indudablemente, de la prueba que no sólo estamos situados bajo el ámbito del imperativo categórico de la moralidad, sino también bajo el ámbito de un principio que se le añade, y que es la ley permisiva.

3.5. Razones a partir de las cuales la ley permisiva ha de ser asumida y su existencia deviene comprensible

¿Pero por qué, con qué contenido y cómo, tiene carácter necesario lo que en ello ha de ser demostrado? Para entender bien la razón, habría de considerarse que una necesidad en la cosa misma no debería demostrarse en aquello para lo que se la necesita, sino en algo otro, donde radica su fundamento. En nuestro caso, por lo tanto, no en el objeto de la razón pura práctica, sino en la misma razón pura práctica. Se podría, por ejemplo, argumentar que la razón pura práctica tiene que darse a sí misma una ley permisiva —no porque en caso contrario no se llegue a determinación alguna de las efectualidades de su causalidad, que son acciones moralmente posibles, esto es, acciones hechas posibles en la razón pura práctica, ni porque ni siquiera se llegue a la determinación de obligaciones imperfectas— sino, más bien, al revés: porque en caso contrario la razón pura práctica no sería razón. Y es que ésta, como tal, se dirige hacia la completa determinación de su contenido, y como práctica, hacia la completa contestación a la pregunta de qué debemos hacer. Pero, además, porque, en caso contrario, no sería posible contestar sistemáticamente «cada pregunta de la filosofía práctica», como había pretendido KANT en el contexto de las categorías de la libertad. Probablemente, la argumentación no sería incorrecta, pero sí demasiado abstracta; desconectada de modo insatisfactorio del *factum* de la razón, al que hemos de atenernos para no perder el suelo del conocimiento práctico, y olvidadiza en cuanto a la situación del tránsito desde principios de la razón práctica en general hacia los de la moralidad. Cuando menos, requeriría de concreción.

1. La argumentación podría, en cuanto a la diferencia entre obligaciones perfectas e imperfectas, ser de esta guisa: cada máxima lo es para la acción. La acción

ha de ser, si estoy indirectamente vinculado a ella, una acción cualificada por medio de la máxima. Ahora bien, dicha acción no puede estar cualificada solamente por su finalidad, sino que ya ha de permitir de suyo una descripción bajo la cual sea idónea, inidónea, o, en cuanto al fin, indeterminada. Incluso, aunque el imperativo no determine directamente una acción obligatoria, sino que sólo llegue a ser determinante para la acción, indirectamente, a través de una máxima, sí que, en todo caso, ha de significar (bajo una u otra descripción) una, o algunas acciones de entre las que se encuentren a disposición «en el acopio», para poder determinar una acción. En cualquier caso, ha de ser posible fijar explícitamente, a través del imperativo, si al arbitrio del que actúa se le concede un margen de actuación en el tránsito hacia la decisión, o, si el proceso de reflexión acerca de la acción que se ajuste al fin ha de prolongarse hasta que sólo quede, bajo una descripción muy determinada, una acción, como la única que más se ajusta al fin. Esto resulta imprescindible, si no se quiere que la reflexión (acerca de la aplicación de la máxima a una acción) que, co-ordenada por el imperativo, ha de ser puesta en marcha para ello, acabe simplemente en un ámbito de acciones vagamente apuntaladas bajo una u otra descripción, en lugar de conducir a una decisión, para una acción determinada bajo una descripción determinada. En caso contrario, no se lleva a cabo la determinación de una acción obligatoria —aunque sea indirectamente—, sino que solamente se establece un marco, para la determinación de acciones obligatorias. Que la determinación indirecta de la acción obligatoria deja explícitamente un margen de actuación para el arbitrio (en el tránsito hacia la decisión), lo dicen las expresiones «*obligatio imperfecta*» y «*obligatio lata*». La obligación no es imperfecta porque en supuestos reglados se permitan excepciones a la regla, esto es, derogaciones singulares, sino porque sólo se establecen máximas de una forma determinada. Pero, el procedimiento, según estas máximas, para la determinación de acciones por las que uno se decide en cada situación (es decir, en cada variante), deja al arbitrio la elección, en cada caso, de una acción entre las varias que se ajusten a distintas descripciones, y que, en la medida en que se pueda pre-ver, sean idóneas, o, por lo menos, no inidóneas, para la realización del fin. De ahí, que a las obligaciones imperfectas también se las conozca como «obligaciones alternativas» [88]. Estas obligaciones conceden a la persona (que tiene una máxima en forma de mandato, de cuya «aplicación» se trata) la facultad de decidir, «hasta qué punto puede cumplirse el fin prefijado, para él, por la humanidad, ya sea para su propia persona, o, para la felicidad de otros» (*op. cit.*). Pero, para, a pesar de ello, obligar a alguien con carácter necesario, por medio de la norma, a la realización de acciones —aunque sólo sea indirectamente, esto es, imponerle acciones que constituyen un deber, ha de hacerse explícita la permisión de una elección—. Esto no puede suceder sin una ley permisiva.

El argumento, además, se deja reforzar por el indicio de que sin la ley permisiva (y las que ya han sido consideradas como sus consecuencias) alguien que quiera cumplir (cuando menos, según su propia interpretación) el imperativo categórico de la moralidad puede caer en un proceso imprevisible de escrupulosa búsqueda de la mejor forma posible, para sus máximas y sus aplicaciones en casos concretos, con el objeto de llevar a cabo el cumplimiento de obligaciones perfectas por medio de acciones que, para la observancia de tales máximas, sean las más idóneas. Además, la persona en cuestión

[88] *A. A.* XXVII, (578).

probablemente necesitaría en dicha búsqueda postergación de la acción *ad Calendas Graecas*, para no estar expuesto a error o fallo alguno en la observancia del imperativo categórico de la moralidad. El argumento consiste en que la razón pura práctica, en su causalidad adecuada a fines, ha de tener un objeto concreto, que, en un principio, consiste en un fundamento de determinación para la voluntad, a continuación, en acciones individuales, y, por último, en acciones externas. Pero, la clave del argumento está en que aquella razón pura práctica no puede llegar a un tal objeto sin una ley permisiva.

2. Probablemente, las razones que, en el camino de una tal argumentación en sus distintas variantes, puedan movilizarse para una ley permisiva, no sean lo bastante específicas, en cuanto a la cuestionada necesidad del derecho. Esto se debe a que dicha necesidad sólo se da, si la ley permisiva de la que aquí se trata ya posee relevancia, para una disposición personal que —en el tránsito por investigar— todavía precede a la disposición que se orienta hacia la observancia del imperativo categórico de la moralidad. El imperativo categórico de la moralidad se dirige a mí como alguien que se encuentra en esta disposición «natural», en la medida en que me lleva a la consciencia de la libertad inteligible de mi personalidad —es decir, a la consciencia de lo humano en mi persona— y me representa de modo efectual la necesidad de dejar que la norma que me doy a mí mismo llegue a constituir el fundamento determinante de la efectualidad de dicha libertad. La pregunta es, por lo tanto, si por medio de esta legislación ya puedo hacer uso de una ley permisiva para mi acción, incluso, en el ámbito de la disposición de la razón práctica condicionada por los sentidos, y si no puedo evitar cerciorarme de esta ley permisiva en la consciencia de mi libertad y del imperativo categórico de la moralidad, con anterioridad al cambio de disposición ordenado por dicho imperativo.

En la perspectiva de la autodeterminación de la razón pura práctica (*cfr*. D. 1) tenemos, por lo tanto, que concentrarnos en su estructura de arranque. La razón estriba en que ya se requiere de la permisión en el ámbito de una predisposición que precede a la intención de cumplir el imperativo categórico, y que concurre en mí, una y otra vez, con esta intención. Ahora bien, es indudable que la permisión de la que se trata no puede ser ni la meramente problemática bajo el ámbito de una prescripción (según la categoría 10), ni la de lo moralmente indiferente. Esto se debe a que, si la razón pura práctica constituye una unidad consigo misma en su actividad legislativa y su determinación de la voluntad, dicha razón pura práctica es también permisión moral, para llevar a cabo el tránsito desde la disposición natural hacia la disposición de cumplir con el imperativo categórico de la moralidad. Esta permisión es, desde el punto de vista moral, de suma importancia. No se trata un simple *adiaphoron*. Es más, la permisión ha de abarcar todo lo que por medio del imperativo categórico de la moralidad no está prohibido, puesto que me ha de poner en situación de movilizar mis fuerzas en toda su extensión, para el tránsito. Es precisamente en el ámbito de esta extensión en el que la permisión es relevante, para la necesidad del derecho, aunque sólo sea con opciones puestas en el arbitrio que atañen a la acción externa, y a la influenciabilidad del arbitrio ajeno. Y es relevante como una permisión que pertenece a la disposición natural de la persona, desde el momento en que ésta toma consciencia del imperativo categórico de la moralidad. Y ello tantas veces, como las que, desde la intención de cumplir con el mencionado imperativo, recaiga una persona en la disposición natural, puesto que, solamente en el supuesto de dicha disposición, las obligaciones y facultades jurídicas no son, indirectamente, éticas, sino jurídicas sin más.

3. Ahora ya tenemos el argumento decisivo en la mano: sin duda, que la cuestionada permisión ya existe en el ámbito de la disposición con la que tiene que ver el derecho, y, precisamente, en la extensión exigible para su necesidad. Y ello, porque dicha permisión no puede ser ni la de lo meramente permitido en una prescripción, ni la de la indiferencia moral. Ésta, a diferencia de la permisión, se da —si acaso— secundariamente, y no sólo con respecto a la prohibición, sino también al mandato bajo el imperativo categórico de la moralidad. Y, en todo caso, se da para quien se somete al mandato. Pero la clave está en que ya con anterioridad a la disposición requerida para someterse al mandato, tenemos certeza de la cuestionada permisión. Esta certeza no la podemos retrotraer más que a la razón pura práctica, que, como autolegislativa en el *factum* de la razón, y consciencia de nuestra libertad, llega con la norma obligatoria de nuestra disposición, pero con anterioridad a su observancia. Dicha certeza no sólo se manifiesta con aquella norma obligatoria, sino también con una ley permisiva, solamente a través de la cual podemos ganar la disposición adecuada. De ahí que tengamos que tener la certeza de la ley permisiva. Que «tú puedes, puesto que debes» incluye, si se piensa con exactitud, su perceptibilidad. La «percepción» de la permisión (en sentido teórico y práctico) no puede ser engañosa, si la razón pura práctica, en el *factum* de la razón y en la consciencia de nuestra libertad, no nos engaña. Pero, para hacer esto, tendría que engañarse a sí misma, o no ser la nuestra. Sin percepción de la permisión ya existente en la disposición natural, sería el tránsito hacia los principios de la moralidad un milagro, o no sería lo que, por decaimiento de lo natural, conduce hacia la libertad autónoma que es el encuentro con uno mismo. Sería, más bien, la neurótica autocoacción «prusiana», de cuya predicación es acusada una y otra vez, por error, la doctrina del imperativo categórico de la moralidad kantiana. En cualquier caso, el tránsito ya no sería obra de la razón pura práctica. Tampoco nos podría aclarar lo que significa decir de una acción que sólo posee legalidad, puesto que ya habría de estar permitida por el juicio moral, para poseer una tal legalidad. Si, por el contrario, ya existe la permisión que aquí interesa en la disposición natural y, a su vez, tenemos consciencia de ella, nos protegerá frente a la posibilidad de que el cambio de predisposición que nos exige el imperativo categórico de la moralidad se convierta en una acción contradictoria en sí misma. Esto es, una acción que ya debería ser llevada a cabo como obligación por la obligación, no pudiendo, por lo tanto, cumplirse desde la disposición de la que presumiblemente nos saca. O bien, una acción que sólo sería puesta en funcionamiento del arbitrio natural al amparo de prescripciones empíricas, esto es, en ningún caso un acto de libertad autodeterminante.

4. FICHTE se dio cuenta con acierto de que la situación del tránsito a la que hay que entender referida la ley permisiva, tiene semejanza con la de la superación del estado (jurídico) de naturaleza en el avance hacia un estado de paz civil. Pero sacó de ello conclusiones del todo falsas. Esto se debe, entre otras cosas, a que no vio las diferencias sustanciales entre ambas situaciones. La permisión vigente para una disposición de la persona, distinta de la disposición moral, ni contiene una licencia para aplazar el tránsito, ni la exención de una prohibición [89]. Lo único que hace dicha permisión es conferirle a la permisión, para el estado de la disposición natural, carácter de ley. Una parte de dicha permisión sería, en el ámbito de la intención de cumplir con el imperativo

[89] *A. A.* VIII, (347 y ss).

categórico de la moralidad, la permisión de lo indiferentemente permitido, si no fuera porque junto con la otra parte —esto es, según el *factum* de la razón y la consciencia de libertad— se trata de una permisión como consecuencia de una *lex permissiva*. Dicha ley, a diferencia de una ley permisiva para un estado (jurídico) de naturaleza, ni lleva aparejada una condición restrictiva en una ley prohibitiva, ni proporciona una justificación provisional, aunque, de hecho, sí se refiera a un determinado estado de cosas. Con esta legislación y su consecuencia (a saber: la producción de leyes jurídicas) la razón pura práctica o su autonomía no «renuncian» a la idea de la obligación como motor de la razón pura práctica. Ni tampoco a la idea de la obligación para un determinado fin [90]. Del mismo modo que la permisión tampoco proporciona espacio para una ley obligatoria completamente distinta de la libertad práctica, ni para varias leyes de este tipo. De ningún modo, por lo tanto, hace del imperativo de la moralidad un imperativo condicionado. Es evidente que únicamente tiene como consecuencia que la determinación del objeto de la razón pura práctica, en las categorías de la libertad hasta ahora consideradas, ha de ser completada por medio de principios adicionales, los cuales han de ser pensados en posibles predicados para aquellas [91].

Ahora ya se puede formular la ley permisiva y, con ello, su contenido. La fórmula sólo puede decir: cualquier persona puede en cualquier momento, lugar, y estado en el que sea dueña de sí misma, hacer uso de su arbitrio en toda la extensión en la que el imperativo categórico de la moralidad no lo prohíbe, y abstenerse en la extensión en la que el imperativo categórico no impone ningún mandato. Esta permisión, tal y como lo exige KANT [92], se deja introducir en la fórmula del imperativo categórico de la moralidad sin esfuerzo, sin contradicción y sin cláusula excepcional. Referida a sus destinatarios, la ley permisiva completa el texto de este imperativo, añadiendo: «[...] con lo cual tú puedes en cualquier momento, lugar y estado en el que seas dueña o dueño de ti mismo, hacer uso de tu arbitrio en toda la extensión en la que no te resulte prohibido por este imperativo, o, en la medida en que tampoco te resulte ordenado por el mismo, hacer uso de tu arbitrio, o abstenerte de dicho uso». De suyo, debería entenderse, según lo expuesto hasta ahora, que sólo se llega a este apéndice, si al *factum* de la razón se le añade la consciencia de nuestra libertad, esto es, si ésta accede al *factum.*

5. Con el fundamento de la ley permisiva, también debería quedar claro el carácter de su necesidad. No se trata, evidentemente, de una necesidad según leyes de la naturaleza, ni tampoco de una consecuencia lógico-formal de un enunciado a partir de otro determinado, solamente, por razón de la forma y según reglas de conexión funcionales, para enunciados con dicha forma. Se trata de una necesidad epistémica en el contexto del conocimiento práctico, y, de ahí, atribuible tanto a lo que en ello es reconocido, como a su conocimiento. Pero, ambos (esto es, lo reconocido y su conocimiento) no por razón de una ley obligatoria, ni de ninguna necesidad vinculada a su producción legislativa, sino bajo el presupuesto de esta necesidad y vinculados a la

---

[90] *Cfr.*, en contra, W. KERSTING, *ibid.,* 33.

[91] Una de ellas aporta sin duda la determinación dogmática, para acciones individuales, de ser obligaciones perfectas según el tipo, para la exposición y la condición limitativa en ellas, que estas acciones son exclusivamente tales del arbitrio externo —a diferencia de la pura obligación de la virtud en cuanto sean máximas de una determinada forma y motivación, como a diferencia de algunas virtudes que son obligaciones perfectas (frente a sí mismo) [*Cfr.*, *Ibid.* (421 y ss.)].

[92] A. A. VIII, (348).

justificación de dicho presupuesto, por razón de la certeza de nuestra libertad práctica. La cual se justifica de este modo, si resulta suficientemente clarificada no sólo acerca de su certeza subjetiva, sino acerca de sí misma como aquello de lo que esta misma es consciente. Esto, si dicha clarificación no sólo ha de ser considerada como cosa de la filosofía, sino como algo que ya se lleva a cabo en la razón práctica de modo asistemático e impreciso, tan pronto como la razón tenga, además de su norma fundamental, consciencia de su libertad. El conocimiento práctico inmediato, así como el filosófico, ambos en posesión de la modalidad de la certeza, y, por lo tanto, vinculados a la consciencia de la necesidad [93], tienen la cualidad de una *comprehensio*: asen la libertad en un cierto horizonte del pensamiento, esto es, la reconocen «a través de la razón, o a priori... en el grado en el que es suficiente para nuestro propósito» [94]. En aquello que reconocen, tienen no sólo un fundamento del conocimiento de la ley permisiva, sino también su razón de ser. En ello comprendemos cómo nos sabemos necesariamente libres, cuando registramos en nosotros el *factum* de la razón, y cómo forma parte de este conocimiento ejercitar la libertad que somos como razón práctica en la autonomía que incluye la ley permisiva, y en la producción efectual, conforme a las normas que me doy a mí mismo. Por lo tanto, también comprendemos que necesariamente somos libres y cómo lo somos. La producción legislativa, esto es, la producción de obligatoriedad práctica que tanto la ley permisiva, como cualquier otra ley llevan aparejadas, tan sólo consiste en este caso en asir nuestra libertad de modo efectivo como conforme a esta ley. Pero, a continuación, la mencionada producción de obligatoriedad práctica consiste en comprender dicha libertad que hemos asido, para el uso del arbitrio externo de las leyes obligatorias que son consecuencia de la ley permisiva. La sucesiva exposición de la doctrina del objeto de la razón pura práctica, para la que aquí ya no hay sitio, tendría más que decir a esto.

3.6. De nuevo a vueltas con el supremo principio distintivo

Pero al igual que antes, se comprende por qué el arbitrio interno ha de ser «segregado» del externo, y, de modo recíproco, el externo del interno. La razón más profunda para ello estriba en la consciencia de la libertad que adquirimos mediante el *factum* de la razón en el tránsito desde la predisposición natural hacia la predisposición moral. Quien, a la vista de este *factum* y en la consciencia de su libertad, ya tiene la intención de cumplir el imperativo categórico de la moralidad, ha llevado a cabo, en el primer paso de dicho cumplimiento, la segregación de su arbitrio interno del externo. La razón está en que se ha de concentrar en su máxima y, sobre todo, en el motivo moral que en ello ha de subyacer, lo cual es cosa, exclusivamente, de la puesta en funcionamiento del arbitrio interno. Y quien en aquel tránsito, tal y como le está mandado, alcanza la intención de cumplir con el imperativo categórico de la moralidad, ha de efectuar, en primer lugar, la segregación en esa dirección. Aquí, la necesidad es una coacción práctica por medio del imperativo. Quien, por el contrario, no tiene la intención de cumplir el imperativo categórico de la moralidad, ni tampoco logra alcanzar este estado intencional y, por lo tanto, permanece en una predisposición natural, resulta, sin

[93] *Cfr. I. Kant's Logik»,* B. G. Jäsche (ed.), Einleitung IX Anfang (A. A. IX, [65]).
[94] *Ibid*. Einleitung VIII, Schluß (*A. A.* IX, [65]).

embargo, exhortado por el *factum de la razón* a abandonar esa predisposición no sólo por sí mismo. También está llamado dentro de sí mismo (esto es, en la predisposición en la que se encuentra) a registrar la autonomía de la razón práctica, para una ley permisiva de mayor extensión compatible con el imperativo categórico de la moralidad. Igualmente está llamado a tomar en consideración la correspondiente permisión para su libertad. Esta toma en consideración ya es la de una exigencia moral (cuando menos de honestidad intelectual). Pero, también es cosa de la inteligencia y del autoconocimiento teórico y práctico que dicha toma en consideración, como consecuencia de la actividad autónoma de la razón pura práctica, lleve aparejada leyes para el arbitrio, para las que sea posible una legislación externa que llegue a ser efectiva en una u otra variante. Tampoco aquí está el uso del arbitrio interno sometido a limitación alguna, más allá de la que ya se haya constituido con el imperativo categórico de la moralidad, aunque en la predisposición natural todavía no haya sido tomada en consideración. Y es que como la ley permisiva autoriza a todos los seres racionales al uso de su libertad en la misma medida, han de estar las consecuencias de dicho uso cohonestadas en la propia ley permisiva, en la medida en que sean tangentes al arbitrio de otros. Como corolario, la toma en consideración de aquellas consecuencias tiene que venir restringida de modo distinto y en relación a algo otro que lo permitido en el ámbito del imperativo categórico de la moralidad, donde aparece como lo indiferentemente permitido, o lo permitido porque está ordenado. La restricción ha de venir de la mano de las condiciones del principio general del derecho, según el cual, una acción (ya proceda del arbitrio interno o externo) es conforme a derecho cuando, «como tal, o [incluso] según su máxima, puede hacer coexistir la libertad del arbitrio de cada uno con la libertad de cada uno al amparo de una ley universal» (§ C). Para dicha restricción, y en cuanto a la «posibilidad de coexistir», sólo tiene relevancia la puesta en marcha del arbitrio externo con posible influencia en el arbitrio ajeno. De ahí, que haya de tener lugar la abstracción del arbitrio externo del interno en una predisposición natural, y de modo simétrico a la abstracción que de inmediato acompaña a la intención de cumplir con el imperativo categórico de la moralidad. Y esto no sólo en cuanto a la preparación para el tránsito hacia la intención de cumplir con el imperativo categórico de la moralidad, sino también en lo que se refiere a la preservación de la intención natural. La abstracción es, por lo tanto, una consecuencia directa de la consciencia de la libertad perteneciente a la predisposición que se genera a partir del *factum* de la razón, y de la consciencia de la *lex permissiva* que en ello y con ello es pensada. El fundamento de la abstracción no es otro que el de la propia ley permisiva, a saber: la libertad. La cual, con el *factum* de la razón, ya va deviniendo consciencia de sí misma como autonomía práctica en mi predisposición natural, y que constituye lo que todo ser finito que dispone de razón práctica es. Pero, como hemos visto, con la ley permisiva también resulta necesario el derecho, como conjunto de leyes que tienen por objeto de modo exclusivo la acción externa, tanto con la posibilidad de legislación externa, como interna[95]. Des-

[95] Necesario para derecho, aunque sólo como aquella existencia que corresponde al conjunto de normas jurídicas como idea en nuestra percepción. La realidad práctica específica de este concepto (como obligatoriedad efectiva que tienen las normas a través de la legislación externa), solamente, puede ser demostrada a través de la tarea que, con la prueba de una permisión al uso de la fuerza coercitiva, es acometida para superar el problema. Sin ello, las normas jurídicas sólo tienen obligatoriedad moral interna para obligaciones éticas-indirectas. Todo lo que se dice en las normas mismas —así como la norma del principio general de la ley

de el punto de vista de los principios kantianos, podemos, por lo tanto, felicitarnos. Pero, sobre todo, por haber visto, en primer lugar, el fundamento de la necesidad del derecho, que es, a mi modo de ver, el modo en que se lo plantea KANT. Es a través de la justificación de las normas jurídicas, como también se le da un significado objetivo a la categoría de la obligación perfecta, para las acciones externas.

A ello, una consideración adicional: el joven J. EBBINGHAUS, en su escrito de habilitación hegeliano no publicado en vida sobre el HEGEL francfurtiano, caracterizaba como la «dificultad fundamental» de toda la filosofía práctica de KANT el explicar de modo convincente cómo lo externo (de una legislación) se mete en la doctrina de la moral y qué significado puede tener [96]. Poco después, cuando EBBINGHAUS se hizo kantiano, reprimió la cuestión, la cual, desde entonces, quedó atrapada en un olvido necesario. En ninguno de sus escritos posteriores se vuelve a plantear la cuestión, a pesar de que desde el punto de vista de la temática habría sido del todo exigible. Mi intención era liberar a los kantianos de la presión generada por el problema que llevó a la mencionada represión. Pero, sólo podría decir que no he hecho otra cosa más que dar la versión kantiana, para la fundamentación de que la voluntad libre en sí y para sí de un espíritu subjetivo libre en la inmediatez de su *dasein* es, según el oscuro planteamiento de HEGEL, el derecho. En lo que concierne a la necesidad del derecho también parece que HEGEL, quien evitó las trivializaciones, comprendió a KANT mejor que todos sus críticos kantianos —por no mencionar a los no kantianos—.

(Traducción de Oliver Bueno)

jurídica— es «mera» idea. La «razón sólo dice que esta limitada en su idea y que también puede ser limitada por otros de obra» (*ibid*., § C).

[96] «Die Grundlagen der Hegelschen Philosophie», publicado por primera vez en J. EBBINGHAUS, *Gesammelte Schriften*, Band 4. En conexión con G. GEISMANN y H. OBERER hrg. v. K. HERB/St. NACHTSHEIM/U. RAMEIL, Bonn, 1994, 240.

SEGURIDAD JURÍDICA Y PREVISIBILIDAD *

Isabel Lifante Vidal

Universidad de Alicante

RESUMEN. El objetivo de este trabajo es defender una concepción de la seguridad jurídica que resulte coherente con las exigencias normativas del Estado constitucional de derecho. Como intentaré mostrar, ello implica «sustantivizar» un tanto las exigencias que se derivan de este valor, que suele presentarse —de manera un tanto imprecisa— como exclusivamente «formal».

Palabras clave: Seguridad jurídica, previsibilidad, Estado constitucional de derecho, imperio de la ley, valores formales.

Legal Certainty and Predictability

ABSTRACT. The purpose of this paper is to explore a conception of the value of legal certainty that could be soundly considered coherent with the normative requirements of a Constitutional Rule-of-Law State. I argue that we need to depart from a somehow —as I will argue— purely formal understanding of the requirements imposed by such value and to consider that they need to be provided with a substantive content.

Keywords: Legal certainty, predictability, Constitutional Rule-of-Law State, Rule of Law, formal values.

* Fecha de recepción: 22 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Argumentación y constitucionalismo» (DER2010-21032), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. ALGUNAS OBSERVACIONES INICIALES SOBRE EL VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

En una primera aproximación podemos entender por seguridad jurídica la capacidad que nos proporciona el derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta [1]. Aquí nos encontramos con un primer «escollo analítico». Muchos de los que han estudiado este concepto se han ocupado de distinguir dos aspectos del mismo: la seguridad jurídica como hecho y como valor [2]; y podrían alegar —no sin razón— que con esa definición parece hacerse referencia al aspecto fáctico y no al valorativo de dicho concepto. Ahora bien, cuando hablamos del valor de la seguridad jurídica hacemos referencia precisamente a que el hecho —el estado de cosas— en que se produce dicha capacidad de previsión es objeto de valoración positiva, en el sentido de que consideramos bueno —valioso— que se produzca y aceptamos que tenemos razones para procurar obtenerlo o maximizarlo. En este trabajo —siguiendo una convención no del todo consolidada—, utilizaré el término «seguridad jurídica» para hacer referencia al aspecto valorativo y el de «previsibilidad» para hacer referencia al estado de cosas que es considerado valioso, y que en ese sentido debe ser perseguido [3].

Un segundo «escollo analítico» vendría dado por otra ambigüedad que también encontramos al hablar del valor de la seguridad. Con este término en ocasiones nos referimos a un valor externo al derecho, un valor ético-político que forma parte de las exigencias normativas del ideal del Estado de derecho, y en ese sentido sería utilizado para valorar el derecho desde una perspectiva externa; mientras que en otras ocasiones hacemos referencia a un valor interno al derecho, recogido en normas jurídicas con mayor o menor nivel de concreción; así por ejemplo, la Constitución española, en su art. 9.3 recoge el principio de seguridad jurídica, junto a otros que serían concreciones del mismo: legalidad, jerarquía, publicidad, irretroactividad, etc. Ahora bien, creo que es equivocado trazar una distinción tajante entre estos dos sentidos del valor «seguridad jurídica». La adecuada comprensión de ese ideal normativo ético-político que utilizamos para valorar el derecho «desde fuera» (primer sentido) resulta fundamental si lo que queremos es ocuparnos de las exigencias que se derivan de la incorporación a nuestros derechos de dicho valor y de los principios en los que se desarrolla (segundo sentido).

En este sentido, un buen punto de partida para el estudio del valor de la seguridad jurídica lo encontramos en el análisis de las exigencias del Estado de derecho. Siguiendo las ya clásicas reflexiones de E. Díaz, el concepto de «Estado de derecho» operaría como un rótulo evaluativo para designar a aquellos Estados que cumplen (al menos en determinado grado) con ciertas exigencias que implican el sometimiento del

---

[1] Tomo esta definición de Atienza (1985: 116).

[2] Sobre la distinción entre estos dos aspectos de la seguridad (o certeza), *vid.* Gianformaggio (1996: 162-163); Luzzati (1999: 252 y ss.); Ávila (2012: 92 y ss.); Gometz (2012: 53 y ss.), etcétera.

[3] Si acudimos, sin embargo, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español veremos que en la misma se distinguen (a partir de la clásica sentencia 27/1981) dos vertientes del principio de seguridad jurídica: la objetiva, a la que denomina «certeza», y la subjetiva, para la que reserva el nombre de «previsibilidad». También Pérez Luño (1991: 37) llama la atención sobre las distintas convenciones terminológicas en la materia.

Estado a su propio derecho, a través de la regulación y el control de todos los poderes y actuaciones del Estado por medio de leyes; leyes que deben haber sido creadas según procedimientos de libre y abierta participación popular. Junto al requisito del *imperio de la ley* (entendiendo por «ley» aquella democráticamente producida), que constituiría el primer ingrediente de la noción Estado de derecho, se incluirían también los siguientes rasgos definitorios: «*b)* División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. *c)* Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial. *d)* derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico formal y efectiva realización material» (DÍAZ, 1992: 31). Es importante darse cuenta de que, en esta caracterización, los distintos elementos no se encuentran en el mismo nivel: mientras que el primero (el imperio de la ley) goza de prioridad tanto lógica como histórica frente al resto, es precisamente el objetivo de hacer efectivos los derechos humanos —entendidos como exigencias morales— lo que dota de valor a las instituciones que lo hacen posible, y que conformarían el modelo jurídico-político que denominamos Estado de derecho. De modo que el último elemento (la garantía de los derechos y libertades) tendría —podríamos decir— una prioridad justificativa frente al resto.

Esta misma idea, la instrumentalidad del ideal político del imperio de la ley (como uno de los requisitos del Estado de derecho), es desarrollada con extensión por F. LAPORTA (2007). Se trata —según este autor— de una idea moral regulativa: un conjunto de exigencias éticas para el poder y para el derecho que han de ser cumplidas en la mayor medida posible. El valor moral de esta exigencia lo encuentra LAPORTA en su vinculación directa con la autonomía personal: «la fundamentación moral de todo el complejo mundo de normas e instituciones que constituyen lo que hoy designamos con el concepto de imperio de la ley no es otra que una apuesta moral implícita a favor de la autonomía personal» (LAPORTA, 2007: 18). La existencia de normas que nos proporcionan un cierto grado de previsibilidad de las relaciones sociales es una condición necesaria (aunque no suficiente [4]) para el desarrollo de la autonomía personal, entendida como la exigencia de que la vida del ser humano sea algo definido por él mismo en un marco de libertad personal y de racionalidad proyectiva.

Cualquier análisis sobre las implicaciones de la seguridad jurídica debe entonces partir de la consideración de que se trata de un valor en la medida en que es un instrumento para la consecución de otros fines que consideramos valiosos: en términos individuales, el desarrollo de la autonomía personal; y en términos sociales, el formar parte del entramado institucional que posibilita el desarrollo de los derechos humanos, o dicho de otro modo, el desarrollo de la justicia. Se trata, además de un instrumento que podemos considerar «necesario», pues no resulta fácilmente sustituible (al menos de momento no contamos con una alternativa que proporcione un nivel similar de previsibilidad, a igual o menor coste en términos de otras exigencias valorativas). De modo que, siguiendo la clasificación de valores propuesta por ATIENZA y RUIZ MANERO (1996: 136 y ss.), debería ser considerado como algo intrínsecamente valioso [5]; pero

[4] En este sentido, LAPORTA (2007: 52) recuerda que puede incluso haber normas cuyo contenido sea directamente contrario a cualquier promoción de la autonomía.

[5] En contra de esta opinión, *vid.* GARCÍA MANRIQUE (2003). En realidad este autor no sostiene la tesis de que la seguridad jurídica carezca de valor, sino que defiende que ninguno de los argumentos ofrecidos para justificar dicho valor funcionaría. En mi opinión el error de GARCÍA MANRIQUE parece consistir precisamente en

se trataría de un valor «utilitario» y no «último» (los valores últimos serían para estos autores los que son considerados valiosos independientemente de su conexión con un fin ulterior)[6]. Eso abre la puerta a la posibilidad de que en el derecho existan conflictos entre la seguridad y otros valores también utilitarios que deberán resolverse con las correspondientes ponderaciones.

Otra característica que usualmente se predica de la seguridad jurídica es su carácter eminentemente «formal». Pero no está nada claro a qué nos referimos con esta idea, ni dónde radica el criterio de distinción entre los valores «formales» y los «sustantivos». En una primera interpretación, podemos estar haciendo referencia simplemente a la distinción entre valores últimos y valores utilitarios a la que acabamos de aludir. Los valores «sustantivos» serían entonces los valores últimos; pero ello nos llevaría a considerar que, por ejemplo, la estabilidad económica, el pleno empleo, o la igualdad de oportunidades no podrían ser considerados valores «sustantivos», sino también «formales», lo que nos apartaría demasiado del uso generalizado de esta expresión. Una segunda interpretación es aquella que considera que los valores «formales» son aquéllos cuya realización depende exclusivamente de rasgos formales del derecho, al margen del contenido sustantivo de las concretas regulaciones. Soy consciente de que hablar de «rasgos formales» tampoco aclara mucho. Usaré esta expresión de modo amplio para referirme a cualquiera de los cuatro sentidos de formalidad que distinguen ATIYAH y SUMMERS (1987: 11 y ss.)[7]: formalidad autoritativa (que depende a su vez de dos factores: los relativos a la validez y los relativos a la jerarquía), formalidad en cuanto al contenido (que también hacen depender de dos factores: el grado en el que el contenido de la regla es definido mediante *fiat* —y no apelando directamente a razones sustanciales— y el grado en que resultan sub-inclusivas o sobre-inclusivas respecto a las razones sustanciales que las justificarían[8]), formalidad interpretativa (primacía de la

---

negar valor a todo aquello que valoremos instrumentalmente, o dicho de otro modo, su argumentación podría ser aceptable si la misma se dirigiera a considerar que la seguridad jurídica no puede ser un valor último.

[6] Aquí utilizo la clasificación de los valores que realizan ATIENZA y RUIZ MANERO (1996), pero no asumo sin embargo la correlación que aceptan estos autores entre tipos de valores y tipos de normas; en particular entre los principios en sentido estricto con los valores últimos y las directrices con los valores instrumentales. Debe notarse que, en un trabajo posterior (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2001), estos autores reconocen que habían descuidado el aspecto institucional del derecho y consideran que deben incorporarse nuevas categorías de enunciados jurídicos: los principios institucionales tanto en la forma de principios en sentido estricto como en la forma de directrices. Sin embargo, en mi opinión, la corrección que necesitaba su teoría para dar cuenta adecuadamente del aspecto institucional del derecho era precisamente la desvinculación entre el tipo de normas ante el que nos encontramos y la jerarquía de los valores.

[7] En este trabajo, ATIYAH y SUMMERS contraponen las razones «formales» a las «sustantivas», con el fin de realizar un análisis comparativo del papel que juegan cada una de ellas en el razonamiento jurídico. Es importante señalar que para estos autores la formalidad (en cualquiera de esos sentidos) es una cuestión de grado, de modo que una razón puede ser más o menos formal y/o sustancial. La exposición que aquí presento utiliza también un trabajo posterior de SUMMERS (2001: 113-120).

[8] Una regla que dijera «Circule por la derecha» sería altamente formal respecto al contenido atendiendo al primer factor señalado (pues su contenido está determinado en gran medida por una cuestión de decisión o *fiat*). Y, por lo que respecta al segundo factor —obviamente relacionado con el primero—, una regla que estableciera «Prohibido introducir vehículos en el parque» —suponiéndole el objetivo de evitar ruidos molestos— tendría mayor grado de formalidad que otra que dijera «Prohibido hacer ruido en el parque más allá de lo razonable» (*cfr.* ATIYAH y SUMMERS, 1987: 13-14). Este sentido de «formalidad» está íntimamente ligado con la concepción de SCHAUER de las reglas como generalizaciones atrincheradas, desarrollada a partir del fenómeno de la autonomía semántica del lenguaje: la aptitud que poseen los símbolos para portar significados independientes de los propósitos comunicativos que persigan sus usuarios en ocasiones particulares (SCHAUER, 2004: 113 y ss.).

interpretación literal frente a otros métodos interpretativos que aluden a fines o valores subyacentes) y formalidad perentoria (imposibilidad o dificultad de ser desplazada en el razonamiento aplicativo por las razones sustantivas en contra). Y, por último, en una tercera lectura, no del todo desconectada de la anterior, la caracterización de la seguridad como valor formal lo que pretendería remarcar es la idea de que se trata de un valor independiente del resto de valores que encarnan el ideal de justicia, que serían los valores sustantivos (la igualdad, la libertad...); de modo que el valor seguridad jurídica podría desarrollarse en la misma medida tanto en un derecho centralmente justo como en uno injusto [9]. En este sentido se suele señalar que la seguridad de la injusticia sería, *ceteris paribus*, valiosa: si la injusticia se va a producir, al menos es mejor poder preverla.

En mi opinión estas dos últimas interpretaciones de lo que implica el carácter formal de la seguridad jurídica corren el peligro de ser exageradas, dando lugar a un «formalismo» rechazable [10]. Y en este sentido el objetivo de este trabajo es precisamente defender una concepción de la seguridad jurídica en la que se relativice un tanto lo que implica ese carácter formal, así como la pretendida distinción tajante entre los diferentes valores jurídicos [11]. Algunos autores critican este tipo de concepción más «sustantivizada» porque la misma implicaría incluir en el concepto de seguridad jurídica cualquier exigencia valorativa, de modo que dejaría de tener referencia propia y sería sinónimo de justicia, dificultando así la precisa identificación de los distintos valores y, en caso de conflicto, su ponderación [12]. Pero creo que esta conclusión no se sigue; es posible mostrar cómo el contenido sustantivo de las regulaciones —y no sólo sus aspectos formales— afecta a la previsibilidad, y cómo el desarrollo óptimo del valor de la seguridad jurídica no es independiente de otros valores jurídicos, sin que ello implique incurrir en la indiferenciación de los valores; aunque he de advertir que desde una óptica coherentista u holista como la que yo suscribiría, la comprensión de unos valores descansa necesariamente en otros, y todos han de acabar apoyándose en los valores que consideramos últimos [13].

---

[9] Algunos, refiriéndose a esta idea, califican a la seguridad como concepto «neutro» (así, por ejemplo, DIEGO MORENO, en el Prólogo al libro de GOMETZ, 2012). Pero hablar de «valor neutro» suena un tanto paradójico; más adecuado parecería el rótulo de «valor adjetivo» que por ejemplo utiliza ATIENZA (aunque —como veremos— este autor distingue varios niveles, y es en el último de ellos donde utiliza esta caracterización de «valor adjetivo» precisamente para negar la independencia entre los distintos valores; *cfr.* ATIENZA, 1985: 118).

[10] Para ATIYAH y SUMMERS (1987: 28 y ss.) un razonamiento jurídico sería «formalista» cuando se produce una degeneración de uno o más de los aspectos formales presentes en el derecho en detrimento de sus aspectos sustantivos. En realidad, para estos autores, serían igualmente rechazables tanto el exceso de formalidad como el exceso de sustantividad.

[11] Ésta sería también la postura en nuestro país de ATIENZA (1985) y PÉREZ LUÑO (1991). La propuesta de ATIENZA consiste en defender tres niveles distintos de seguridad jurídica cada uno de los cuales presenta exigencias diversas. La conexión máxima con otros valores se produce en el último nivel (en el que se armonizan los distintos valores), En un sentido similar, ESCUDERO ALDAY (2000: 503 y ss.) distingue dos niveles de «seguridad jurídica», el primero —al que también llama «certeza»— sería independiente de las cuestiones relativas a la justificación (de origen y de contenido) del derecho, mientras que el segundo (para el que propone reservar el nombre de «seguridad jurídica») incluiría el respeto de los derechos fundamentales. Mi tesis es, sin embargo, que también en el nivel que estos autores denominan certeza se produce una cierta «materialización» de las exigencias de este valor.

[12] En este sentido *vid.* SUMMERS (1993), ARCOS RAMÍREZ (2000: 395-403), o GARCÍA MANRIQUE (2003: 484).

[13] Esta visión sería muy próxima a la sostenida por ejemplo por DWORKIN y que se encuentra desarrollada con gran detalle en una de sus últimas obras (DWORKIN, 2011).

2. UN ANÁLISIS DE LA PREVISIBILIDAD JURÍDICA

Dejemos momentáneamente de lado —en la medida de lo posible— el aspecto valorativo de la seguridad jurídica y pasemos a analizar en qué consiste su «aspecto fáctico»: la previsibilidad jurídica, ese estado de cosas que el derecho debe generar, o mejor dicho, maximizar, para cumplir con las exigencias normativas del valor seguridad jurídica. Me ocuparé primero de las peculiaridades que presenta la previsibilidad a la que caracterizamos como «jurídica» y, en segundo lugar, de qué es lo que implica considerar que la previsibilidad es una propiedad «graduable» —que puede darse en mayor o menor grado— si tenemos en cuenta que se trata además de una propiedad compleja (que presenta diversas dimensiones).

2.1. Previsibilidad y previsibilidad «jurídica»

En general podemos decir que con el término «previsibilidad» hacemos referencia a la cualidad de aquello cuyo acontecimiento puede ser conocido o conjeturado por medio de algunas señales o indicios. A partir de esta definición, las peculiaridades de la previsibilidad «jurídica» pueden ser analizadas preguntándonos qué tipo de sucesos son objeto de la misma, y qué tipo de señales o indicios operan en ella.

2.1.1. ¿Qué sucesos pueden ser objeto de la previsibilidad jurídica?

Respecto a la primera cuestión, la relativa a cuál es su objeto, el punto de partida es —como hemos visto— que la previsibilidad en general parece referirse a acontecimientos futuros; y en particular, en el caso de la previsibilidad «jurídica», estos acontecimientos serían conductas humanas: tanto acciones naturales ordenadas por las normas jurídicas (conducir por la derecha, no matar, etc.), como acciones institucionales (actos jurídicos), bien realizadas por particulares (un despido, la interposición de una demanda, etc.) o bien por órganos jurídicos (imposición de una multa por exceso de velocidad, reconocimiento de una indemnización, una calificación urbanística, etc.).

Muchos de los análisis sobre la seguridad jurídica —sobre todo aquellos que se realizan tomando como punto de partida el análisis de las exigencias del *Imperio de la ley* [14]— se han ocupado exclusiva o centralmente de la previsibilidad de las decisiones de los órganos jurídicos, fundamentalmente judiciales, dejando al margen —aunque presuponiéndola— la previsibilidad de la conducta de los ciudadanos regulada por las «normas primarias». Este es por ejemplo el caso de LAPORTA (2007: 70), quien considera que, dado que las agencias encargadas de aplicar por la fuerza las pautas contenidas en las reglas pueden ser una amenaza letal para la posibilidad de la autono-

[14] Como GARCÍA MANRIQUE pone de manifiesto hay una serie de conceptos afines a la seguridad jurídica pero no completamente coextensivos: imperio de la ley, estado de derecho, principio de legalidad, igualdad ante la ley, justicia formal, moral interna del derecho, etc. (GARCÍA MANRIQUE, 2003: 484-485).

mía personal, es de fundamental importancia que las mismas estén sometidas a reglas, y que sus actuaciones sean previsibles. A partir de esta primacía dada a la previsibilidad de las conductas de estas agencias, LAPORTA se pregunta qué tipo de acontecimientos son en particular las decisiones judiciales. «Cuando hablamos de una decisión judicial estamos hablando al menos de tres componentes: el contenido proposicional de un enunciado (normativo), más el hecho psicológico de que el juez se adhiera a él, más el hecho (institucional) de emitir ese enunciado» (LAPORTA, 2007: 138). De estos tres aspectos, considera que el primero (el contenido proposicional) tendría prioridad epistémica sobre los otros dos y sería por tanto en el que debemos centrarnos para analizar la previsibilidad jurídica. «Pero como tal cosa no es un hecho, sino que se trata de una proposición tenemos que mostrar ahora el proceso para conocerla de antemano». En este sentido, LAPORTA señala cómo en ocasiones también hablamos de previsibilidad (o predecibilidad) para referirnos no exactamente a acontecimientos futuros, sino a corolarios inferidos a partir de algunos hechos y teorías aceptadas, y pone el siguiente ejemplo:

> Cuando Le Verrier y Adams, cada uno por su lado y sin comunicación alguna entre sí, *predijeron* que dadas las presuposiciones de la mecánica newtoniana y las perturbaciones que se habían observado en la órbita de Urano, tenía que haber otro planeta exterior a Urano que ejercía cierta fuerza gravitacional sobre él, no estaban hablando de nada que fuera a suceder en el futuro. Neptuno fue descubierto finalmente en 1846, algunos meses después de la predicción de su existencia, pero nadie dudaría en afirmar que existía antes de esa predicción [...] Estrictamente hablando, esta denominada «predicción» era sólo un corolario obtenido a partir del juego de algunos hechos y algunas teorías; era ni más ni menos que la conclusión de una inferencia (LAPORTA, 2007: 138).

Para LAPORTA habría, pues, dos contenidos posibles de la práctica de predecir: «hechos que van a ocurrir y pueden ser probados, o bien corolarios que pueden ser inferidos y comprobados», y la previsibilidad jurídica se explicaría mejor a partir de este segundo tipo de «predicciones» [15]. A partir de aquí, LAPORTA considera que cuanto más seguro sea el razonamiento que dé lugar a la conclusión en que ha de consistir el contenido proposicional de la decisión judicial, más predecible será la misma, y esto ocurre —en su opinión— cuando nos encontramos ante razonamientos deductivos (en los que si las premisas son verdaderas, entonces la conclusión es también necesariamente verdadera), pues otro tipo de razonamientos (evaluativos y/o ponderativos) implicarían un déficit de previsibilidad al no ser necesario el paso de las premisas a la conclusión [16]. Desde esta perspectiva, la previsibilidad de las decisiones jurídicas se hace depender de que su contenido proposicional sea la conclusión de un razonamiento lógico subsuntivo a partir de premisas generales «preexistentes» y cognoscibles que resulten mecánicamente aplicables (que han de ser por tanto —remarca LAPORTA—

[15] Esta misma idea ha sido remarcada por diversos autores italianos, señalando que la certeza jurídica (que sería equivalente a nuestra seguridad) ha de verse no tanto como previsibilidad entendida en un sentido causal o probabilístico, sino como «controlabilidad» de las decisiones. *Cfr.,* por ejemplo, GIANFORMAGGIO (1986: 166) y también LUZZATI (1999: 271 y ss.). En contra, *vid.* la opinión de GOMETZ (2012: 220 y ss).

[16] Debe notarse que este razonamiento de LAPORTA parecería olvidar que la «seguridad» respecto al resultado de un argumento deductivo dependerá fundamentalmente de la seguridad que tengamos en cuáles son las premisas; seguridad que aquí parece presupuesta, relegando el problema de la interpretación del derecho. En realidad LAPORTA es consciente de ello y dedica dos capítulos de su libro (LAPORTA, 2007, caps. 8 y 9) a estas cuestiones.

«reglas» jurídicas y no otro tipo de estándares [17]). Luego volveremos sobre esta idea, pero de momento quiero retomar la cuestión del objeto de la previsibilidad jurídica.

Aunque admitamos que la posibilidad de prever las decisiones judiciales tiene fundamental importancia, pues en última instancia casi cualquier actuación jurídicamente relevante puede ser revisada ante los tribunales, no conviene perder de vista que no sólo nos interesa prever decisiones judiciales aplicativas del derecho. En muchas ocasiones nos interesará prever otras decisiones de órganos jurídicos: ciertas reformas legislativas, o la adopción de medidas discrecionales por parte de distintos órganos jurídicos, administrativos o judiciales (la concesión de una subvención, de una licencia urbanística o la adopción de determinadas medidas cautelares). Pero, por supuesto, también estamos interesados sobremanera en prever directamente conductas de particulares (independientemente de que puedan ser luego judicializadas): un auxilio en caso de necesidad, la conducción por la derecha, un despido laboral, el cumplimiento de una cláusula contractual, etc. A la generación de esta última previsibilidad, a la que podemos considerar «primaria», contribuye de manera fundamental la configuración del derecho como orden coactivo [18]; pero también hay muchas exigencias específicas incorporadas a nuestros derechos dirigidas precisamente a generar este tipo de previsibilidad «primaria»: la exigencia general de buena fe, o la «doctrina de los actos propios» en el ámbito de derecho privado negocial, según la cual nadie puede ir en contra de sus propios actos [19].

2.1.2. ¿Con qué indicios opera la previsibilidad jurídica?

Pasemos a la segunda cuestión, la relativa al tipo de indicios o señales en los que se basa la previsibilidad que calificamos como «jurídica». Como hemos visto, cuando hablamos de seguridad «jurídica» nos referimos a la capacidad de prever que nos ofrece el derecho; de modo que las «señales o indicios» que consideramos como instrumentos válidos para realizar este tipo de previsiones han de ser los ofrecidos por el propio derecho.

No hablaríamos de que existe previsibilidad «jurídica», por ejemplo, si a partir de las peculiaridades psicológicas de un determinado juez, se puede prever —incluso con gran certeza— que aceptará un soborno para absolver a un culpable; ni tampoco si en

---

[17] Obviamente es imposible —y yo diría que también inconveniente— que todos los casos que han de decidir los jueces puedan ser resueltos exclusivamente de esta manera. LAPORTA —consciente de esta imposibilidad— lo que hace es formular un ideal a conseguir en la mayor medida posible (*cfr.* LAPORTA, 1994: 144). Ello implicará exigencias en al menos dos niveles: para el legislador, optar por un tipo de leyes que cumplan los requisitos que hagan posible este tipo de aplicación (claridad, ausencia de lagunas o contradicciones, no uso de términos valorativos, etc.) y para los jueces que —en la medida de lo posible— se limiten a interpretar literalmente las normas.

[18] Cfr. ATIENZA (1985: 117), LAPORTA (2007: 70).

[19] Así por ejemplo la STC 27/1981 considera (en su FJ 9.º) que esta doctrina «ha sido aceptada por la jurisprudencia, al estimar que «lo fundamental que hay que proteger es la relación de confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe que, ciertamente, se basa en una coherencia de comportamiento en las relaciones humanas y negociales». Sin embargo, considera el TC que la misma sería aplicable en aquellos casos en los que el contenido de tales actos esté en la disponibilidad de quien se manifiesta, pero no se aplica de igual modo al ámbito público, donde los intereses en juego son de otra naturaleza y el contenido de los actos no sea igualmente disponible.

una determinada sociedad el miedo generalizado a la mafia hace que podamos prever que determinados tipos de conductas quedarán generalmente impunes. Ahora bien: aunque pueda haber cierto consenso para identificar ciertos factores que de ningún modo deben contar como generadores de previsibilidad jurídica [20], no es tan fácil encontrar consenso sobre cómo identificar a los factores de naturaleza «jurídica». Y ello porque determinar qué factores han de ser considerados jurídicos implica responder previamente a la pregunta sobre qué concepción del derecho consideramos más adecuada; y ello excedería con mucho los límites de este trabajo. Sólo señalaré algunos de los rasgos que caracterizarían a una concepción constitucionalista del derecho como la que yo suscribo, y que en mi opinión resulta la más adecuada para afrontar las exigencias vinculadas a la seguridad jurídica [21]: En primer lugar, la consideración del derecho como una realidad dinámica, que consiste en una práctica social compleja que incluye, además de normas de diversos tipos, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. En segundo lugar, la importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico. Las peculiaridades de reglas y principios se conciben fundamentalmente a partir del papel que juegan en el razonamiento práctico, y la validez jurídica pasa a incorporar aspectos sustantivos y no meramente formales. Y, en tercer lugar, una tendencia hacia la integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política. Lo que por un lado implica la difuminación de las fronteras entre el derecho y el no derecho [22] y, por otro, la tesis de que entre el derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco. El derecho no es sólo concebido como un instrumento para lograr cualquier tipo de objetivos sociales, sino que incorpora valores morales, como aquellos en los que se sustentan las exigencias del ideal del Estado de derecho.

2.2. El carácter graduable —y complejo— de la previsibilidad jurídica

Es usual caracterizar a la previsibilidad en general como una propiedad graduable, remarcando la idea de que se trata de un concepto que no opera de modo todo o nada, sino que se puede dar en mayor o menor medida. Si nos imaginamos un continuo, en un extremo situaríamos la previsibilidad absoluta, la «certeza» de que algo va a producirse; y en el otro extremo de nuestro continuo situaríamos el grado 0, la ausencia

---

[20] En contra de esta opinión, Gometz —alineándose con la tradición realista— considera que cualquier tipo de factor (aunque sea externo e incluso contrario al derecho) que nos ayude a conocer de antemano decisiones jurídicas debe ser considerado como generador de certeza jurídica (por lo que en su opinión convendría hablar mejor de «certeza sobre el derecho»). Si bien este autor matiza que «a la larga» acaba siendo más previsible un derecho en el que los factores determinantes de las conductas son factores jurídicos (Gometz, 2012: 197 y ss.).

[21] Estos rasgos son una simplificación de las caracterizaciones que realizan Atienza (2007: 130-132) y Aguiló Regla (2008: 14-25).

[22] Quizás un ejemplo nos sirva para aclarar la permeabilidad de las fronteras entre factores jurídicos y no jurídicos a la que me refiero: alguien podría haber previsto el sentido de la decisión del Tribunal Constitucional español sobre la ley de matrimonio entre personas del mismo sexo (STC 198/2012) a partir del indicio de la gran aceptabilidad social de la que actualmente gozan las parejas homosexuales; pues bien, estas previsiones no sólo habrían resultado acertadas, sino que además habrían estado basadas en factores que el propio Tribunal consideró jurídicamente relevantes —a través de la idea de la «interpretación evolutiva»— para aceptar la constitucionalidad de dicha ley (FJ 9.º, STC 198/2012).

total de previsibilidad. Es difícil encontrar ejemplos que situar en los extremos. Respecto a la certeza absoluta, es dudoso que haya situaciones en las que podamos realizar previsiones completamente ciertas, sobre todo cuando de lo que se trata es de prever fenómenos sociales: conducta humana y sus consecuencias (en todo caso, este grado máximo de previsibilidad lo reservaríamos para fenómenos naturales regidos por leyes físicas conocidas de antemano). Por otro lado, tampoco es fácil encontrar ejemplos de situaciones de total incertidumbre; y, de nuevo, los que se nos puedan ocurrir se situarían también en el ámbito de los fenómenos naturales (pensemos en los llamados sistemas dinámicos «caóticos»), pues en el ámbito de las conductas humanas nos encontramos que las mismas están inmersas en diversas prácticas sociales que siempre operan como factores de estabilización generadores de algún grado de previsibilidad. De modo que cuando hablamos de previsibilidad jurídica (donde se trata de conductas humanas) nos situamos siempre en situaciones intermedias entre esos dos extremos ideales.

Como ya FULLER puso de manifiesto, para que exista derecho debemos estar ante normas que —en alguna medida— sean públicas, generales, claras, estables, de posible cumplimiento, irretroactivas, no contradictorias, y aplicadas (por los jueces y demás funcionarios) de manera consistente y regular [23]; y todas estas características contribuyen a generar previsibilidad. Algunos autores han remarcado la idea de que la historia del derecho moderno puede ser vista precisamente como la historia de la evolución de los instrumentos tendentes a proporcionar o, mejor dicho, incrementar dicha certeza [24]. Admitimos que un derecho (o un determinado sector del mismo) puede desarrollar en mayor o menor medida el valor de la seguridad jurídica, en el sentido de que puede proporcionarnos un mayor o menor grado de previsibilidad de la conducta humana, pero ¿qué quiere decir que el grado de previsibilidad es mayor o menor?, ¿qué es lo que se compara? Contestar a estas preguntas no implica —ni mucho menos— adoptar una métrica que nos permita cuantificar el grado de previsibilidad logrado [25], entre otras cosas porque en realidad cuando hablamos de previsibilidad no nos referimos exactamente a que de hecho las conductas hayan sido efectivamente previstas, sino que hayan podido serlo, es decir, que se den las condiciones para posibilitar dicho conocimiento anticipado [26]. Mi objetivo al analizar la gradualidad es más modesto: no se trata de «medir» la previsibilidad, sino de reflexionar sobre en qué aspectos de la misma nos fijamos para llevar a cabo las comparaciones (para determinar —por ejemplo— si

[23] Estas características vendrían a configurar lo que FULLER (1969) llamó la moralidad interna del derecho.

[24] Cfr. ESCUDERO ALDAY (2000: 203). Aunque también se han remarcado los desafíos que a la consecución de este ideal ha supuesto el fenómeno de la globalización, con la aparición (o mejor dicho, proliferación) de instrumentos de *soft law*, etc. (*cfr.* LAPORTA, 2007: 243-265).

[25] Esta sería en mi opinión una tarea condenada al fracaso; al menos desde una perspectiva interesada por sus aspectos normativos (otra cosa sería un estudio sociológico sobre, por ejemplo, la percepción de la previsibilidad). No es ésta, sin embargo, la opinión de GOMETZ quien en su trabajo *La certeza como previsibilidad* (2012) parece plantearse expresamente este objetivo de medir el grado de previsibilidad alcanzado por los distintos sistemas jurídicos. En este sugerente trabajo están directamente inspiradas muchas de las consideraciones que a continuación expongo sobre las dimensiones de la previsibilidad, aunque el lector podrá comprobar que las mismas no coinciden exactamente con las propuestas por él recogidas.

[26] Algunos se refieren a esta idea señalando que estamos ante una propiedad «disposicional», al modo de la «solubilidad» del azúcar (sobre esta cuestión *vid.* el minucioso análisis de GOMETZ, 2012: 157 y ss.), pero no estoy muy segura de si la analogía resulta ilustrativa o más bien distorsionadora.

una actuación afecta con mucha o poca intensidad a la previsibilidad jurídica; o si la incrementa o reduce respecto al estado de cosas pasado).

Con este objetivo, lo primero que debe notarse es que la previsibilidad es una propiedad «compleja», en el sentido de que se proyecta en diversas dimensiones, cada una de las cuales es a su vez graduable. O dicho en lenguaje matemático, la previsibilidad jurídica sería el resultado de una función en la que hay presentes distintas variables. En particular, creo que deben destacarse tres dimensiones (o variables) a tener en cuenta a la hora de comparar grados de previsibilidad jurídica[27]: 1) una dimensión objetiva, ¿qué se puede prever?; 2) una dimensión subjetiva, ¿quién puede prever?; y 3) una dimensión temporal, ¿hasta cuándo se puede prever?

2.2.1. La dimensión objetiva: ¿qué se puede prever?

La primera dimensión es la relativa a lo que puede ser previsto. Un derecho será tanto más previsible cuanto más cosas —o con mayor precisión— nos permita prever. De este modo, la gradualidad en esta primera dimensión dependerá de que se puedan conocer de antemano y con precisión tanto las conductas que son prohibidas, obligatorias o permitidas según el derecho, como las consecuencias jurídicas establecidas para ciertas conductas (o para ciertos estados de cosas), y también las condiciones para la generación de tales consecuencias.

En este sentido, por ejemplo, diríamos que un derecho que nos permite prever —como consecuencia de una determinada conducta— una sanción privativa de libertad, será menos previsible que uno que nos permita prever para esa misma conducta una sanción de 1 a 6 años de prisión, y éste a su vez lo será menos que otro derecho que nos permita prever que la privación de libertad será de 4 a 6 años, y así sucesivamente. Pero no conviene olvidar que esta dimensión objetiva de la previsibilidad es a su vez compleja, y hace referencia a muchos aspectos que puede resultar relevante prever. Abandonemos el ámbito penal y supongamos que ante una determinada situación de hecho (pongamos por ejemplo, un perjuicio que hemos sufrido causado por nuestro vecino), puede interesarnos prever el sentido de una hipotética decisión jurídica (si será favorable o no a nuestros intereses), su contenido más o menos preciso (el monto de la indemnización), el tiempo que tardaría en adoptarse (o en devenir firme), el tiempo en que puedan reclamarse las consecuencias de dicha situación (¿prescribe?, ¿de qué depende?), el coste económico del proceso (¿habrá que pagar tasas?, ¿costas?), etcétera.

Los análisis de la seguridad jurídica se suelen ocupar sólo —o fundamentalmente— de esta dimensión «objetiva» de la previsibilidad (dejando al margen las otras dimensiones que analizaremos a continuación) y suelen vincular el grado de previsibi-

---

[27] Podríamos añadir una cuarta dimensión, la de la fiabilidad (la probabilidad de éxito de las previsiones). En esta cuarta dimensión un derecho sería tanto más previsible cuanto más fiables fueran las previsiones que nos permitiera realizar. Por supuesto esta dimensión es muy relevante, pero la misma depende fundamentalmente del grado de eficacia del derecho, eficacia que aquí presupongo y de la que no me ocupo. En este sentido, PÉREZ LUÑO (1991) pone de manifiesto la necesidad de que junto a lo que considera como «exigencias estructurales» de la seguridad jurídica (y de las que aquí me ocupo fundamentalmente), se cumpla también con «exigencias funcionales» que son precisamente las relativas a la eficacia del derecho (que es —en último término— de lo que dependerá la fiabilidad de las previsiones que el derecho nos permite realizar).

lidad objetiva del derecho a la presencia de (mejor dicho, al grado en que se presentan) los distintos sentidos de formalidad que antes señalábamos siguiendo a ATIYAH y SUMMERS: la formalidad autoritativa, la formalidad en cuanto al contenido, la formalidad interpretativa y la formalidad perentoria. Desde esta perspectiva, un derecho será tanto más previsible cuanto la aplicación de sus normas —que han de ser identificadas exclusivamente por su origen autoritativo— pueda realizarse en mayor medida de manera independiente de las razones sustantivas que las justifican, lo que implica que adopten la forma de reglas de acción y que gocen de una completa autonomía semántica [28], y sus intérpretes se limiten a constatar el significado literal de las mismas. La situación óptima parecería ser entonces —lo veíamos antes al presentar la posición de LAPORTA— la aplicación del derecho a través de un mero razonamiento deductivo a partir de premisas establecidas de antemano con claridad en documentos autoritativos, y que fijen con precisión los casos en los que las normas se aplican y sus consecuencias. Cualquier término valorativo, o cualquier atribución de un poder discrecional, o incluso cualquier actividad interpretativa (más allá de la mera constatación del significado literal) menoscabaría la previsibilidad así entendida.

Pongamos un ejemplo de cómo se entiende que opera —bajo esta descripción— la previsibilidad. La reforma laboral española de febrero de 2012 planteaba como uno de sus objetivos superar la «incertidumbre» generada por la regulación anterior en materia de justificación de despidos colectivos. Con este fin, la reforma pretende ceñirse «a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre» (Exposición de Motivos del RDL 3/2012). Tales referencias eran por ejemplo las que exigían para las causas económicas que las pérdidas o la disminución de ingresos afectaran a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo. Frente a ello, la reforma pretende «reducir la incertidumbre» limitando el papel del juez a constatar que se presentan ciertos hechos objetivos (por ejemplo, que durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre sea inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior) [29].

Ahora bien, no debemos olvidar que la exigencia de que todas y cada una de las decisiones de los órganos aplicativos del derecho sean predecibles a través de procedimientos meramente subsuntivos en reglas jurídicas predeterminadas, además de ser imposible de conseguir, ni siquiera parece ser un objetivo que sea deseable perseguir en todos los casos [30], sin que ello implique que se renuncie a la previsibilidad (o al

[28] Esta exigencia de que las reglas jurídicas han de gozar de autonomía semántica para alcanzar el «ideal» de que el razonamiento aplicativo sea deductivo es remarcada por RUIZ MANERO al mostrar sus discrepancias con la visión de LAPORTA (RUIZ MANERO, 2009: 188).

[29] En realidad, y pese a la actual redacción del art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, es bastante dudoso que se haya conseguido el «automatismo» que algunos reclamaban. La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia ya existente considera que «cualquier» nivel de disminución de ingresos o ventas (pensemos en una disminución ridícula) no justifica sin más «cualquier» despido colectivo, exigiendo alguna proporcionalidad entre la «causa» y el despido. *Cfr.* DESDENTADO BONETE (2012) y MERCADER UGUINA y DE LA PUEBLA PINILLA (2012: 36 y ss.) y las sentencias de la AN de 15 de octubre (proc. núm. 167/2012) y de 21 de noviembre (proc. núm. 162/2012) de 2012, así como la STSJ de Madrid de 11 de julio de 2012 (proc. núm. 32/2012).

[30] Junto a todos los problemas de indeterminación involuntaria que de hecho abundan en nuestros derechos (ambigüedad, vaguedad, contradicciones, lagunas...), nos encontramos también —como ya seña-

menos a algún grado de previsibilidad). En muchos casos parece conveniente optar por cierta flexibilidad en la regulación jurídica (que implicaría un bajo grado de formalidad en cuanto al contenido). Pensemos en los supuestos en que lo que lo que resulta jurídicamente relevante prever no es la concreta conducta o consecuencia, sino que se protegerá un determinado interés (el bienestar de un menor, el aseguramiento de ciertos bienes, etc.); en estos casos, dado que sólo a la luz de las circunstancias del caso será posible determinar cuál es la concreta conducta que «optimizará» dicha protección, el derecho opta por regular la conducta a través de «normas de fin», para que sean los aplicadores del derecho los que —a la luz de las circunstancias de cada caso— adopten las medidas más adecuadas para la persecución de ciertos fines. Estas normas exigen para su aplicación llevar a cabo razonamientos de adecuación medio a fin y razonamientos ponderativos [31], que van más allá de la subsunción, pero que no están ni mucho menos exentos de posibilidad de control racional y en ese sentido también pueden ser previsibles [32]. De todos modos, conviene notar que la generación de la previsibilidad dependerá en gran medida de que se haya desarrollado una práctica social favorable a las exigencias de dicho control racional y contraria al ejercicio arbitrario del poder [33]. En este sentido, SUMMERS (1993: 130) habla de la exigencia de una adecuada educación cívica de los ciudadanos, que implica que los mismos estén dispuestos a denunciar cualquier apartamiento de las exigencias del *Rule of Law*, y llama la atención sobre la especial responsabilidad que compete a los juristas teóricos —a los académicos— en generar esta actitud; y, en un sentido muy similar, LAPORTA pone de manifiesto que «más allá de un mero problema conceptual o lógico [...], el problema del *imperio de la ley* es el de la existencia de una práctica social colectiva basada en una determinada educación ciudadana respecto a las exigencias éticas del ejercicio del poder» (LAPORTA, 2007: 81).

De modo que la exigencia de que el razonamiento aplicativo del derecho sea exclusivamente un razonamiento deductivo (que opere a partir de la subsunción de ciertos hechos en reglas jurídicas preexistentes) no sería condición necesaria para proveer un cierto grado —digamos aceptable— de previsibilidad objetiva; pero es que además hay ocasiones en las que tampoco resulta una condición suficiente. Es posible imaginar casos en los que una regulación que cumpla con el máximo grado de formalidad en

---

ló HART— con que tampoco sería deseable la determinación absoluta. Dado que es imposible conocer de antemano todas las propiedades —y sus combinaciones— que se podrán presentar en el futuro, tampoco pueden determinarse de antemano los propósitos frente a esos casos futuros, de modo que surge «la necesidad de dejar abiertas, para su solución ulterior, mediante elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto» (HART, 1990: 162).

[31] En trabajos anteriores he caracterizado a los poderes discrecionales como aquéllos guiados por normas de fin entendidas como mandatos de optimización. En este sentido, la justificación necesaria para adoptar decisiones en este ámbito exige llevar a cabo juicios técnicos (dirigidos a establecer qué medios son adecuados para conseguir el fin dadas las circunstancias) pero también juicios evaluativos para determinar cuál de los medios disponibles es el «óptimo», en el sentido no solo de que maximiza el fin, sino también que lo hace al menor coste, en términos de los bienes y valores protegidos por el derecho (*cfr.* LIFANTE VIDAL, 2012).

[32] Considerar que el único modelo posible de racionalidad para el derecho es el de la racionalidad formal (que exige razonar de acuerdo con las reglas de la lógica, la probabilidad, etc.) sería incurrir en un reduccionismo injustificado. Un buen ejemplo de una racionalidad más compleja sería precisamente la que ha venido siendo desarrollada en los últimos años por M. ATIENZA (2006 y 2013).

[33] En realidad esta exigencia es aplicable no sólo a los casos de actos discrecionales, y podría verse como un aspecto de la exigencia de la eficacia, o aplicación regular del derecho.

los distintos sentidos señalados no nos garantice la previsibilidad de los resultados. Pensemos en una hipoteca de interés variable, en la que la cantidad a pagar dependerá de los avatares de la economía; o en una distribución de bienes (por ejemplo, acceso a viviendas de protección oficial) a partir de un sorteo minuciosamente regulado; o en la concesión de ayudas a través de un baremo muy formalizado, pero en el que la cuantía a repartir sea fija (de modo que la ayuda a recibir dependa del número de solicitantes). Un ejemplo aún más llamativo de que el cumplimiento de esos requisitos formales no garantiza la previsibilidad nos lo ofrece la regulación española en materia de prescripción de infracciones y sanciones administrativas. Como es sabido, la institución de la prescripción está dirigida precisamente a limitar el alcance temporal de las consecuencias de las conductas y tiene que ver directamente con la posibilidad de prever hasta cuándo nuestra conducta puede generar efectos. Pues bien, dicha normativa establece (según la interpretación —vinculante— defendida por el TS) que una vez interpuesto recurso de alzada (contra la imposición de una sanción), el transcurso del plazo de resolución de dicho recurso no tiene efectos prescriptivos; de modo que, si hay «silencio administrativo», el plazo de prescripción no empezará a contar. No hay dudas de cuándo empezará a contar el plazo de prescripción: el día que la administración conteste; de modo que la determinación de si se ha producido o no la prescripción en un determinado caso se podrá establecer aplicando la regla con criterios meramente formales: por mera subsunción y sin necesidad de realizar valoraciones. Ahora bien dicho día podría no llegar a existir nunca, por lo que el ciudadano recurrente no podrá prever hasta cuándo su conducta puede generar efectos [34].

2.2.2. La dimensión subjetiva: ¿quién puede prever?

La segunda dimensión, la subjetiva, hace referencia a lo que podríamos considerar como la «extensión» de la previsibilidad: cuántos sujetos están en situación de poder llevar a cabo las previsiones. En este sentido, habrá mayor grado de previsibilidad cuanto más fácilmente los ciudadanos puedan realizar dichas previsiones. El requisito de que las normas sean públicas y se facilite su accesibilidad son requisitos que van dirigidos fundamentalmente a cumplir con esta exigencia. Una norma secreta o de acceso restringido implicaría la negación absoluta de esta dimensión de la previsibilidad [35]. Pero la previsibilidad también es aquí graduable, dependiendo de una serie de factores muy diversos que pueden facilitar o dificultar que determinados ciudadanos puedan conocer adecuadamente el derecho aplicable. Además de la publicación y la

[34] El Tribunal Constitucional (en la STC 37/2012) —en una argumentación que en mi opinión puede ser tachada de formalista— avaló como constitucional la regla —bajo la interpretación dada por el TS— al considerar que, dado que en la regla está fijado el hipotético día en que la prescripción empezaría a contar, no puede apreciarse incidencia en la previsibilidad. Conviene notar que en esta sentencia fueron varios los votos particulares que se apartan de esta interpretación sumamente formalista de las exigencias del principio de seguridad.

[35] Aunque este requisito puede parecer una obviedad (sobre el que no merecería la pena insistir por estar plenamente satisfecho en nuestra cultura jurídica), no conviene darlo por descontado. Sin ir más lejos, el 15 de abril de 2008 el Consell de la Generalitat Valenciana (en cumplimiento de una sentencia del TSJ valenciano) publicó en el *Diario Oficial de la Comunidad Valenciana* un decreto con el siguiente tenor literal: «modificar [...] el artículo 2.*k)* del Estatuto de la Universidad de Alicante, *que queda redactado con el texto remitido por la misma*», sin incluir la redacción del texto (afortunadamente con posterioridad —aunque de nuevo a instancia judicial— se publicó en el *DOCV* del 10 de junio de 2008 la redacción íntegra de dicho texto).

accesibilidad (no sólo formal[36]) de las normas, nos encontramos con la mayor o menor claridad en la redacción, el nivel de complejidad técnica, las remisiones legislativas, la dispersión de competencias normativas (que implica la necesidad de conocer previamente qué administración pública es competente para una determinada materia), la proliferación de las llamadas «leyes ómnibus»[37], etc. Todos estos factores pueden llegar a hacer muy complejo —incluso prácticamente imposibilitar— al ciudadano lego (incluso al jurista no muy especializado) conocer al detalle la regulación aplicable.

Por eso, nos encontramos con un factor generador de certeza jurídica que resulta muy relevante en esta dimensión: la coherencia normativa que nos ofrecen los principios jurídicos[38]. Si distinguimos —como hizo LLEWELLYN (1933: 58)— entre la seguridad de los legos y la de los abogados, habría que admitir que la previsibilidad jurídica para el lego no depende tanto de una predeterminación total del contenido de las decisiones judiciales en reglas jurídicas preexistentes, sino que lo que permite orientarse a la población en general, y lo que por tanto contribuye a generar la previsibilidad necesaria para que puedan desarrollar satisfactoriamente sus planes de vida, es reconocer los principios que subyacen a las reglas; y, en último término, la congruencia entre las normas jurídicas y los modos de vida o de la proximidad entre las normas jurídicas y las normas sociales[39].

Pongamos un ejemplo en el que el grado de previsibilidad subjetiva puede ser considerado deficiente, debido precisamente a la falta de coherencia en el ordenamiento. La reciente reforma penal española (LO 7/2012, de 27 de diciembre) ha tipificado como delito todo disfrute indebido de prestaciones de la Seguridad Social independientemente de su cuantía (art. 307.ter Código Penal). Sin embargo, creo que no es aventurado suponer que casi cualquier persona (salvo expertos) apostaría hoy que para que haya delito se exige que el fraude tenga una cierta entidad (a partir de un razonamiento más o menos elaborado de analogía con el delito fiscal que exige que la cantidad defraudada sea al menos de 120.000 euros; aceptando la similitud entre los bienes jurídicos). Pues bien, quien así razonara perdería su apuesta: al parecer un trabajador que defraudara a la Seguridad Social 1.000 euros cometería delito, mientras que un contribuyente que defraudara a la Hacienda Pública 115.000 euros no lo haría. El déficit de previsibilidad al que aquí me estoy refiriendo no es el debido a la mala redacción de ese precepto, o a que el mismo utiliza —en el ámbito penal— términos imprecisos o valorativos (aunque ambas críticas serían también seriamente atendibles), sino al ocasionado por la incoherencia con otras normas del sistema (la regulación del delito fiscal), por su falta de proporcionalidad, por la violación de la consideración del derecho penal como última *ratio*, etc.

---

[36] Pensemos en prácticas que reducirían notablemente la capacidad real de acceso, como la publicación en tablones de anuncios ubicados en dependencias con horarios reducidos, o la publicación de convocatorias universitarias en periodo vacacional, etcétera.

[37] GARCÍA DE ENTERRÍA (1999) ofrece una buena ilustración del déficit de previsibilidad que generan este tipo de leyes —que regulan materias muy dispares entre sí—, así como otros defectos de técnica legislativa, que dificultan gravemente la sistematización del derecho.

[38] El papel de los principios como generadores de seguridad jurídica ha sido destacado —entre muchos otros— por HABERMAS (1998: 272 y ss.), quien recoge las aportaciones de DWORKIN en este punto. En nuestra cultura, este papel ha sido también puesto de relieve por ATIENZA y RUIZ MANERO (1996: 20) y más recientemente por AMAYA (2011: 52-53).

[39] *Cfr.* FULLER (1934: 432).

Si somos conscientes de esta relevancia de los principios, entenderemos cómo también las razones sustantivas, y no sólo las formales, cumplen un papel fundamental en la generación de la previsibilidad. En este sentido, serían estas mismas razones —basadas al fin y al cabo en la exigencia de seguridad— las que nos llevan, por ejemplo, a aceptar —en todo sistema jurídico, al margen de que estén o no expresamente previstos en una fuente autoritativa— los argumentos teleológicos y valorativos en la interpretación jurídica [40], justificando el desplazamiento de uno de los tipos de formalidad (la interpretativa); o también a aceptar lo que —siguiendo la terminología acuñada por ATIENZA y RUIZ MANERO (2006)— podemos llamar «ilícitos atípicos» (que aglutinarían las figuras de fraude de ley, abuso de derecho y desviación de poder), y que suponen el desplazamiento de otro tipo de formalidad (la perentoria).

Antes de pasar a la siguiente dimensión, me gustaría hacer otra observación sobre la cuestión a propósito de quién debe poder realizar las previsiones. Hasta ahora hemos hablado de que un derecho sería tanto más previsible cuantos más sujetos puedan prever, pero en realidad lo importante no es el «número» de sujetos en abstracto, sino que necesitamos partir de la idea de sujetos relevantes: se trata de determinar los sujetos que pueden prever en relación con los sujetos potencialmente afectados por la regulación; atendiendo con especial atención a las particularidades de las diferentes clases de sujetos afectados. En este sentido, hay que tener en cuenta que hay regulaciones que afectan típicamente a clases de sujetos con intereses enfrentados y con distintas posibilidades de «acceso» (en el sentido no sólo de posibilidad formal) a la información: ciudadanos/administración; consumidores/proveedores; empleadores/trabajadores, etc. En ocasiones una normativa puede generar grados distintos de previsibilidad para cada una de estas clases de sujetos afectados. Pensemos, por ejemplo, en el derecho de los consumidores, que parece estar diseñado precisamente a partir de esta contraposición entre clases de sujetos que presentan una diferente accesibilidad tanto a la regulación, como a la información relevante para la determinación de las consecuencias de dicha regulación. También debe tenerse en cuenta que —como vimos en el apartado anterior— la previsibilidad puede predicarse de muy diferentes tipos de sucesos: conducta primaria (por ejemplo, un despido o un incumplimiento contractual), decisiones judiciales (la declaración del despido como procedente o improcedente; la fijación de una indemnización, etc.), el momento temporal en que se producirán o se harán efectivas dichas decisiones, etc. Pues bien es importante darse cuenta de que cada una de las clases de individuos afectadas por una determinada regulación pueden estar interesadas fundamentalmente en la previsibilidad de unos u otros aspectos; y en ocasiones una normativa puede incrementar la previsibilidad relevante para una de las partes, al precio de disminuir la previsibilidad relevante para la otra parte.

[40] Esta sería por supuesto la tesis de DWORKIN, para quien es precisamente la naturaleza de la actividad interpretativa en general la que implica acudir a estos tipos de argumentos (DWORKIN, 1986: 52 y ss.). También MACCORMICK llama la atención sobre esta «necesidad» de acudir a argumentos sustantivos (deontológicos), señalando que incluso aunque el derecho pudiera regular su propia creación nunca podría regular su propia interpretación (MACCORMICK, 2010: 77).

2.2.3. La dimensión temporal: ¿cuándo se puede prever?

Por último, nos encontramos con la dimensión temporal. Como hemos visto, la previsión se realiza siempre en un momento determinado y se refiere a hechos futuros. El lapso de tiempo entre el momento en que se realiza la previsión y el futuro hasta el que alcanzan las previsiones puede ser mayor o menor, y en este sentido un derecho será tanto más previsible —en esta dimensión— cuanto más largo sea el plazo para el que nos permita hacer previsiones. Es precisamente este aspecto o dimensión de la previsibilidad la que justifica ciertas exigencias jurídicas como la de determinado tipo de irretroactividad o la de la estabilidad normativa.

Respecto a esta última, es importante distinguir dos sentidos en que podemos hablar de estabilidad [41], conectados ambos con la previsibilidad, aunque relativamente independientes entre sí (un derecho —o un sector del mismo— puede ser muy o poco estable en el primer sentido y/o en el segundo). El primero, más formal, entiende la estabilidad como ausencia de cambios, las normas han de tener un mínimo de perdurabilidad en el tiempo, no deben modificarse con frecuencia, para evitar que los destinatarios tengan problemas para conformar su conducta a ellas y puedan planificar su conducta a largo plazo; desde esta perspectiva las transformaciones jurídicas frecuentes son vistas —independientemente de su justificación— como un desafío a la previsibilidad. Para el segundo sentido, sin embargo, la estabilidad se entiende como continuidad (coherencia), por lo que tendremos que entrar a valorar el contenido de los cambios para determinar si implican o no inestabilidad en este segundo sentido. Supongamos que una regla tiene una formulación ambigua y que la reforma elimina dicha ambigüedad; o que se elimina una regla que resulta incoherente con algunos principios jurídicos. Desde esta perspectiva, hay que ser conscientes de que en ocasiones ciertos cambios normativos —que no afectan a la estabilidad en este segundo sentido— pueden no sólo no afectar a la previsibilidad, sino incluso incrementarla.

De modo que para dar cuenta de la dimensión temporal de la previsibilidad no basta con la incorporación de una perspectiva diacrónica, según la cual el derecho es visto como un sistema dinámico, es decir, un conjunto de elementos que cambia en el tiempo, de modo que el derecho en t1 puede ser distinto al derecho en t2, sino que hay que incorporar su aspecto central de práctica social que se desarrolla a lo largo del tiempo y que presenta una cierta continuidad, al menos en sus principios fundamentales, pues son precisamente los valores que pretende desarrollar la práctica los que nos permiten identificarla como un todo coherente dotado de sentido (es decir, dirigido a la persecución de ciertos fines). Los ciudadanos pueden tener interés en realizar predicciones a largo plazo, incluso incorporando la probabilidad de que en ese lapso de tiempo se produzcan modificaciones normativas. Pongamos un ejemplo; cuando se modificó el estatus del personal investigador en formación (pasando de ser becarios a ser contratados), se estableció un plazo para que los que habían sido becarios pudieran cotizar por su cuenta a la Seguridad Social por una parte del tiempo que disfrutaron de la beca, de modo que les computara a efectos de los futuros cálculos para las pensiones

[41] *Cfr.* Arcos Ramírez (2000: 265). Para un análisis detallado de la dimensión temporal de la seguridad jurídica, *vid.* Ávila (2012: 294 y ss.).

de jubilación (RD 1493/2011). Aunque las consecuencias jurídicas previstas para dicha cotización extraordinaria pueden estar reguladas —a día de hoy— con gran precisión, lo que en realidad resulta relevante —a efectos de que los afectados decidan la conveniencia de acogerse a esta cotización extraordinaria— es la posibilidad de prever en líneas generales cuál será el marco normativo en el momento —todavía incierto— de su jubilación: ¿seguirán existiendo pensiones?, ¿seguirán computando más los últimos años cotizados?, etcétera.

3. ¿QUÉ PREVISIBILIDAD ES VALIOSA? DE NUEVO SOBRE EL VALOR DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Como acabamos de ver, una determinada regulación puede resultar muy precisa (tener un alto grado de previsibilidad en la primera dimensión), pero sin embargo ser muy poco accesible para sus destinatarios, o muy variable como para permitir hacer previsiones a largo plazo; o por el contrario, una regulación poco precisa puede resultar muy accesible y muy estable, etc. Las combinaciones son muchas y en ocasiones lo que incrementa el nivel de previsibilidad en una de las dimensiones señaladas puede también resultar beneficioso —en términos de incremento de previsibilidad— en las otras, y sin embargo en otras ocasiones nos podemos encontrar con relaciones de proporcionalidad inversa: a mayor precisión, menor accesibilidad, o menor estabilidad. Pero es que estas dimensiones son a su vez complejas, y lo que —por ejemplo— genera previsibilidad para una clase de sujetos (digamos los empresarios), puede destruirla para otra clase de sujetos (los trabajadores o los consumidores); o una formulación muy precisa (muy formal en cuanto al contenido) puede generar incoherencias con otras normas que hagan necesario apartarse de la interpretación literal (reduciendo la formalidad interpretativa). Cuál de estas dimensiones de la previsibilidad tiene mayor relevancia no es un asunto que pueda establecerse con parámetros formales, ajenos a valoraciones que tomen en cuenta las razones sustantivas en juego; valoraciones que tampoco pueden hacerse en abstracto, sino que exigen prestar atención a los diferentes bienes e intereses de cada caso. A partir de aquí, estamos en condiciones de entender por qué no es tan fácil determinar en abstracto qué es lo que exige la seguridad jurídica y cuándo nos encontramos ante violaciones de este principio. La cuestión no es tanto determinar si se ve afectada o no la «previsibilidad», sino cuál es la previsibilidad que consideramos jurídicamente valiosa en cada caso.

Hasta ahora hemos hablado de seguridad o previsibilidad «jurídica», dando a entender que es un valor —o principio— del derecho en su conjunto, y así es. Pero, como cualquier principio o valor general del derecho, hay que tener en cuenta que la modulación que deberá hacerse de este principio en cada concreto sector jurídico (penal, mercantil, urbanístico, familiar, hereditario, universitario, laboral, etc.) será diferente; de modo que el nivel de exigencias o las limitaciones a la previsibilidad tolerables por el sistema varían en uno u otro ámbito, dependiendo de la naturaleza de los bienes o intereses que estén en juego, lo que dará lugar a distintas ponderaciones entre las distintas exigencias derivadas de la seguridad (publicidad, generalidad, claridad, estabilidad, irretroactividad, coherencia, etc.) dirigidas a maximizar la previsibilidad en sus diferentes dimensiones. Pero no sólo hay que tener en cuenta el diferente sector

jurídico en el que nos encontremos, también las ponderaciones a realizar serán distintas dependiendo de la instancia de actuación jurídica de que se trate (conducta de ciudadanos, legisladores, órganos judiciales, administrativos...) [42]. Se trataría de una ponderación «interna» a la propia seguridad jurídica, para la cual necesitamos realizar una serie de consideraciones valorativas (no basta la constatación de los grados de formalidad presentes en el derecho). En algunos casos nos interesará más incrementar la precisión de la previsión (pensemos en el derecho penal), en otros la posibilidad de una previsión generalizada, o por parte de un determinado colectivo (pensemos en la protección de consumidores y usuarios), y en otros nos parecerá fundamental el mantenimiento de una cierta estabilidad (pensemos en la regulación de las pensiones de jubilación). Pero, junto a esta ponderación «interna», la determinación de cuándo se ha producido un resultado contrario al derecho por violación del principio de seguridad jurídica exigirá también realizar una ponderación con otros valores jurídicos con los que puede entrar en conflicto; una ponderación a la que podemos considerar «externa» a las exigencias de la seguridad. Esto es lo que explica, por ejemplo, que no consideremos que toda retroactividad está prohibida por nuestro derecho (aunque implique un déficit de previsibilidad). Estos conflictos pueden ser difíciles de resolver en aquellos casos en los que en los dos lados de la balanza nos encontremos con bienes o fines dignos de protección según el derecho y que entran en colisión, pero hay ocasiones en que dicha colisión ni siquiera se produce. En estos casos, alegar razones de seguridad jurídica implica incurrir en un formalismo claramente injustificado [43].

Si esto es así, la seguridad jurídica no puede seguir siendo concebida como un valor dependiente únicamente de rasgos formales del derecho, al margen de su contenido. Dicho de otro modo, para determinar las distintas exigencias que implica el principio de seguridad necesitamos establecer cuáles son las expectativas que merecen ser jurídicamente protegidas; en este sentido se ha propuesto redefinir la seguridad jurídica en términos de protección de expectativas razonablemente fundadas de los ciudadanos [44] (es decir, expectativas que han de ser consideradas legítimas a la luz de los principios y valores del propio derecho). Creo que esta caracterización de la seguridad jurídica algo sustantivizada y que opera a partir de una doble ponderación —interna y externa— coincide con la interpretación que el Tribunal Constitucional español ofreció en 1981, y que sigue considerándose la doctrina de referencia en la materia [45]:

> Los principios constitucionales invocados por los recurrentes: irretroactividad, seguridad, interdicción de la arbitrariedad, como los otros que integran el art. 9.3 de la Constitu-

---

[42] En este sentido, Ávila se ocupa de la «perspectiva de quién garantizará la seguridad jurídica», analizando las diferentes exigencias que este principio impone al poder legislativo, al ejecutivo y al judicial atendiendo a las diferentes funciones a ellos encomendadas (Ávila, 2012: 132-135).

[43] Pensemos, por ejemplo, en las razones de pretendida «seguridad jurídica» que se han alegado para oponerse a la anulación —tanto legislativa como judicialmente— de las sentencias franquistas dictadas en clara violación de los derechos humanos (*cfr.* Escudero Alday, 2013). En estos casos es difícil identificar alguna expectativa jurídicamente valiosa que pudiera ser lesionada por dicha anulación.

[44] *Cfr.* Arcos Ramírez (2000: 393). Este autor, sin embargo, acaba abogando por una concepción «formal» de la seguridad jurídica. Respecto a la jurisprudencia constitucional, *vid.*, por ejemplo, la STC 197/1992; FJ 6.º; o la STC 96/2002, FJ 5.º.

[45] El Tribunal Constitucional sigue remitiéndose a esta doctrina cada vez que se le plantea algún asunto relativo a la seguridad jurídica; sin embargo en ocasiones, pese a citarla, se aparta de la misma y opta por una comprensión mucho más formalista de este principio (*vid.*, por ejemplo, la STC 37/2012 en materia de prescripción de infracciones y sanciones administrativas antes comentada).

ción —legalidad, jerarquía normativa, responsabilidad— no son compartimentos estancos, sino que, al contrario, cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirva a promover los valores superiores del ordenamiento jurídico que propugna el Estado social y democrático de derecho.

En especial, lo que acabamos de afirmar puede predicarse de la seguridad jurídica, que es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad (STC 27/1981; FJ 10.º).

La previsibilidad que consideramos valiosa y la que por tanto el principio de seguridad jurídica nos obliga a maximizar es aquella que afecta a expectativas jurídicas razonablemente fundadas (es decir, al menos *prima facie* legítimas para el propio ordenamiento). Si ello es así, esto implica admitir que no es cierto que la seguridad jurídica pueda desarrollarse en igual medida (es decir generar el mismo grado de previsibilidad) independientemente de la justicia o injusticia del derecho del que se predica [46].

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, J., 2008: *Sobre Derecho y argumentación*, Palma (Mallorca): Lleonard Muntaner.

AMAYA, A., 2011: «Diez tesis acerca de la coherencia en el derecho», en *Discusiones*, núm. 10, 21-64.

ARCOS RAMÍREZ, F., 2000: *La seguridad jurídica: una teoría formal*, Madrid: Dykinson.

ATIENZA, M., 1985: *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova.

— 2006: *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.

— 2007: «Argumentación y constitución», en J. AGUILÓ REGLA, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Fragmentos para una teoría de la constitución*, Madrid: Iustel, 113-181.

— 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, en prensa.

ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 1996: *Las piezas del Derecho*, Barcelona: Ariel.

— 2001: «La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica», en *Doxa*, núm. 24, 115-130.

— 2006: *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta.

ATIYAH, P. S., y SUMMERS, R., 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford: Clarendon Press.

ÁVILA, H., 2012: *Teoría de la seguridad jurídica*, L. CRIADO SÁNCHEZ (trad.), Madrid: Marcial Pons.

DESDENTADO BONETE, A., 2012: «Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales», en *Actualidad Laboral*, núm. 17, octubre de 2012. La Ley, 16868/2012.

DÍAZ, E., 1992: *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid: Taurus, 8.ª ed. (1.ª ed. de 1966).

DWORKIN, R., 1986: *Law's Empire*, Harvard: Belknap Press.

— 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass; London: Belknap Press of Harvard University Press.

[46] ATIENZA se refiere a esta interconexión entre la seguridad jurídica y otros componentes de la justicia señalando su carácter de valor adjetivo (1985: 118-119).

ESCUDERO ALDAY, R., 2000: *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid: CEPC.

— 2013: «Los tribunales españoles ante la memoria histórica: El caso de Miguel Hernández», en *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, núm. 11, *http://hispanianova.rediris.es.*

FULLER, L. L., 1934: «American Legal Realism», en *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 82, núm. 5, 429-462.

— 1969: *The Morality of Law*, New Haven and London: Yale University Press.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1999: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid: Civitas.

GARCÍA MANRIQUE, R., 2003: «Acerca del valor moral de la seguridad jurídica», en *Doxa*, núm. 26, 477-515.

GIANFORMAGGIO, L., 1986: «Certezza del diritto», en *Studi sulla gustificazione giuridica*, Turín: G. Giappichelli, 55-169.

GOMETZ, G., 2012: *La certeza jurídica como previsibilidad*, D. MORENO CRUZ y D. DEI VECCHI (trads.), Madrid: Marcial Pons.

HABERMAS, J., 1998: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, M. JIMÉNEZ REDONDO (trad.), Madrid: Trotta.

HART, H. L. A., 1990: *El concepto de Derecho*, G. CARRIÓ (trad.), Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

LAPORTA, F. J., 2007: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta.

— 1994: «El imperio de la ley», en *Doxa*, núm. 15-16, 133-145.

LIFANTE VIDAL, I., 2012: «Tres ámbitos de la argumentación judicial», en *Jueces para la democracia*, 44-60.

LLEWELLYN, K. N., 1933: *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika, Eine Spruchauswahl mit Besprechung*, Leipzig, Weicher.

LUZZATI, C., 1999: *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certeza del diritto*, Milán, Giuffré.

MACCORMICK, N., 2010: «Argumentación e interpretación en el Derecho», J. L. FABRA y L. S. GUEVARA (trads.), en *Doxa*, núm. 33, 65-78.

MERCADER UGUINA, J. R., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., 2012: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Tirant lo Blanch.

PÉREZ LUÑO, A.-E., 1991: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel,.

— 1996: «Seguridad jurídica», en E. GARZÓN VALDÉS y F. J. LAPORTA (eds.), *El Derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, CSIC, *BOE,* Madrid, Trotta, 481-500.

RUIZ MANERO, J., 2009: «Las virtudes de las reglas y sus límites. Una discusión con Francisco Laporta», en M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Lima, Palestra-Temis, 183-200.

SCHAUER, F., 2004: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, C. ORUNESU y J. L. RODRÍGUEZ (trad.), Madrid, Barcelona, Marcial Pons.

SUMMERS, R. S., 1993: «A Formal Theory of the Rule of Law», en *Ratio Iuris*, vol. 6, núm. 2, julio, 127-142.

— 2001: *La naturaleza formal del Derecho*, P. LARRAÑAGA (trad.), México, Fontamara.

EL AGUIJÓN DE ARISTÓFANES Y LA MORALIDAD DE LOS JUECES*

Guillermo Lariguet

Conicet, IDH, UNC, Argentina

RESUMEN. En este trabajo utilizo la literatura como fuente de reflexión filosófica. En efecto, partiendo de la obra *Las avispas* de ARISTÓFANES realizo un análisis filosófico de la importancia que tiene la moralidad de los jueces en la aplicación del derecho a casos concretos. Sostengo que la ética de la virtud puede ser una corriente que complemente las versiones deontologistas y consecuencialistas que durante mucho tiempo han dominado la ética judicial. Asimismo, cuestiono la validez teórica del positivismo metodológico para dar cuenta adecuadamente del tipo de conexión fuerte que existe entre moralidad y derecho. Expongo el modo en que la frónesis o prudencia interviene en la aplicación del derecho a casos particulares.

Palabras clave: literatura, virtudes judiciales, vicios, moralidad, positivismo metodológico, prudencia.

Aristophanes' Sting and the Morality of Judges

ABSTRACT. In this work I use literature as a source of philosophical reflection. Indeed, I base my research on the play by ARISTOPHANES «Wasps» doing a philosophical analysis of the importance of morality of judges in applying the law to specific cases. I argue that virtue ethics can be a complement to current deontologists and consequentialist versions that have long dominated judicial ethics. Also, I question the theoretical validity of methodological positivism to account adequately the type of strong connection between morality and law. In addition, I show the way in which phronesis or prudence intervenes in the application of law to particular cases.

Keywords: literature, judicial virtues, vices, morality, methodological positivism, prudence.

* Fecha de recepción: 23 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

Estoy agradecido con los dos árbitros anónimos por sus sugerencias destinadas a mejorar el trabajo. Al mismo tiempo, agradezco a A. AMAYA y a P. GAIDO por sus detalladas observaciones que me ayudaron a mejorar versiones previas a este texto.

> La manera más familiar que hay en la ética de acudir a la ficción reposa sobre la idea de que los mundos ficticios pueden proporcionar a la ética experimentos de pensamiento. Doy por sentado que ésta es una versión de la idea tradicional de que la ficción puede proveer *exempla* saludables de virtud y vicio, B. WILLIAMS, «Las traquinias: ficciones, pesimismo, ética. *El sentido del pasado,* Traducción de Adolfo García de la Sienra», 2012, 83.

INTRODUCCIÓN

Es cada vez más fuerte la presencia de los estudios del estilo «Law and Literature» (por ejemplo, MORAWETZ, 1996: 450-461, BOYD WHITE, 1995, NUSSBAUM, 1997, POSNER, 1998, BRUNER, 2003). A tal punto esto es así que ya no necesitamos hablar de esto, como decía socarronamente hace años el filósofo argentino MARÍ (1998: 251-287), en «voz baja».

Estos estudios han argumentado de manera convincente sobre la relevancia de la literatura para el derecho en un triple sentido. En primer lugar en lo que se conoce como *el derecho de la literatura*, en segundo lugar *el derecho en la literatura* y por último con relación *al derecho como literatura* (OST, 2006: 334; AMAYA, 2012: 3). De estos tres sentidos, este trabajo estará gobernado por el segundo sentido: el derecho *en* la literatura.

El derecho aparece retratado en la literatura desde antiguo (MAGRIS, 2008; ANDERSON CAMACHO, 2007: 67-85). Si sólo pensamos en occidente, veremos que la presencia del derecho, la justicia, el poder o el estado aparecen en obras trágicas griegas como la *Antígona d*e SÓFOCLES o las *Euménides* de ESQUILO. Como ha afirmado ARISTÓTELES el género trágico trata de la caída de gente noble, gente buena que se ve forzada a hacer o soportar cosas malas. Dado que en otros trabajos (LARIGUET, 2008; LARIGUET y MARTÍNEZ, 2008; LARIGUET, 2011) he explorado el vínculo entre el género trágico y el derecho, en este artículo quisiera centrarme en su opuesto: la *comedia;* concretamente en la comedia ática y, más específicamente, en la comedia desarrollada por ARISTÓFANES (véase SILK, 2001).

La comedia, como también ha sostenido el filósofo de Estagira, se dirige a mostrar, a diferencia de la tragedia, caracteres morales ruinosos o deplorables, buscando explotar los aspectos risibles de los mismos [1]. En este trabajo voy a basar principalmente mi análisis —que será de tipo filosófico— en la comedia *Las avispas,* porque la misma encarna una caricaturesca visión de los jueces y su modo de aplicar el derecho de aquella época (SCAFURO, 1997). Sostendré que a través de *Las avispas* (ARISTÓFANES, 2011a), podemos extraer el «aguijón de ARISTÓFANES», aguijón que nos estimula a meditar sobre las condiciones bajo las cuales puede ser moral la labor judicial. Cabe aclarar que, ocasionalmente, para reforzar mi presentación de algunos puntos clave del trabajo vinculados a la justicia, apelaré a *Las nubes* [2] (ARISTÓFANES, 2011b), obra en la que el

---

[1] Como acertadamente señala uno de los árbitros de este trabajo, la comedia era un género no carente de «virtualidad» didáctica y política; *castigat ridendo mores* (*Satyra quae ridendo corrigit mores*), del que corrige o enmienda las costumbres mediante la ridiculización humorística de ciertos comportamientos viciosos.

[2] Una obra importante es *Las aves,* también traducida como *Los pájaros.* En esta obra igualmente se critica la labor de los jueces y la energía ateniense puesta en la multiplicación del litigio (BUIS, 2001: 7-22). Sin embargo, la crítica más profunda en las *Aves* va dirigida a la democracia ateniense y su vínculo con la sofística. Por esta razón, no la abordaré aquí sino en un trabajo independiente que explore el papel de los jueces en una democracia.

comediógrafo griego se mofa de los sofistas y su peculiar manera de torcer argumentos para defender causas injustas.

Una primera cuestión que puede surgir para un trabajo como el que propondré es la siguiente: ¿Qué relevancia puede tener mirar hacia un pasado remoto como el de la democracia radical representada por Cleón; democracia de la que se burla ARISTÓFANES? ¿Qué nos puede enseñar un tiempo pretérito, o una pieza de museo, sobre el presente de nuestros ordenamientos constitucionales contemporáneos? En este ensayo participo de la idea de que la historia, entendida como el depósito de sentido del presente, puede contribuir a iluminar nuestros problemas actuales si lo comparamos con el tipo de controversias que se presentaban en el pasado. La historia no es un dique cuyo cauce se corta. Por el contrario, sus aguas fluyen y las capas diversas de la historia pueden ser reexaminadas una y otra vez para comprender la naturaleza actual de nuestros problemas. Justamente B. WILLIAMS (2011: 202-221; 2012) ha sostenido que la filosofía como *disciplina humanística* debe aprovecharse del carácter histórico de nuestros conceptos, en una vena muy similar a la que NIETZSCHE defendía cuando mostraba las bondades de una investigación de tipo genealógico.

Ajustando más aun cuáles son los objetivos de este trabajo diré que me interesa analizar filosóficamente el modo en que la cuestión de la moralidad de los jueces puede ser repensada a partir de las ironías deslizadas por ARISTÓFANES en las obras antes citadas [3]. ARISTÓFANES no está solo en la empresa de cuestionar la moralidad de jueces o abogados con el recurso a la mofa o la burla. Siglos más tarde, ANDERSEN, en el cuento *El traje del emperador,* revelará la manera en que un *carácter* altanero y vanidoso puede ser un obstáculo cognitivo en el desempeño del poder público. Por su parte, *En los viajes de Gulliver,* Swift, por boca del capitán Gulliver, objetará la manera en que los abogados se las apañan para tender en sus argumentos, lo que la filósofa española M. BORDES SOLANAS ha llamado «las trampas de Circe» (2011), es decir, celadas o trampas argumentales que sólo buscan persuadir al costo de la validez o solidez de los argumentos, tal como siglos antes estilaban los sofistas ridiculizados por ARISTÓFANES en *Las nubes*.

Para cumplir con el objetivo propuesto estructuraré este trabajo del siguiente modo. En primer lugar, presentaré fragmentos de *Las avispas,* reforzados ocasionalmente con fragmentos de *Las nubes,* para indicar las vías que escoge el comediógrafo griego para poner en cuestión la moralidad de los jueces atenienses (sección 2). En segundo lugar, esbozaré la manera en que se puede entender la idea de que no sólo nos importa la aplicación técnica de las reglas, sino también establecer cuál es el carácter moral de los jueces que las aplican (sección 3). En la última parte (sección 4), defenderé que un enfoque adecuado para dar cuenta de la moralidad de jueces o abogados puede ser reconstruido con provecho si utilizamos los aportes de la ética de la virtud y, en vez de hablar sólo de deberes judiciales, hablamos también de virtudes judiciales. De manera paralela (subsección 4.1), argumentaré sobre la inadecuación del positivismo metodológico para captar la relación fuerte que existe entre moralidad y derecho. Esta relación la entiendo como mediada por nuestra expectativa normativa de que los

[3] Debo aclarar que mi acercamiento a ARISTÓFANES no está motivado por un deseo de reconstrucción filológica. Repasaré párrafos de *Las avispas* con el fin de tener un trampolín para el análisis conceptual. Quizás esto me ponga ante un inevitable *cultismo* de la obra de ARISTÓFANES.

jueces deben ser no sólo técnicamente competentes sino también virtuosos. Luego (subsección 4.2) completaré mi análisis conceptual con la invocación de la frónesis como una virtud característica y sintética de jueces virtuosos. Por último, (sección 5) repasaré los hitos principales del trabajo.

1. EL AGUIJÓN DE ARISTÓFANES

Si SÓCRATES fue conocido como el «tábano» de Atenas por sus afiladas preguntas a los eruditos de su época, ARISTÓFANES, con el recurso a un humor mordaz, fue el «aguijón» de los griegos. Aquí voy a centrarme principalmente en *Las avispas* y, cuando sea necesario para reforzar una idea puntual, acudiré también a *Las nubes.*

El contexto político de Atenas es el de la democracia radical liderada por Cleón. Los jueces, a los que ARISTÓFANES apodará como las «avispas», son generalmente, aunque no en exclusivo, ancianos que pelearon distintas guerras contra los persas. A modo de recompensa y de jubilación, el estado griego les paga un sueldo magro que apenas les alcanzaba para satisfacer sus necesidades más básicas.

Los principales protagonistas de *Las avispas* son Filocleón (el que ama a Cleón) y su hijo Bdelicleón (el que odia a Cleón). La corrupción es el principal problema moral y político que denuncia ARISTÓFANES a través del humor. Esta corrupción es explicada por la injerencia del poder político en el poder judicial. Aunque todavía en la Grecia de ARISTÓFANES no existía lo que hoy conocemos como independencia de los poderes y el sistema *«check and balance»,* sí que existía ya una cierta idea rudimentaria de que tales poderes debían ser independientes entre sí. El jefe de gobierno, Cleón, principal objeto de las críticas del literato griego, utilizaba a los jueces para perseguir a sus adversarios políticos, «fabricándoles» causas que principalmente tenían que ver con denuncias de malversación de fondos públicos o defraudación al Estado. De este modo, los jueces eran instrumento del poder político para la persecución de lo que, siglos después, Schmitt llamaría los «enemigos» del gobierno. Bdelicleón será el personaje que intentará torcer la visión aduladora y cómplice hacia el poder político de su padre Filocleón.

La falta de independencia, así como de imparcialidad y objetividad de los jueces, es al principio del texto denunciada por un sirviente (Sosias) de Filocleón que narra que tuvo un sueño en el que le pareció que un «rebaño sentado sesionaba en asamblea...». Luego, continua, «me pareció que a estos corderos les pronunciaba discursos una ballena voraz con la voz de una cerda enfurecida» (45). Mientras la metáfora del «rebaño» alude a los jueces, la imagen de una «ballena voraz» refiere a Cleón que se comporta como una «cerda enfurecida», es decir, con «cólera».

Otro sirviente, Jantias, sostiene que a su amo —es decir a Filocleón— le acosa una enfermedad muy particular que no son ni los dados ni la bebida, sino su «afición a ser juez» (50). El juez Filocleón, además, tiene un rasgo problemático de carácter. Esto consiste, según Jantias, en que su «mal carácter lo hace aplicar siempre la pena máxima» (52). Más adelante, el propio Filocleón se describe a sí mismo diciendo «yo soy el humo» (55).

El humo, como explican los filólogos, significaba para los griegos la apelación metafórica a la soberbia o fanfarronería y a la inestabilidad del carácter. Ante esta

auto-descripción, su hijo Bdelicleón, replica que sin duda es el «más acre» de los humos; pues, ARISTÓFANES, frecuentemente tildaba a los jueces de «duros, ásperos o acres». Más tarde, el mismo Bdelicleón dirá, al referirse a la casta judicial que, «si es irritada, la estirpe de los viejos, es igual a un avispero. Del lomo les sale un aguijón afilado, con el cual pican, y zumban, y saltan y tiran como chispazos» (63). Este aguijón es especialmente utilizado contra los adversarios de Cleón. Por ejemplo, Laques, renombrado militar, recordado a su vez en uno de los diálogos platónicos, será uno de los perseguidos por los jueces adictos a Cleón. Los propios jueces, a propósito de esto, dirán que «ayer Cleón, nuestro protector, dio orden de que puntuales llegáramos con provisiones para tres días... de cólera terrible» para castigarlo por sus injusticias (66).

Nuevamente, como se puede advertir, la pasión de la «cólera» es la que motiva la acción de los ancianos jueces. Pero el castigo por las injusticias no sólo se apoya en la cólera. También en las «artimañas» de una argumentación de tipo sofista empleada para justificar sentencias inicuas o razonamientos tendenciosos. Precisamente éste es el punto que ARISTÓFANES aborda en su comedia *Las nubes.* En la misma, Estrepsíades, un personaje que debe dinero a muchos acreedores, quiere ingresar a la academia de Sócrates con el fin de aprender las argucias del razonamiento para convencer a sus acreedores de que no está en realidad obligado a pagarles. La apelación a Sócrates es sin duda injusta pues el maestro de la mayéutica, como sabemos, combatió repetidamente a los sofistas. Más aún, en el *Gorgias,* PLATÓN sostendrá que el razonamiento lógicamente válido y sólido no está separado del carácter virtuoso del razonador. No hay hiato en la ética platónica entre ser un buen argumentador y ser una buena persona. Pero, más allá de ello, lo que quiero enfatizar, a través de la cita de *Las nubes,* es que era común que los jueces emplearan la doctrina sofista para *persuadir* —mediante estratagemas falaces— sobre el resultado que querían lograr [4]. Para ARISTÓFANES, los jueces, al igual que los sofistas de *las nubes,* zumban no con la trompa sino por el «trasero» como los mosquitos (42). Por ello, «quien conoce el intestino de un mosquito» es capaz de ganar cualquier causa, especialmente las malas o injustas.

La analogía entre el razonamiento falaz o sofístico, motivado por el interés en que triunfe la injusticia, por un lado, y el «trasero» de un mosquito, apuntan justamente a plantear cuán «sucio» es el ejercicio forense del derecho (sobre el funcionamiento de la judicatura y el papel de la argumentación véase BONNER y SCHMITT, 2000). Además, se trata de un ejercicio amañado. La imagen del estrecho intestino de un mosquito se potencia con la idea según la cual la argumentación es usada para «discutir sobre sutilezas, hablar de humo, y contradecir argumentos con argumentos» (51). El tipo de argumentación que ridiculiza ARISTÓFANES, no es aquel orientado por razones plausibles, o cincelado por pasiones con capacidad para motivar acciones morales o justas. Se trata de una argumentación que usa las sutilezas, el humo y la argumentación para confundir. Al vicio del humo, «característico de la soberbia», se le agregan otros que el propio Estrepsíades, en *Las nubes,* admite que puede adquirir una vez que logre la «elocuencia» en las palabras. Lo único que a este personaje le interesa es dejar de pagar sus deudas. Si lo logra, no le importa que «pase por hombre atrevido, charlatán, teme-

[4] Un ejemplo magistral en la literatura de un proceder que apela a las formas del razonamiento para defender tesis sustantivas implausibles es el memorable *Banquero Anarquista* de F. PESSOA.

rario, sinvergüenza, costal de mentiras, inventor de frases, trillado en los pleitos, litigante perpetuo, molino de palabras, zorro astuto, penetrante barreno, correa flexible, disimulado, escurridizo, fanfarrón, insensible como el nudo de las maderas, impuro, veleta y parásito imprudente» (59).

Una de las características de estos jueces sobre la que insiste una y otra vez ARISTÓFANES en *Las avispas* es su falta de sensibilidad para los contra argumentos; por esto los compara con la dureza de las piedras (68). Estos jueces, que ya estaban decididos a condenar a cualquier perseguido por Cleón, son los que están muy dispuestos a ir a las urnas para hacer «daño» (73)[5].

Frente a este cuadro moral, Bdelicleón le dice a su padre «llénate de discursos. Un día acabará todo esto y parecerás un culo al que no haya baño que lo limpie, después de tanta ostentación de poder» (101).

Los jueces, sin embargo, tienen tal poder que no dudan compararse con los mismos dioses; por esto el mismo Filocleón dirá que su poder en nada difiere del de Zeus (102) porque, continúa Filocleón, «cuando relampagueo, chasquean los labios y se cagan encima los ricos y también la gente más importante» (103). Estos jueces, temidos por los ciudadanos, están prestos siempre a dar «mordiscos» (118) a los que tienen que defenderse en un proceso judicial. Bdelicleón, que está muy ocupado en convencer a su padre de la necesidad de cambiar de actitud moral, desea en un momento, refiriéndose a su padre, «que desde ahora sea compasivo con los hombres, más con los acusados que con los acusadores, y que llore ante los que le imploran, y acabe con ese mal carácter y de su ira arranque las ortigas» (129). Por el contrario, cuando los jueces optan en la obra por describirse a sí mismos sostienen que «si nos observáis con atención en muchos aspectos, encontraréis que en todo sentido, en el carácter y en el modo de vida nos asemejamos mucho a las avispas. En primer lugar, ningún animal, cuando es provocado, es más irascible ni más intratable que nosotros. Y, luego en todo lo demás, nos manejamos del mismo modo que las avispas. Nos agrupamos en enjambres como en los avisperos» (129). Esta cita, muestra, una vez más, los rasgos sobresalientes de carácter de los jueces-avispas. Jueces que, además, se comportan como una «corporación cerrada», pues se agrupan en enjambres como las avispas.

Todo lo dicho hasta ahora, muestra cómo opera el insistente «aguijón» de ARISTÓFANES. El mismo opera en dos niveles. Por una parte en el nivel de los jueces-avispas que están dispuestos a picar condenatoriamente a los procesados como los insectos a sus víctimas humanas. Los jueces-avispa son imprudentes, veletas, iracundos, soberbios, feroces, etc. Por la otra parte, en una suerte de «meta-nivel», está el propio

[5] Me parece pertinente citar textualmente el comentario de uno de mis árbitros cuando, sobre la naturaleza de la labor judicial ateniense criticada por ARISTÓFANES, señala lo siguiente: «La principal reflexión a que ellos —o sea, la labor de los jueces— invitan no me parece intrascendente en el tema que el autor aborda. Los jueces eran designados por el poder político, ciertamente, pero la estrategia de control era más amplia porque en Atenas existió un consciente y decidido empeño por obstaculizar en general el desarrollo de las profesiones jurídicas ligadas al proceso. La actuación de jueces poco o nada "virtuosos" era, por tanto, menos problemática en ausencia de abogados defensores, y hasta "fiscales", que carecían de reconocimiento profesional y social dentro y fuera de los tribunales atenienses. Este puede hacer reflexionar sobre el papel de "centinela" de las virtudes judiciales que le cabe cumplir a la abogacía, sin el que los excesos judiciales escapan por vía política o corporativa a toda vigilancia. Las "virtudes" del juez también *se leen* a través de la labor de oros operadores procesales».

aguijón de ARISTÓFANES. Su obra *Las avispas* es un poderoso aguijón sobre las conciencias, buscando, con el expediente del humor, mostrar las fallas en el carácter moral de ciertos jueces. Es tiempo, por ello, de ocuparse a continuación de este tema.

2. LA MORALIDAD DE LOS JUECES

Durante mucho tiempo la filosofía del derecho ha estado dominada por dos tipos de paradigmas. Uno de ellos, más de corte formalista, estaba basado en un énfasis en el apego de los jueces al tenor literal de las reglas que debían aplicar puntualmente. El otro, en cambio, estaba fundado en la idea de cómo los jueces podían, mediante su función, maximizar el logro de objetivos colectivos. El primer paradigma es el «deontologismo judicial», mientras que el segundo, el teleologismo o consecuencialismo judicial. Esta división en paradigmas, sin embargo, no es exclusiva del mundo jurídico. En la filosofía moral, parejamente, encontramos una distinción entre un enfoque de tipo kantiano, apegado a las reglas, claramente enraizado en el deontologismo mientras que, por el otro lado, el utilitarismo, primero de los actos, y luego de las reglas, se vincula con un paradigma teleologista o consecuencialista (*vid.* LARIGUET, 2012). Me atrevería a sostener que estos dos paradigmas, en buena medida, han sido muy influyentes de las dos grandes direcciones que ha adoptado el llamado razonamiento judicial: una de tipo formalista con excesiva reverencia por la aplicación literal de las reglas y otra más política, vinculada a la conexión del razonamiento con el logro, a través de la judicatura, de objetivos políticos colectivos. No obstante, viene ganando territorio, una tercera forma de abordar la naturaleza de la labor judicial y el razonamiento forense. Me refiero a la corriente «aretaica», esto es, aquella que deriva de la idea de «aretai», «excelencias de carácter» que utilizamos para evaluar el temperamento o carácter moral de los jueces (FARRELLY y SOLUM, 2007; ATIENZA, 2001: especialmente cap. VI). La corriente aretaica presupone una reapropiación de la ética de las virtudes, principalmente de linaje aristotélico. Esta corriente se presenta como una genuina teoría normativa (GONZÁLEZ DE LA VEGA, 2013: 76) de la moral basada en la idea de virtudes, en este caso de índole judicial. Conforme este paradigma, el acento está puesto no tanto en la aplicación de las reglas o en la maximización de ciertas consecuencias globales sino en el desarrollo pleno de virtudes de carácter (AMAYA y HO HOCK LAI, 2012). En buena medida las virtudes se pueden caracterizar como disposiciones estables de carácter, que se encuentran armónicamente integradas, y que conducen al agente a desempeñarse de manera moral, respondiendo de manera correcta a los desafíos morales que se le puedan presentar.

En este trabajo quiero sugerir que el enfoque de las virtudes es una manera fértil de plantear el viejo problema de la «moralidad» del derecho. En vez de enfocar esta cuestión clásica con las lentes de la legitimidad, autoridad o normatividad del *derecho* [6], centradas, por lo general, al nivel sistemático e institucional del derecho, aquí pretendo dirigir la atención hacia otra cuestión. En efecto, creo que es necesario poner el acento en las virtudes de los protagonistas que aplican el derecho, en este caso los jueces. Voy a sostener que el enfoque de las virtudes resulta un *complemento* teórico

[6] Términos que pese a sus diferencias conceptuales aquí me permito usar en forma sinonímica.

ineludible de aquellas otras categorías (legitimidad, autoridad o normatividad) que acabo de mencionar. La idea es que no se puede hacer una buena filosofía jurídica que dé cuenta de la conexión entre derecho y moral sólo recabando el nivel institucional. Como diré aquí, tenemos expectativas normativas de que los jueces deben ser morales. Por tanto no basta siquiera concentrarse en el momento final de la «acción» de tomar una decisión judicial. Es menester, antes que nada, tener en cuenta el «preámbulo» necesario para tomar buenas decisiones. Me refiero, claro está, a las virtudes que los jueces deben exhibir.

Hace relativamente poco tiempo, A. SEN (2011: 105-116) ha sostenido que las teorías de la justicia, tradicionalmente, han dado mayor preponderancia a las cuestiones del diseño adecuado de «instituciones» y concedido menos atención a la cuestión de las «personas justas». En una línea familiarmente semejante, creo que los enfoques iusfilosóficos tradicionales han discutido la relación entre moral y derecho al nivel «marmóreo» de las instituciones (las reglas que regulan la judicatura, la legislación, etc.) y menos atención al carácter moral de las personas de carne y hueso que integran dichas instituciones. Si el derecho es finalmente normativo, moral o legítimo no es una cuestión que sólo dependa del material institucional, sino también de la cuestión de los rasgos de carácter que deberían satisfacer sus funcionarios.

La presencia, cada vez mayor de los códigos de ética profesional y, más concretamente, de ética judicial (AGUILÓ, 2009: 525-540), sugiere que la cuestión del desempeño moral de los jueces es un tema de suma actualidad y relevancia. Suponiendo que un derecho determinado pudiera ser tildado de inmoral o injusto (por ejemplo el llamado derecho nazi, o el del apartheid), o que cierta ley o regla particular lo sea, ello todavía deja abierta la cuestión de la moralidad o inmoralidad de los jueces. Si, además de un derecho inmoral o injusto, o una ley o regla particular inmoral o injusta, añadimos ahora el ingrediente de jueces inmorales o injustos, el problema se agrava considerablemente. Un juez moral o justo, esto es, un juez «virtuoso», podría quizá tener la *chance* de enmendar parcialmente la inmoralidad o la injusticia de la mano de una aplicación virtuosa del derecho. Pero si el derecho es inmoral y los jueces también lo son, prácticamente toda esperanza está perdida [7].

El aguijón de ARISTÓFANES tiene el valor de sacarnos de la burbuja inocente según la cual los jueces, por un extraño malabarismo conceptual son, por definición, morales y justos, es decir, virtuosos. Contra esta versión excelsa de los jueces, la literatura, en concreto una obra como la de ARISTÓFANES, nos ayuda a invertir el espejo y partir de los «vicios». Los jueces de *Las avispas* son jueces inclementes, soberbios, vanidosos, veletas, inestables, coléricos o iracundos, dependientes del poder de turno y, por ende, parciales en sus juicios. ARISTÓFANES nos muestra, de esta forma, las fallas de carácter que influyen directamente en el contenido injusto e inmoral de ciertas decisiones judiciales.

No hace tanto tiempo M. SALAS incrustó un aguijón todavía más escéptico que el del comediógrafo griego. Según M. SALAS (2007: 581-600) el derecho es una profesión esencialmente inmoral. Quien quiera jugar dentro de este mundo de la vida tendrá

[7] La hipótesis inversa es qué sucede cuando un derecho es justo pero los jueces son injustos. En estos casos se revela con mayor claridad la necesidad conceptual de que los jueces deben ser virtuosos y dotados de una sensibilidad aguda por la justicia en los casos concretos.

que aceptar que el ejercicio de la justicia está manchado de inmoralidad. M. SALAS no duda, en este sentido, en apoyar su afirmación estableciendo una semejanza entre los jueces y los «recolectores de basura», semejanza que se basa en el hecho de que ambos tipos de personas «huelen mal».

Algo parecido al escepticismo de M. SALAS, o pesimismo si queremos ser más precisos, sostenía PLATÓN en *Las Leyes.* Contra esta visión tan escéptica que entiende que el derecho está atacado de una (in) moralidad intrínseca, MALEM SEÑA (2001: 379-403) ha indicado que el derecho requiere para su estudio el enfoque en la moralidad de los jueces y que, en consecuencia, las «malas personas» no pueden ser —técnicamente— buenos jueces. Sin embargo, cuando MALEM defiende esta tesitura, no acompaña la misma de una clara conceptualización de qué quepa entender por «mala persona». Sus variados ejemplos van desde el juez que viste ropas estrafalarias, o se contonea al compás de la música tropical en una disco, hasta el juez fascista que contraviene valores de un estado constitucional del derecho o el juez que publica imágenes pornográficas en su blog. Mientras algunos ejemplos hablan de la moralidad privada (por ejemplo el juez en la disco) otros apelan a la esfera pública (el juez que adhiere a la doctrina fascista por ejemplo). En ningún momento queda claro qué define a una persona como «mala» y por qué esta constitución moral afecta el desempeño técnico correcto de jueces que, suponemos, conocen bien el derecho. MALEM, al final de su trabajo, se muestra vacilante y parece inclinarse por definir la moralidad de los jueces sólo a partir de los casos donde los valores morales de los jueces son incompatibles con los valores morales de un determinado ordenamiento constitucional. Pero, en otras partes de su texto, MALEM utiliza un criterio diferente al de la armonía con los valores públicamente sancionados en una constitución. En efecto, lo que parece contar como baremo de evaluación moral de la conducta de los jueces no es tanto que estos «sean» morales como que «aparezcan» como tales. En otras palabras, la confianza del justiciable en el derecho parece estar vinculada a la «buena imagen», a la «apariencia» que irradien los jueces. En tal sentido, a diferencia de una genuina moralidad «crítica» y «reflexiva» parece que esperamos de los jueces una suerte de moral «farisea». Después de todo, un juez que fuera auténticamente moral no necesitaría aparentarlo.

Más promisorio, según creo, es el camino trazado, entre otros, por A. AMAYA (2013). Con mayor precisión y claridad, esta filósofa sostiene que los «ejemplares morales» son criterios normativamente confiables para evaluar el comportamiento de los jueces. Los ejemplares morales que según la misma AMAYA, pueden surgir de la jurisprudencia, como de las obras de *ficción o literarias,* son aquellos que instancian virtudes, es decir, que son *«tokens»* o «ejemplares» de virtudes morales (como honestidad, magnanimidad, coraje o prudencia), y también de virtudes intelectuales (como apertura mental, perseverancia, autonomía y humildad intelectuales, etc.). En lo que sigue, con el rótulo «virtudes judiciales», tendré en cuenta tanto lo que, por una cuestión más de *estilo* que de fondo [8], llamamos virtudes intelectuales y morales que deben integrar el temperamento de los jueces.

[8] Un lugar común en la filosofía occidental ha sido generar algo así como una visión «purificada del intelecto» según la cual el intelecto tiene una maquinaria, un funcionamiento y unos rasgos independientes de los sentimientos y respuestas emocionales. Sin embargo, esta distinción, trasuntada en la independencia aristotélica entre virtudes intelectuales y morales, es sumamente cuestionada en la filosofía actual. Por ejemplo,

3. EL ENFOQUE DE LAS VIRTUDES JUDICIALES Y LA FALLA DEL POSITIVISMO JURÍDICO METODOLÓGICO

Como hemos visto, ARISTÓFANES utiliza un insistente aguijón para hablar de la inmoralidad de los jueces. Esta inmoralidad está enraizada en fallas de carácter, en vicios ya descriptos con apego a la obra citada del comediógrafo griego, que impactan en el dictado de sentencias injustas o inmorales; sentencias que, como dicen los propios jueces-avispas, producen «daño» injustificado. Precisamente, buena parte del núcleo de lo inmoral, como ya lo entrevió con lucidez J. STUART MILL, tiene que ver con el daño injustificado a terceros.

Precisamente, debido a sus fallas de carácter, los jueces-avispas elaboran sentencias inmorales o injustas. La inmoralidad o injusticia surge de castigar a los inocentes; de condenar por delitos que no cometieron a las personas en general y a los personajes fastidiosos para el poder político de turno en particular. Estos jueces no sólo son coléricos, vanidosos o veletas, son jueces que gustan de la adulación, que se someten a las presiones políticas y que, en consecuencia, sacrifican su independencia y su imparcialidad.

El argumento en el que voy a insistir tiene las siguientes partes. *Premisa 1*: Si tomamos en serio que los jueces no pueden aplicar de manera moralmente correcta el derecho si no son virtuosos. *Premisa 2*: Si, además, aceptamos, por mor de esta línea de trabajo, que los jueces carentes de virtud tenderán a cometer fallas argumentativas cruciales en el momento de la aplicación del derecho a casos concretos. *3. Conclusión*: Entonces, parece que debemos decirle adiós al positivismo jurídico concentrado, en todo caso, en las propiedades sistemáticas del derecho pero ciego al papel de las virtudes judiciales en una aplicación y argumentación moralmente impecables del derecho a un caso particular.

Para que se entienda más cabalmente el tipo de descontento teórico que trasunta la premisa 2, dividiré esta sección en dos partes. En la primera, ofreceré algunas notas de porqué el positivismo jurídico metodológico me parece insatisfactorio para dar cuenta de la necesidad de virtudes morales en los jueces. En la segunda, y ya más específicamente, explicitaré el papel de la frónesis o prudencia que, aunque para los aristotélicos es una virtud *intelectual* aplicada al campo de la praxis, no es menos cierto que la misma no se da de manera divorciada del resto de virtudes morales que, en el caso del objeto del presente estudio, deben poseer los jueces en su desempeño.

3.1. Las fallas del positivismo jurídico metodológico

Sinceramente soy de la opinión de que el positivismo jurídico metodológico, esto es, aquel que separa conceptualmente el derecho de la moral, es un fracaso teórico de proyecciones actuales hoy en día fantasmagóricas. Como el padre de Hamlet, esta clase

---

ZAGZEBSKI (1996: 137 y ss.) ha demostrado cómo en las virtudes intelectuales se dan aspectos emocionales y cómo en las virtudes morales aspectos cognitivos. En consecuencia, la distinción no es conceptualmente fuerte. Esto a su vez se hace patente en el ámbito epistemológico de las «teorías del conocimiento» que también han incorporado el lenguaje de las virtudes para estudiar los procesos de justificación del conocimiento válido (*cfr.* ZAGZEBSKI, 1996: 6 y ss.).

de positivismo deambula en los pasillos tribunalicios, y en las cátedras universitarias, susurrando voces que sólo pertenecen a un pasado superado.

Esto no se debe sólo a datos del *presente* como aquéllos sobre los que han llamado la atención iusfilósofos de la *escuela alicantina* como ATIENZA-RUIZ MANERO (2007: 7-28), en el sentido de señalar la existencia evidente de la incorporación de moralidad sustantiva a nuestros ordenamientos constitucionales o a la falta de autonomía semántica de una legión de términos jurídicos como «trato infamante», «pena cruel», «buen padre de familia», «precio justo», etc. A este señalamiento se le puede replicar que estos datos son «contingentes» para el positivismo metodológico, y admitidos por el *«soft or inclusive legal positivism»* a título de fuentes que deberían ser tenidas en cuenta sólo si han sido incorporadas al derecho de manera efectiva (GREEN, 2003). Empero, en mi opinión, estos datos son engañosamente o superficialmente «contingentes». Como HABERMAS (2010), o antes HEGEL han mostrado, la modernidad progresivamente va incorporando elementos morales que evidencian una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral. El Estado de derecho, diría HEGEL, es *ya* la encarnación de una comunidad ética de vida (BRUDNER, 2004).

Si suavizamos la afirmación universalista hegeliana sólo para los estados constitucionales de derecho, podemos usar un cuantificador heterodoxo del estilo «para la mayoría» de los ordenamientos jurídicos, la moralidad es un test que interviene tanto en la identificación de validez de las reglas, como en el examen de su virtual aplicación a casos concretos [9]. Ergo, no es cierto que la moralidad sea un dato puramente contingente. Pero esto por dos razones de peso adicionales. La primera es que no creo que la moralidad del derecho se pueda explicar de manera autorreferente con éxito [10]. La autorreferencia conlleva la paradoja de que requiere de otras reglas, extendidas hasta el infinito, para dar cuenta de la moralidad del derecho (NINO, 1997: 43-44). Pero además, tratar de explicar *lo jurídico sólo a partir de lo jurídico* como han intentado teóricos sistémicos como LUHMANN arrastra el riesgo de cegarnos frente a la evidencia aplastante de los datos morales que consigné más arriba [11]. Además, pretender tal cosa

---

[9] Además soy de la opinión de que el análisis filosófico no necesariamente pierde identidad si deja de lado conexiones conceptuales necesarias a priori y avanza sobre conexiones conceptuales a posteriori, pero no por ello meramente episódicas o rapsódicas.

[10] TEUBNER (2011: 376) ha mostrado algunos de los inconvenientes de la autorreferencia jurídica, básicamente en el sentido de que la misma es reluctante a las «buenas razones» que trascienden el nivel literal de los textos jurídicos, citando un célebre párrafo del *Talmud* que transcribo textualmente aquí: *«The Talmud tells us how once during a heated halachic discussion, when no agreement could be reached, Rabbi Eliezer, whose detailed, elegantly justified legal opinion was not shared by the majority, said that if he were right, a carob tree outside would move to prove it. When it did move, the other rabbis remained unimpressed. Eliezer claimed that if he were right, a nearby stream would flow backwards —and it did; he claimed that the schoolhouse walls would bend— and they did. But the rabbis were not impressed by these wonders either. Finally he said heaven itself would prove him right. Thereupon a Heavenly Voice confirmed Eliezer's position. Yet the rabbis disagreed even with this voice, saying: "We pay no attention to a Heavenly Voice, because Thou hast long since written in the Torah at Mount Sinai, after the majority must one incline". And God laughed, saying "My sons have defeated Me, My sons have defeated Me"».*

[11] La moralidad del derecho, a mi juicio, tiene un carácter «bifronte». Por una parte alude a estándares explícitos o implícitos que existen en el derecho bajo una etiqueta que bien podría llamarse, lo que L. FULLER denominaba la «moralidad interna del derecho». Aquí podríamos incluir principios como el del origen democrático del poder, imperio de la ley, certeza y previsibilidad jurídicas, irretroactividad general de la ley, o aquellos valores o razones de estirpe originariamente moral que impregnan estándares legales, principios constitucionales o, sencillamente, predicados axiológicos que forma parte de los ordenamientos jurídicos. Este

es como intentar salir del pozo tirando hacia arriba de la propia cabellera. En tanto la legitimidad, autoridad o moralidad del derecho tienen una dimensión *categorial* que *trasciende* el ámbito jurídico, cada vez que queramos dar cuenta de estos predicados (moralidad, autoridad, etc.) tendremos por fuerza que salirnos, carnapianamente hablando, del «marco» del positivismo [12]. Sencillamente éste no puede dar respuesta a

---

tipo de moralidad interna integra lo que en otro trabajo (LARIGUET, 2007: 51-78) he llamado la «respuesta jurídica compleja». Esta respuesta es «jurídica» pues se apoya en argumentos, principios o cláusulas interpretativas que la comunidad jurídica reconoce como parte explícita o implícita del derecho. Es «compleja» porque postula que la solución a los problemas normativos no se halla confinada en un sector *departamentalizado* del derecho sino que puede obtenerse de una inspección más amplia de diversos sectores del derecho. Además es una respuesta que apela a las razones profundas de las normas jurídicas, razones de tipo moral. Pero esta moralidad interna o respuesta jurídica compleja es «conservatista», pues busca preservar la práctica o imagen del derecho en su mejor aspecto. Sin embargo, esta reconstrucción podría todavía ser sometida a un escrutinio moral externo al derecho y que, por tanto, apoyara la necesidad de modificar parcial o totalmente una práctica jurídica. Sin caer en el simplismo analítico de pensar que un derecho inmoral no es derecho, se podría pensar que un derecho inmoral, aun si convenimos en llamarlo «derecho», por mor de una amplitud de las convenciones lingüísticas, ello no eliminaría el dato de que tal derecho «no tiene fuerza necesaria para justificar una decisión práctica de un juez». Para esto necesitaríamos echar mano del otro sentido de la «moral» que tengo en mente, aquel que refiere a lo que podríamos denominar una moralidad «madura», «crítica» o «reflexiva»; moralidad que, como digo, es «externa» al derecho pero a la cual el derecho se haya vinculado por *participar del discurso moral general*. Llamo «discurso moral general» al entramado de razones, teorías normativas y conceptos morales densos o ligeros que son susceptibles de ser dotados de contenido proposicional y pueden ser articulados en el razonamiento práctico y deliberación moral de individuos. De todas maneras, la participación del derecho en lo que llamo el discurso moral podría sugerir una idea que no suscribo: la superfluidad o irrelevancia del derecho. No. La participación del derecho en la moral es *servicial* al presupuesto del discurso moral según el cual necesitamos un orden jurídico institucional (E. GUISÁN, 2008: 161-162) que *efectivice* valores como la coordinación social, establezca condiciones para la paz o posibilite el desarrollo de múltiples fines sociales o individuales que los ciudadanos se proponen. Sin en el brazo del derecho la moralidad sola no podría efectivizar estos fines pues le faltarían los brazos institucionales (legisladores, jueces, etc.) que hagan efectiva la tutela de dichos bienes y, además, tengan la capacidad de resolver autoritativamente conflictos sociales. Aquí es donde resulta crucial dar cuenta de la exigencia de *moralidad de los brazos de aplicación de la ley* (los jueces). Si estos no son virtuosos, estamos ante un posible fracaso del derecho para concretarse de manera justa en casos concretos donde estén en conflicto ciertas pretensiones.

[12] Un intento sofisticado ha sido ofrecido por J. RAZ (por ejemplo, 2006: 141-175) con su idea de la autoridad como «servicio» (para un análisis meticuloso de la teoría raziana —y su comparación con la propuesta de ALEXY— véase GAIDO, 2011). Según esta concepción, en la identificación del «concepto» de derecho hay un componente moral que tiene que ver con que la autoridad es legítima en tanto recoge las mejores razones para gobernar nuestra conducta. Siendo así, sus razones son «excluyentes» y «perentorias» de nuestro balance ordinario de razones. RAZ va más lejos todavía al escindir analíticamente la etapa de identificación del derecho a nivel abstracto con su reconocido componente moral —instilado por el concepto de autoridad como servicio— y la etapa de identificación de normas aplicables a un caso concreto. Aquí el positivista es «excluyente» en tanto sólo apela a pruebas empíricas neutrales para determinar las normas jurídicas aplicables a un caso concreto. Sin embargo, este rasgo excluyente de su positivismo es precario o inestable por cuanto admite que la «equidad» (RAZ, 1998: 1-20) puede jugar un papel revisor de la aplicación de normas jurídicas a un caso concreto. Frente a esta sumaria presentación del pensamiento raziano se abre un racimo de problemas. El primero es que no estoy seguro de que la distinción entre una etapa de identificación «in abstracto» (con la puesta en evidencia de un componente moral en el derecho) y la etapa de aplicación de normas jurídicas (donde habría un test de identificación cerrado a consideraciones morales o políticas extrajurídicas) pueda trazarse de manera irrestricta y tajante. Participo del *motto* del pragmatismo filosófico según el cual los conceptos reivindican siempre instancias de aplicación concretas. Para el pragmatista, pero antes para KANT o LEIBNIZ, lo que vale en teoría vale en la práctica, esto es, lo que vale en abstracto vale en concreto. No hay separación tajante, en esta versión, entre la identificación in abstracto y una fase aplicativa. Esto resulta una distinción analítica artificial de dudosa sensibilidad práctica. El segundo problema es que abrir la puerta a consideraciones de equidad difícilmente preserve el rasgo «excluyente» del positivismo jurídico. La equidad es un juicio que re-abre el examen de las razones jurídicas a otras razones morales sustantivas que pueden derrotar las consecuencias previstas por las normas o reglas jurídicas. El tercer problema, en mi opinión, es que el concepto de autoridad, como concepto normativo, que tiene linaje político-moral sustantivo y, que en consecuencia, forma parte de la filosofía práctica

esta cuestión (DELGADO PINTO, 1996: 425-440). No está en su espíritu darla. Y creer lo contrario ha traído más confusión que claridad (NAVARRO, 2001: 136).

3.2. El papel de la frónesis judicial

Mi embate anterior contra el positivismo jurídico metodológico necesita ser completado, y esto es primordial para mi argumento central, con el dato de las virtudes judiciales. Como señalé, en páginas anteriores, hay cada vez un mayor consenso académico en que nos importa de manera descollante el desempeño moral de los jueces y abogados. A esto se añade el hecho cierto de la proliferación de códigos de ética, la previsión de tribunales de conducta ética y hasta de sanciones legales por faltas éticas. Los códigos de ética no son sólo un reservorio meramente ornamental de reglas. En buena medida, han explicitado las virtudes que los jueces y los abogados *deben poseer* si es que quieren *argumentar de manera racional y aplicar las reglas correctamente.* Los jueces viciosos no ofrecen garantía alguna de aplicación racional del derecho. Por ejemplo, y tal como se ha podido apreciar, una argumentación orientada al consenso racional y regimentada por la fuerza del mejor argumento (APOSTEL, 2007: 129-137) no puede ser encarada con éxito por los jueces-avispa de ARISTÓFANES, inclinados a servirse de los argumentos de manera tramposa con el sólo fin de imponer falazmente decisiones inmorales.

Ahora bien, para aplicar reglas en forma correcta, hay que indicar que una de las virtudes judiciales por excelencia es la de la «prudencia» o «frónesis» (LARIGUET, 2013). Para ARISTÓTELES, esta virtud —intelectual— es la responsable nada menos que de la *integración armónica de* todas las demás virtudes de carácter moral. Es la virtud por antonomasia porque es la que permite el juicio justo y en el momento justo. ARISTÓTELES pensaba que esta virtud ayudaba a discernir, a percibir, los detalles relevantes o «salientes» de un caso particular para poder, así, arribar a la decisión adecuada.

La prudencia es muy relevante por un dato propio de casi todo orden jurídico legislado. Esta clase de órdenes jurídicos utilizan la formulación de reglas o estándares muy abstractos de regulación. Su aplicación, por otra parte, no puede ser reivindicada por la propia regla o estándar. Las reglas y los estándares necesitan ser *especificados* para el caso concreto o particular (RICHARDSON, 1990: 279-310). Aquí es donde los jueces tienen un poder especialmente convocado para llevar adelante esta tarea de especificación. Según los éticos de la virtud la prudencia es el instrumento adecuado para esta tarea, ya que la misma es un juicio atento a discernir los rasgos sobresalientes de un caso particular. Esta tarea especificatoria podría resultar sencilla cuando el caso parece encajar sin duda alguna bajo la descripción de las reglas o estándares. Pero cuando el caso es relativamente insólito, puede que las reglas se muestren «indeterminadas» al respecto, con lo cual la tarea especificatoria será más *creativa* y vendrá a completar los espacios indeterminados de las reglas. Aquí el juez tendrá que activar la prudencia para deliberar la forma de decidir si el caso se puede o no incluir bajo la descripción de la

---

en general y no es patrimonio sólo de juristas, produce una perturbación en la consistencia del positivismo metodológico. Cuando el positivista *á la Hart, o á la Raz,* emplea el término «autoridad», no es capaz de preservar la coherencia conceptual ni histórica del positivismo, pues introduce un caballo de Troya que lleva a la auto disolución del positivismo. El positivista que mete en su vocabulario teórico el «término» autoridad introduce en el positivismo elementos morales-políticos sustantivos y rompe con la pretendida separación metódica entre «ser» y «deber ser» y con la anhelada neutralidad teórica del filósofo del derecho.

regla. Sin duda que aquí su tarea será más «creativa» que en los casos sencillos y puede que, en ocasiones, conlleve la necesidad de alterar el derecho de un modo que ya no haga equilibrio con una moralidad subyacente sino que demande una modificación del mismo a la luz de una moralidad externa de tipo crítico.

A este respecto, una discusión perenne en el ámbito jurídico es si en estos casos los jueces ejercitan algún tipo de discreción «fuerte». Supongo que la respuesta que podría dar un ético de la virtud es, en principio, negativa, ya que el juez prudente tendrá la capacidad de articular el derecho con la moralidad de una manera coherente, apelando al equilibrio reflexivo entre el material jurídico disponible y los principios y normas morales que el prudente determine como aplicables al caso particular [13]. La idea sería que la ética de la virtud tiene la capacidad normativa de desplegar un procedimiento heurístico que conduzca a la *mejor respuesta que resulte posible* para el caso que deba resolver el juez. Si, además, este juez tiene apertura mental, amplitud de miras, coraje, honestidad, humildad, disposición a recibir críticas, a sopesar las ventajas y costos de cada línea de argumentos [14], a mantenerse sereno, etc., entonces tendrá un «plus» con respecto a los jueces que sólo se constriñen a emplear las técnicas usuales de interpretación y argumentación jurídicas. Un juez virtuoso, además de ser técnicamente competente, es un juez «íntegro». Un juez íntegro es un juez prudente. Y un juez prudente muestra una preciosa armonía en su contextura emocional [15], poniendo en evidencia el trabajo conjunto de sus virtudes intelectuales y morales.

De todas formas, puede que en otros casos, tal como he señalado anteriormente, los jueces virtuosos encuentren imposible un equilibro entre el derecho interpretado y su moralidad subyacente. Puede que las virtudes, en efecto, los conduzcan a modificar parcialmente el derecho a fin de ajustarlo a parámetros de una moralidad crítica.

Quiero aprovechar el espacio de este trabajo para declarar mi simpatía por la ética de la virtud. Sin embargo, a continuación debo decir que mi simpatía está matizada. Es una simpatía *precavida.* La simpatía deviene de que creo que las virtudes son instrumentos normativos fecundos para complementar el paisaje teórico sobre el derecho y la argumentación jurídicas. No basta con apelar sólo a las *instituciones,* necesitamos también tener en cuenta los rasgos de carácter de las *personas.* Tampoco absolutizan el panorama de la filosofía jurídica y moral los paradigmas deontológico y teleológico. Frente al excesivo rigorismo —de origen kantiano— del paradigma deontológico, la ética de la virtud es sensible a los desafíos del contexto particular de un caso; desafío

---

[13] Esta articulación, empero, es compleja. En el caso de lo que, más adelante, denominaré la «respuesta jurídica compleja», el juez virtuoso buscaría la mejor versión moral *inmanente* al derecho y, por tanto, su reconstrucción aplicativa sería *conservatista* del derecho bajo su mejor aspecto. Sin embargo, si el material normativo fuera un obstáculo para esta tarea de equilibrio reflexivo, pues no es factible articular una moral inmanente que presente al derecho bajo su mejor versión, el juez virtuoso tendría que tener el coraje de explicitar una respuesta moral *por fuera* del derecho. Esto puede suponer que el juez, después de todo, no pueda ser *deferente con todos los valores en juego.* Su coraje moral podría llevarlo a apartarse de la *letra de la ley.*

[14] A. Amaya (2011: 135-142), al analizar la concepción de la argumentación judicial reconstruida por M. Atienza, muestra la conexión entre un carácter virtuoso y una capacidad incrementada de argumentación racional.

[15] Para los éticos de la virtud las emociones son vehículos cognitivos para dar buenas respuestas a problemas normativos. En el fondo, un teórico de la virtud ofrece una ética de las emociones o pasiones. Una educación de las pasiones en términos de respuestas virtuosas, enhebra emocionalidad y racionalidad práctica de un modo estrecho.

recogido mediante la lente de la prudencia. Por otra parte, el teleologismo utilitarista, particularmente del utilitarismo del «acto», ha sido comúnmente atacado por dejar abierta la puerta al sacrificio de un individuo en aras del bienestar colectivo. Frente a esto, la ética de la virtud postula la existencia de ciertos actos que son nítidamente viciosos y, por tanto, moralmente censurables.

La *precaución* con que matizo mi simpatía deviene, empero, de que no defiendo a ultranza las bondades de la ética de la virtud. Tengo una mirada abierta a los posibles problemas que esta ética debe enfrentar o dar respuesta satisfactoria. Los filósofos hemos señalado problemas diversos. Por ejemplo referidos a la presunta estrechez original que tenía la «clase de los virtuosos» en la formulación aristotélica que dejaba fuera a jóvenes y mujeres. Otro problema es el de la «educación» de la virtud. Las virtudes no son propiedades heredables de padres a hijos, como sí lo son ciertos rasgos genéticos, lo cual explicaría por qué los hijos de Pericles, a diferencia de su padre, no eran virtuosos. Por tanto, hay que *educar* en las virtudes. Una manera de hacerlo es salirse del enclaustramiento en el derecho y mirar otras áreas humanísticas como la literatura. Creo que este tipo de problemas que señalo, son fácilmente contestables por la ética de la virtud contemporánea. Porque, por una parte, la clase de los virtuosos ya no tiene la estrechez conceptual que tenía en el pensamiento original aristotélico. La educación jurídica, por otra parte, puede ser reorientada de modo tal que logre estimular las virtudes en los jueces. A menudo se ha pensado, erróneamente, que la ética de la virtud es sólo el envoltorio de una mera «psicología moral» y no forma parte de la ética. Creo que esto es una manera *moderna* de ver distorsionadamente la ética aristotélica y la ética antigua en general. En la filosofía moral antigua, pienso en los epicúreos y estoicos, y no sólo en los aristotélicos, la ética es en parte psicología y en parte ética normativa. No son hemisferios sin conexión. La ética es *psicológica* en tanto se preocupa por diagnosticar y reajustar emociones y creencias inadecuadas, y es normativa en tanto se trata de una terapia que expone un catálogo de rasgos de carácter que nos pueden llevar a la excelencia moral, al florecimiento integral o eudaimonía.

Lo que sí creo que comporta un problema para la ética de la virtud, mas no un impedimento absoluto, es el problema del conflicto entre virtudes. En efecto, en los casos en que un agente moral, o un juez, experimente «dilemas morales», «conflictos de conciencia» es casi seguro que las virtudes estarán también en conflicto [16]. La

[16] Cuando se producen colisiones, entre exigencias contrapuestas, bajo la forma de *dilemas* que los jueces tienen que resolver, podemos enfrentarnos a un problema de conflicto entre dos tipos de moralidades diferentes. Una, la interna, de tipo institucional y ligada a normas y principios jurídicos, y otra externa que puede servir como *reserva crítica* de la moral en el primer sentido. Pues bien, frente al conflicto entre exigencias contrapuestas, es donde podría entrar en escena la ética de las virtudes. En este sentido, la prudencia, dado que es una virtud «estrella» parece que, *prima facie, siempre* remitiría a la moral en el primer sentido o en el segundo sentido cuando el primero se halla agotado y ha resultado frustrado por una crítica externa al derecho. En este último sentido, ya el equilibrio reflexivo no se podría mantener con un derecho intacto meramente especificado sino que se buscaría su transformación alumbrada por una moralidad en sentido externo. El juez virtuoso está preparado para este momento difícil pues sabe que hay una pluralidad de valores en conflicto y que no siempre podrá hacerles justicia a todos a la vez. Ahora bien, si justamente somos pluralistas en materia de valores, es decir*, si* suscribimos la idea de que hay valores diferentes que pueden entrar en conflicto y, si además, somos pluralistas en materia de razonamiento práctico, podríamos presenciar que no hay algo así como un solo tipo de reglas o dimensiones que siempre triunfen sobre las otras, tal como sostendría el «monismo» de valores. Despojando a la prudencia de su tendencia a priorizar siempre una lectura moral (sea en el sentido uno, sea en el sentido dos), esta virtud podría ser *reinterpretada*, sosteniendo que una sensibilidad por el dato del *«value*

pretensión de la virtud, sin embargo, es que la «prudencia» juega un rol estelar como cohesiva de las virtudes en conflicto.

Ahora bien, aun si esta tesis puede ser cierta para muchos casos, no necesariamente es aplicable a todos los casos del mundo. Por ejemplo, en los llamados «casos trágicos», que son aquellos donde haga lo que haga un agente no podrá evitar un mal resultado, es por lo menos incierto si la prudencia puede garantizar la armonía entre virtudes y determinar una respuesta «correcta» para el caso trágico. Pero sí que puede defenderse que si el juez es virtuoso, hará lo mejor posible y vivirá con angustia su decisión, siendo consciente de que, quizá, no pudo evitar completamente *sacrificar* una opción valiosa. Esta angustia, puede a posteriori, ser el motor para impulsar cambios en el derecho o cambios institucionales que permitan reacomodar las cosas para evitar futuros sacrificios de determinado valor que se juzga importante.

Con independencia de lo anterior, quiero volver al punto de inicio de este trabajo. La idea era que el derecho *en* la literatura puede ofrecernos un catálogo de ejemplares virtuosos o viciosos que nos resulte útil para contrastar y comparar el desempeño de los jueces literarios con el desempeño de los jueces de carne y hueso. Como ha mostrado NUSSBAUM (1997) estos jueces tienen mayor sensibilidad y profundidad interpretativa para aplicar el derecho si se comportan como *jueces poetas*, que si lo hacen como jueces utilitaristas como el señor Gradgring de *Tiempos Difíciles* de DICKENS. Otra manera de educar, por cierto, es recurriendo a la imitación de jueces excelentes (en lo que A. AMAYA llama la teoría centrada en los «agentes). Y, por último, otra forma es centrándose en «casos» resueltos de manera excelente.

4. CONCLUSIONES

En este trabajo me he concentrado en una específica manifestación del derecho *en* la literatura. He basado mi análisis filosófico principalmente en *Las avispas* de ARISTÓFANES, con ocasionales referencias también a *Las nubes,* texto del mismo autor.

---

pluralism» (LARIGUET, 2011c: 161-184) podría conducir eventualmente a otros resultados donde la moral, en ninguno de los sentidos anteriores, resulte privilegiada. Desde este punto de vista se podría considerar que la prudencia no necesariamente remitiría siempre a un criterio moral pues, quizá, y bajo la cláusula de que admitamos el pluralismo de valores, la misma podría aconsejar el *razonable* predominio de valores políticos e inclusive estéticos por sobre los valores morales externos o internos al derecho. Esto sin duda podría sonar contra intuitivo para una lectura lineal de la ética de la virtud y también para aquellos que presuponen un lugar central para el derecho o para la moral, argumentando que *son valores entre valores*. Pero si uno admite, por hipótesis, el pluralismo, a lo mejor, estaría justificado a dudar de que esta primacía de la moral o el derecho se mantenga *siempre* intacta. La pregunta, con todo, más allá de qué interpretación de la prudencia consignemos, seguirá siendo si la prudencia siempre garantizará una salida airosa de todos los dilemas que se le planteen a los jueces. Y en conexión con esta pregunta, la otra sería si, no obstante admitir el pluralismo de valores, estaríamos dispuestos a sostener que existan ciertos *meta criterios* para resolver conflictos entre dominios diferentes. Me inclinaría a hipotetizar que, quizá, si estos metacriterios existiesen nos empujarían, en general, a dotar de primacía a los valores morales por sobre otra clase de valores. De este modo, a lo mejor, la *unidad del razonamiento práctico* siga siendo la regla, mientras que un pluralismo razonable quedaría como estrategia residual para ciertos casos donde resulte aceptable que otros valores no-morales triunfen sobre los morales. En cualquier caso, la cuestión de cómo estructurar el razonamiento práctico, si como unitario —a nivel de regla general— y pluralista —a nivel residual—, es un tema que exige una meditación más extendida en el tiempo y, por fuerza analítica, una articulación conceptual más detallada. Por otra parte, la tarea de «encontrar» o «inventar» metacriterios de resolución de conflictos entre valores pertenecientes a distintos dominios, me parece una pesquisa abierta todavía y, por tanto, pendiente de muchas más cavilaciones.

He sostenido que la lectura de estos textos literarios nos permite reexaminar el importante problema de la moralidad de los jueces. La obra de la comedia griega analizada opera como un «aguijón» frente al duermevela de los juristas que no prestan atención al impacto que ciertos vicios pueden tener en la adopción de decisiones inmorales o que quepa considerar como injustas. Este aguijón aristofanesco no es el mismo aguijón «semántico» con el que DWORKIN criticaba al positivismo de tipo hartiano. Este es un aguijón *moralista* porque ofrece, mediante el recurso a la risa, argumentos críticos dirigidos contra los vicios que los jueces *deberían* extirpar si es que quieren convertirse en buenos jueces.

He combinado el cuadro literario de ARISTÓFANES con la propuesta normativa de la ética de la virtud. He sostenido que la atención en las personas virtuosas es un modo de complementar aquellos análisis sólo centrados en el diseño de instituciones justas. La importancia de las personas y no sólo de las instituciones ya fue entrevista por RAWLS cuando imputaba a los agentes morales de su teoría un «sentido de la justicia». La justicia como sentido es una virtud, tal como ya sostenía ARISTÓTELES. Desde luego, y esto lo admito, además del discurso de las virtudes, requerimos de buenas teorías normativas en el ámbito político y moral que nos revelen las condiciones intersubjetivas que una sociedad bien ordenada debe satisfacer para tener instituciones justas. Pero, repito, hay que complementar las instituciones justas con las personas virtuosas dotadas de una sensibilidad por la justicia.

He afirmado que la preocupación extendida y masiva por la moralidad de los jueces, atestiguada por los códigos de ética, los tribunales de ética, las reuniones académicas y de foros de abogados y jueces encaminadas a sentar bases para una ética forense, etc., sugiere que la relación entre moral y derecho es mucho más estrecha de lo que el positivismo metodológico supone. No basta con centrarse en el dato de reglas saturadas de connotaciones morales. También hay que prestar atención a la necesidad de que los funcionarios de un sistema jurídico sean morales. He argüido que «ser moral» no tiene porqué explicarse sólo con el recurso a los paradigmas dentológicos o teleológicos. La moralidad de los jueces parece estrechamente ligada con el discurso de las virtudes. Aunque me he ocupado en este trabajo primordialmente de los jueces, soy de la creencia de que la ética de la virtud puede extenderse con provecho para forjar las condiciones para evaluar a *legisladores y ciudadanos virtuosos* y no quedar confinada, solamente, a los jueces que aplican las reglas. Necesitamos legisladores que sepan discernir adecuadamente qué reglas necesitamos y a ciudadanos que desplieguen lo que los republicanistas llaman «virtudes republicanas».

He señalado antes el fracaso del positivismo metodológico, es decir el que separa conceptualmente derecho respecto de moral, para dar cuenta, en cambio, la existencia de vinculación *fuerte* del derecho con la moral [17]. Esta vinculación no sólo se da en el plano de las «instituciones jurídicas» sino también de las «personas de carne y hueso» que encarnan estas instituciones. Es posible que a veces los jueces sean «inmorales», pero precisamente en este reconocimiento está cifrada *nuestra expectativa normativa*

[17] «Fuerte» en el sentido de que un derecho que se desvincula de la preocupación por un contenido moral o justo tiene una muy amenguada fuerza para apoyar la justificación de decisiones prácticas. Frente a este inconveniente es que nuestra expectativa normativa es que los jueces sean virtuosos y dotados de capacidad de enmendar fallas de moralidad o justicia.

de que ellos *deben* ser «morales», en el sentido de «virtuosos». La idea es que un juez virtuoso está más capacitado que un juez puramente «técnico» para buscar la solución justa para un caso.

Frente a los datos que he mencionado antes, sostener que la vinculación es contingente es inadecuado y superficial. Pues no es contingente la expectativa de que los jueces sean virtuosos. A esto se le suma un dato no contingente y es la incapacidad conceptual del propio positivismo metodológico para responder sobre la vinculación del derecho con la moral. Frente a esto, coincidiría con D. Priel (2011:1-35) en que las relaciones entre validez, contenido, normatividad y legitimidad son muy fuertes en un modo que es distorsionado por el tipo de distinción analítica que trazan los positivistas estándares entre estos conceptos. La idea dworkiniana de que hay que explicar las relaciones holísticas entre estos conceptos demanda un tipo de filosofía del derecho no endogámica, no cerrada en sus pequeñas fronteras. Demanda una filosofía del derecho que utilice el aparato normativo [18] de las teorías elaboradas por los filósofos políticos y morales. Esto no tiene por qué desdibujar la identidad o autonomía disciplinar relativa de la filosofía del derecho. Lo que señala, más bien, es que si queremos ser buenos filósofos del derecho, tenemos que esforzarnos por ser también buenos filósofos morales y políticos.

BIBLIOGRAFÍA

Aguiló, J., 2009: «Dos concepciones de la ética judicial», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 32.

Amaya, A., 2011: «Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial», *Diánoia,* vol. LVI, núm. 67, México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.

— 2012: «Derecho y Literatura», en SCRN, *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2064297*.

— 2013: «Exemplarism and Judicial Virtue», MS inédito cedido por gentileza de la autora.

Amaya, A., y Hock Lai, H., 2012: *Virtues, law and justice,* Oxford: Hart Publishing.

Anderson Camacho, F., 2007: «Los jueces y abogados frente a la literatura universal», en D. Cienfuegos Salgado y M.ª C. Macías Vázquez (coords.), *Estudios en homenaje de Marcia Muñoz de Alba Medrano, La enseñanza del derecho,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 67-85.

Apostel, L., 2007: «¿Cuál es la fuerza de un argumento? Algunos problemas y sugerencias», J. Trujillo Amaya (trad.), *Praxis Filosófica,* Cali: Universidad del Valle, 129-138.

Aristófanes, 2011a: *Avispas,* L. Balzaretti y M. Coria (introducción, trad. y notas), Buenos Aires: Losada.

[18] Por supuesto, habría que ver qué lugar le daremos a elementos explicativos de tipo empírico como los que tienen que ver con, por ejemplo, el ejercicio fáctico del poder político o, para el caso de los jueces, una sociología jurídica que explique cómo operan habitualmente los jueces en cierto tipo de casos. Una teoría normativa podría, desde luego, entrar en *tensión* con datos explicativos. Esto tiene que ver, en última instancia, con la presencia de argumentos «realistas» (para el caso de los datos empíricos o explicativos) y morales (en el sentido de normativos) en la política y, por extensión, podríamos añadir, en el derecho. Puede que, en efecto, tengamos un hiato que superar entre el normativismo de ciertas filosofías jurídicas (por caso de la filosofía aretaica) y el naturalismo de teorías jurídicas más empíricas o centradas en la explicación de aspectos empíricos o causales en torno al derecho.

— 2011b: *Las nubes,* F. Baráibar (trad. y noticia preliminar), P. Enríquez Ureña (introducción y notas), Buenos Aires: Losada.

Aristóteles, 1974: *Poética,* V. García Yebra (trad.), Madrid: Gredos.

Atienza, M., 2001: «Virtudes judiciales. Sobre la formación y selección de los jueces en el Estado de derecho», en M. Atienza, *Cuestiones judiciales,* México: Fontamara.

Atienza, M., y Ruiz Manero, J., 2007: «Dejemos atrás el positivismo jurídico», *Isonomía. Revista de teoría del derecho,* núm. 27, México, 7-27.

Bonner, R., y Schmith, G., 2000: *The administration of justice from Homer to Aristotle,* Union, NJ: Exchange.

Bordes Solanas, M., 2011: *Las trampas de Circe: Falacias lógicas y argumentación informal,* Madrid: Cátedra.

Boyd White. J., 1985: *The legal imagination,* Chicago: The Chicago University Press.

Brudner, A., 2004: *Constitutional Goods,* Oxford: Oxford University Pres.

Bruner, J., 2003: *La fábrica de historias. Derecho, literatura, vida,* L. Padilla (trad.), México: Fondo de Cultura Económica.

Buis, E., 2001: «Persuadir, legislar y juzgar en *Aves*. Apostel y los alcances jurídico-políticos del uso de hipótesis eventuales», *Argos (Revista de la Asociación Argentina de Estudios Clásicos)*, 24 (julio), 7-22.

Delgado Pinto, J., 1996: «Normatividad del derecho», en E. Garzón Valdés y F. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia,* Madrid: Trotta, 425-440.

Gaido, P., 2011: *Las pretensiones normativas del derecho. Un análisis de las concepciones de Robert Alexy y Joseph Raz,* Madrid: Marcial Pons.

González de la Vega, R., 2013: «The paradox of normativity of law. A comment on Veronica Rodríguez-Blanco's solution», *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho,* núm. 7, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 76.

Green, L., 2003: «Legal Positivism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy, http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/*.

Guisán, E., 2008: *Razón y pasión en ética. Los dilemas de la ética contemporánea,* Madrid: Anthropos, 161-162.

Habermas, J., 2010: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* M. Jiménez Redondo (trad.), Madrid: Trotta.

Lariguet, G., 2007: «El desafío de Billy Budd. Dilemas morales y dimensión institucional del derecho», *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía,* vol. 39, núm. 116, México, 51-78.

— 2008: *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual,* M. Atienza (prólogo), Lima-Bogotá: Palestra-Temis.

— 2011a: «Las tensiones internas del pluralismo moral», *Isegoría,* núm. 44, Madrid, 161-184.

— 2011b: *Encrucijadas Morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico,* R. González de la Vega (prólogo), *Theoria cum Praxi,* Madrid: Plaza y Valdés.

— 2012: *Virtudes, ética profesional y derecho. Una introducción filosófica,* Buenos Aires-Montevideo: B de F. Editores.

— 2013: «Una introducción general al giro aretaico en la filosofía del derecho contemporánea y su vínculo con los dilemas morales», en R. González de la Vega y G. Lariguet (eds.), *Problemas de filosofía del derecho. Nuevas perspectivas,* Bogotá: Temis, en prensa.

Lariguet, G., y Martínez, D., 2008: *Els dilemes morals,* Barcelona: Ediuoc.

Magris, C., 2008: *Literatura y derecho. Ante la ley,* México, DF: Sexto Piso.

Malem Seña, J., 2001: «¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?», *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho,* núm. 24, Alicante, 379-403.

MARÍ, E.: «Derecho y Literatura. Algo de lo que sí se puede hablar pero en voz baja», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 21, vol. 2, Alicante, 251-287.

MORAWETZ, T., 1996: «Law and Literature», en D. PATTERSON (comp.), *A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory,* Malden: Blackwell, 450-461.

NAVARRO, P., 2001: «Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* Alicante, 136.

NINO, C., 1997: *La Constitución de la Democracia Deliberativa,* Barcelona: Gedisa, 43-44.

NUSSBAUM, M., 1997: *Poetic Justice: the literary imagination and public life,* Boston-Massachusetts: Beacon Press.

OST, F., 2006: «El reflejo del derecho en la literatura», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 29, Alicante, 333.

POSNER, R., 1998: *Law and literature,* Harvard: Harvard University Press.

PRIEL, D., 2011: «The place of legitimacy in legal theory», *McGill Law Journal,* 1-35.

RAZ, J., 1998: «Postema on Law's Autonomy and Public Practical Reasons: A Critical Comment», *Legal Theory,* 4, 1-20.

— 2006: «El problema de la autoridad. De nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio», P. GAIDO (trad.), *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 29, Alicante, 141-175.

RICHARDSON, H., 1990: «Specification as a way to resolve concrete ethical problems», *Philosophy and Public Affairs,* 279-310.

SALAS, M., 2007: «¿Es el derecho una profesión inmoral?. Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho,* núm. 30, Alicante, 581-600.

SCAFURO, A., 1997: *The forensic stage: Setting disputes in Graeco Roman new comedy,* Cambridge: Cambridge Universiy Press.

SEN, A., 2011: *La idea de justicia,* H. VALENCIA VILLA (trad.), Buenos Aires: Taurus, 105-116.

SILK, M., 2001: *Aristophanes and the definition of comedy,* Oxford: Oxford University Press.

TEUBNER, G., 2011: «And God Laughed...: Indeterminacy, Self-Reference and Paradox in Law», *German Law Journal,* 12, 376.

WILLIAMS, B., 2011: «La filosofía como disciplina humanística», en B. WILLIAMS, *La filosofía como disciplina humanística,* A. W. MOORE (sel., coord. e intr.), A. GARCÍA DE LA SIENRA (trad.), México DF: FCE, 202-221.

— 2012: *El sentido del pasado. Ensayos de historia de la filosofía,* M. BURNYEAT (ed. e intr.), P. WILLIAMS (pref.), A. GARCÍA DE LA SIENRA (trad.), México DF: FCE.

ZAGZEBSKI, L., 1996: *Virtues of the Mind. An inquiry into the nature of virtue and the ethical foundations of knowledge,* Cambridge: Cambridge University Press.

CUATRO ARGUMENTOS SOBRE LA FALACIA COGNOSCITIVISTA *

Juan Daniel Elorza Saravia

Universidad de Salamanca

RESUMEN. En este trabajo se recurre a cuatro argumentos con el fin de sostener que la posición metaética de la teoría estándar de la argumentación jurídica —el *objetivismo moral*— se sustenta en la comisión de una falacia que aquí se denominará «falacia cognoscitivista». Ésta consiste en la obtención infundada de conclusiones de *deber-ser* a partir de premisas del *valer (valores* o *juicios de valor)*, y correlativamente, en la postulación de *valores morales* a partir de *deberes jurídicos,* esto es, la determinación de los juicios de valor desde las normas positivas. El embalaje teórico de dicha falacia es la tesis de la *unidad de la razón práctica,* como una fusión de diferentes dimensiones y momentos de nuestra «vida moral» en un solo *continuum*: el razonamiento jurídico. En el ámbito de las teorías del derecho constitucional-discursivas —de las cuales la de R. Alexy sería el mejor ejemplo—, esta fusión significa la equiparación entre los *principios jurídico-constitucionales* (normas jurídicas) aplicables a los casos concretos y los *valores morales* (preferencias axiológicas) relevantes a los mismos. Esta equiparación hace que la teoría de la argumentación —inicialmente concebida como una herramienta de validación moral de las decisiones jurídicas— devenga una herramienta acrítica de *legitimación política del poder* en los Estados Constitucionales.

Palabras clave: Falacia cognoscitivista, valores, objetivismo moral, cognoscitivismo ético, argumentación jurídica, principios constitucionales, legitimación del poder.

Four arguments on Cognitvist Fallacy

ABSTRACT. In this work the author resorts to four arguments in order to assert that moral objectivism —as the meta-ethic position of Standard Theory of Legal Argumentation— is based on the commission of a fallacy, referred here as a «Cognitivistic Fallacy». This fallacy consists in the unfounded passage from value premises (*values* or *value judgements)* to *Ought* conclusions, and the correlative postulation of *moral values* based on *legal ougths,* namely the determination of value judgements out of positive legal norms. The theoretical expression of this fallacy is the *Unity of Practical Reason* thesis*,* as a sort of fusion of diverse dimensions of our «moral life» in a same *continuum*: the legal reasoning. In the context of Constitutional-Discoursive Theory of Law —particulary R. Alexy's—, this fusion results in putting *constitutional principles* applicable in concrete cases (as positive law) at the same level than *moral values* relevant to those cases (as axiological preferences). Drawing an equivalence between these concepts enables Theory of Legal Argumentation —initially intended as a tool for moral validation of legal decisions— to turn into a system for uncritical political legitimization of power within contemporary Constitutional States.

Keywords: Cognitivistic Fallacy, values, moral objectivism, cognitivism, legal argumentation, constitutional principles, legitimization of power.

---

* Fecha de recepción: 23 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2013.

Este artículo fue presentado como trabajo final en el Máster de Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Sus ideas principales son extraídas de mi tesis doctoral, aún inédita, titulada «Crítica de los valores jurídicos», dirigida por R. De Agapito Serrano, y defendida en 2012 en la Universidad de Salamanca ante un tribunal compuesto por J. Muguerza (presidente), M.ª Á. Ahumada, M. Atienza, F. Balaguer Callejón, y M. Á. Rodilla. De hecho, puede considerarse este escrito como la respuesta a algunas de las objeciones formuladas por el profesor M. Atienza en ese acto de defensa.

La mayoría de las actuales teorías del derecho de inspiración constitucional-discursiva suscriben como posición meta-ética el *objetivismo moral*, es decir, consideran que un haz de valores —cuya corrección se verifica racionalmente— son universalmente predicables para todos los seres de razón, independientemente del contexto en que éstos se desenvuelvan. Esta posición es el presupuesto de toda una corriente de teoría jurídica que asume al derecho como algo que está necesaria y conceptualmente *vinculado* con la moralidad. Es decir, que para quienes pertenecen a esta corriente, el discurso jurídico es una especie de discurso moral con ciertas particularidades. En el ámbito del razonamiento jurídico aplicativo del derecho esta posición se traduce en la equiparación práctica entre *principios* (normas jurídico-constitucionales) y *valores* (preferencias morales). Teniendo en cuenta las anteriores premisas, en lo sucesivo me referiré a las teorías del derecho que las hagan suyas con el nombre de *Iusmoralismo Constitucional-Discursivo.* Pero en vista de lo farragoso que resulta este rótulo, abreviaré con sus iniciales: ICD; sigla que utilizaré tanto para referirme a la corriente teórica como a aquellos estudiosos que la profesan [1].

La posición ética desde la que parte este escrito es una *concepción no normativa de los valores*, según la cual, éstos componen un «paradigma para preferir lo mejor». Como conformadores de un «paradigma», ellos no pueden desagregarse en unidades de valor o en conjuntos de valores específicos, como los mal llamados «valores jurídicos», cuya discutible juridicidad haría preferible nombrarlos como *valores jurídicamente relevantes.* Por otro lado, y sin desconocer la existencia de los principios y de las normas morales, cuando aquí se hable de «principios» se estará haciendo referencia a aquellos principios jurídico-constitucionales que son tenidos por normas jurídicas válidas dentro de los ordenamientos de derecho en los Estados Constitucionales. En suma —y a pesar de lo simplificada que pueda parecer esta caracterización con tintes de dicotómica— aquí los **valores** han de entenderse como *preferencias morale*s (expresadas en proposiciones axiológicas) y los **principios** como *normas jurídicas* (expresadas en proposiciones deontológicas). Asimismo, es necesario aclarar que en estas páginas se manejará un *concepto amplio de norma jurídica*, que incluye también —y muy especialmente— a las prescripciones de los jueces, producto de sus razonamientos jurídicos.

Mi tesis central en este escrito es que cuando en las argumentaciones jurídicas se equiparan las preferencias morales a las normas jurídicas —según el ideario cognoscitivista de la *unidad de la razón práctica (*jurídica, moral y política*)*— se incurre

[1] Ante la inconveniencia e imprecisión que presentan etiquetas como la de *neoconstitucionalismo* (que resulta bastante engañosa) o la de *post-positivismo* (que con similares razones podría reemplazarse también por *post-iusnaturalismo* o *post-realismo*), en mi tesis doctoral he sugerido —sin mayores intenciones de que llegue a hacer carrera— la denominación de **«Iusmoralismo Constitucional-Discursivo»**. Rótulo éste que, a pesar de ser tan poco sonoro, resulta más técnico y completo, pues comprende los elementos más importantes de la corriente de pensamiento jurídico a la que se refiere. Por una parte, contiene tanto la referencia a la tesis *de la unidad de la razón práctica* (de ahí lo de **iusmoralismo**), como el ámbito institucional de actuación que es el constitucionalismo (de ahí lo de **constitucional**), y también la referencia al método utilizado y a su ámbito de racionalidad (de ahí lo de **discursivo**). Considero que esta denominación resulta, con mucho, más precisa que las que hoy utiliza la doctrina para designar el mismo conjunto de fenómenos. Y aunque en nuestro medio el profesor García Amado ha venido utilizando el término «iusmoralismo», él suele usarlo con carga peyorativa —como un epíteto que califica y no como una denominación que determina— y sin distinguir a este paradigma jurídico de otras formas de iusmoralismo, como el iusnaturalismo, con el cuál éste modelo mantiene importantes diferencias que no se pueden olvidar, incluso si la intención fuese criticarlo.

en una falacia que aquí llamaré «Falacia Cognoscitivista». Con ello no me refiero a un argumento falaz en concreto, sino a un proceder argumentativo que en abstracto considero lógicamente viciado. Con este nombre pretendo englobar tanto la obtención infundada de conclusiones de deber desde premisas de valor, como la determinación de la moralidad de una proposición a partir de la normatividad jurídica. Es decir, el tránsito de ida y vuelta entre normas jurídicas y valores morales. Sostengo que este tipo de equiparación práctica entre normas y valores, así como el presupuesto del objetivismo moral, no son imprescindibles para el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica, sino que responden a una elección personal de los teóricos que las practican, y, en cambio, sí lastran las perspectivas de desarrollo del constitucionalismo democrático a favor de los derechos y libertades de los individuos. Y es que la recurrente comisión de esta falacia hace que las teorías ICD, pensadas como una herramienta de *validación moral* de las decisiones jurídicas, resulten bastante proclives de convertirse en un expediente de *legitimación* (acrítica) del *statu-quo* imperante en los Estados Constitucionales contemporáneos. Las anteriores afirmaciones se apoyarán en cuatro argumentos que expondré por separado.

ARGUMENTO 1

La equiparación de los principios jurídicos a los valores morales es un «caso especial» de la tesis de la vinculación conceptual entre derecho y moral. Esta equiparación puede atentar contra la función que cumplen los propios principios en la aplicación judicial del derecho. Se propone que la relación entre ambos términos sea entendida mejor como una «articulación posible» en cada caso, y no como una vinculación necesaria y permanente.

Por regla general, cuando en los escritos de derecho Constitucional o Teoría de derecho, o en los discursos políticos contemporáneos, y hasta en las charlas de barrio se utiliza la expresión «principios», se agrega, casi como un apéndice necesario, la palabra «valores». La virtualidad persuasiva de este tándem de nociones inspiradoras se ha hecho innegable. Se habla de principios y valores constitucionales, de ponderación de principios y valores, de la defensa de los principios y valores de un sistema jurídico, de juzgar conforme a nuestros principios y valores, de atentado contra los principios y valores, etc. Asimismo, cuando los autores deben tocar el tema de los valores jurídicos, la primera idea que manifiestan es su evidente «vinculación» con los principios. En la inmensa mayoría de los casos, este maridaje entre los dos conceptos implicados carece de explicación, pero como la doctrina los repite sin cesar, él pasa a la conciencia de quienes trasiegan por estos escritos como si fuera un verdadero axioma del saber jurídico-constitucional (axiomas de los que existen tantos otros en el estudio del derecho). Teniendo en cuenta que los conceptos de principios y valores pertenecen a diferentes dimensiones de la racionalidad práctica; a saber, la deontológica y la axiológica respectivamente, cabe entonces preguntarse ¿Cuál es entonces la naturaleza de ese inexplicado *vínculo* entre ambos conceptos?

Antes de nuestra dworkiniana *fiebre del oro* por los principios, lo que hoy llamamos «reglas», en ese entonces normas a secas, eran las encargadas de poner a los valo-

res morales en contacto con la realidad jurídica. Cualquier sistema jurídico y cualquier norma eran vistos como expresión de un valor o de un contenido valorativo preferido o de un sistema de valores compartido. Pero con el arribo de los principios a los sistemas jurídicos, la teoría del derecho descubrió una manera de hacer efectivas las valoraciones morales de una manera más generalizada: prescindiendo de las limitaciones que antes estipulaba el supuesto de hecho concreto propio de las reglas. Y es que el espectro fáctico en el que podían desplegarse los valores estaba condicionado por el supuesto de hecho de las reglas jurídicas, elaboradas bajo una caracterización lógica propia del modelo silogístico. De estas limitaciones escapaba el concepto de principio, pues su carácter normativo no depende del hecho de prescribir conductas determinadas [2]. Por ello, hizo carrera la idea de que la tarea primordial del principio es *abrir el ordenamiento jurídico* a los contenidos valorativos preferidos por un colectivo social en un momento dado. Permitiendo así, por vía de la interpretación, su realización en una esfera fáctica; esto es, en los procesos judiciales que deciden sobre el futuro de las personas de carne y hueso.

Así, cuando se hace referencia a la *vinculación* de principios y valores, se está expresando una relación de una *norma de derecho* con una *preferencia moral*, pero esta relación no podría explicarse con independencia de su objetivo, la finalidad en la que ella cobra sentido. Como es sabido, según las teorías de la argumentación, lo que se aplica en los casos concretos no puede ser un principio, sino una *regla de preferencia condicionada*, obtenida a partir de una ponderación de principios. Es la regla la que, en últimas, garantiza la protección *concreta* del bien incluido *abstractamente* en el principio [3]. El objetivo del principio, entonces, es *generar* reglas para los casos particulares, de cara a hacer posible su aplicación. En otras palabras, el principio, que cobra toda su fuerza en el *ámbito de identificación* del derecho, está destinado a desaparecer como tal en el *ámbito de la aplicación,* para dar paso a la regla que resulta de la ponderación.

De este modo, si se acepta una teoría estructural de las normas como la de DWORKIN o ALEXY (la diferencia estructural entre reglas y principios) y la teoría de la ponderación, sería consecuente aceptar también que la relación entre *valores* y *principios*, al nivel del razonamiento jurídico, no puede entenderse sin la presencia de la *regla*, ya que en ella se concreta la norma o decisión resultante. Se podría sostener, entonces, que los principios son normas de transición; son traductores del contenido axiológico de los valores a una regla jurídica aplicable [4].

Utilizaré un símil eléctrico: de la misma manera en que un transformador no tiene sentido sin una fuente de energía, el principio carece de importancia sin «los» valores que lo alimentan. Asimismo, este transformador tampoco es útil sin una aplicación de

---

[2] Esta es precisamente la tan machacada discusión sobre el carácter normativo de los principios basada en su vaguedad, cuestión que está de suyo superada en el Estado constitucional y que no es objeto de este estudio. Al respecto puede verse el primer capítulo de la obra conjunta de los profesores M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Barcelona, Ariel, 1996. También el texto de L. PRIETO sobre el particular, en su parte segunda referida a «la caracterización normativa de los principios». L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico,* Colección Cuadernos y Debates, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, 27 y ss.

[3] *Vid.* J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, *Principios, fines y derechos fundamentales,* Madrid, Dykinson, 2000, 41-42.

[4] Digo «norma de transición» en la medida en que para los casos particulares el principio comienza y se acaba en la operación interpretativa del decisor jurídico.

la corriente en la cual dicha energía se requiera ya transformada; y, análogamente, el principio sólo cobra importancia para la obtención de las reglas en las cuales verterá el contenido moral en la forma de un supuesto de hecho concreto (preferencia condicionada) aplicable al caso particular. Al igual que en mi ejemplo eléctrico son necesarios los tres elementos de esta relación para que pueda existir una aplicación útil de la energía eléctrica a un uso particular, los tres términos de la concreción axiológica son necesarios para que se pueda hablar de una aplicación jurídica razonable de una preferencia moral. Sin la regla, y sin todos los límites que a ésta le son predicables dentro del ordenamiento jurídico, la relación entre principios y valores queda reducida al papel. Y es que la regla tiene un engaste institucional y unos requisitos de adecuación más estrictos que el principio.

Teniendo presente el argumento de la necesidad de un tercer elemento en esta relación, en estas páginas se mantiene la *tesis de la no-equiparación entre principios y valores*. Se sostiene entonces que la «equiparación» de valores y principios, que la doctrina afirma tan desprevenida como axiomáticamente, debe ser entendida más bien como una suerte de «articulación», que en ningún momento es necesaria ni permanente, sino meramente *contingente* y *eventual*. Tal articulación sólo tiene sentido cuando consideramos el concepto de *regla* como un tercer integrante de dicha relación. Así las cosas, la *regla* es la que determina las características de esta relación y evita que ella devenga una «equiparación». Esto es así, al menos si se pretende que una *preferencia moral* sea susceptible de «concretarse» en una *regla jurídica* y pueda llegar a ser aplicada a un caso particular por un juez; pero no necesariamente tiene que ser de esta manera en la relación abstracta de identificación del contenido valorativo de un principio. Es entonces a partir de la regla como puede considerarse que la penetración de lo axiológico en lo deontológico no puede ser ni aleatoria ni indiscriminada —ni decidida por las convicciones morales particulares del operador jurídico como participante en una argumentación—, sino que debe atenerse al contexto jurídico determinado por el ordenamiento en su conjunto[5]. Los límites y requisitos a los que ha de ajustarse la regla jurídica resultante constituyen la garantía de que el ámbito de la *aplicación* del derecho no se funda con el ámbito de la *creación* del mismo.

Si el nivel de los principios es la garantía de la pretensión de corrección, es solamente porque ellos trasmiten al ordenamiento el mensaje moral del nivel de los valores, pero ese mensaje no viene vertido en normas. Los principios son los operadores de traducción a términos deontológicos de una *preferencia axiológica por lo mejor* (con contenido jurídica, moral y políticamente deseable). Pero ello no significa que esos dos niveles de la razón práctica se superpongan en todo momento, ni que se impliquen mutua y necesariamente. Lo que en el nivel de los valores puede ser considerado como *bueno*, en el de las normas puede ser sumamente inconveniente, o incluso, indebido; y lo que en el ámbito normativo principal puede parecer *debido* o digno de aplicación, desde un punto de vista axiológico puede ser considerado censurable y hasta aberrante.

---

[5] Hablar de «reglas» es hablar de *voluntad*, es hablar de *poder* (jurídico-institucional, si son reglas de derecho, pero al fin y al cabo, poder). La relación entre normas (en este caso normas principales) y valores es una relación de poder, pues es a través de éste como se puede pasar de lo «preferido como bueno» a «lo debido» u obligatorio. La cuestión aquí es que para los ICD el acento se pone en la justificación racional de ese poder, y yo sostengo que la *equiparación entre principios y valores* no constituye justificación alguna.

Según lo anterior, creo que hablar de «vinculación» entre valores y principios es hablar de un *caso especial* de la vinculación entre moral y derecho; y en ese sentido, significaría establecer entre los dos términos una relación abstracta[6]. Aunque, si se quiere que esta relación se materialice en decisiones jurídicas concretas, hace falta incluir en ella el concepto de regla. Pero si lo que se pretende con la idea de vinculación es equiparar los valores a las normas, se estaría excluyendo uno de los tres términos de esta articulación. Y es que el término «vinculación» sugiere la idea de *permanencia*, como si el principio y el valor se movieran y mantuvieran juntos; como si el valor de la igualdad —por ejemplo— estuviese anejo al principio jurídico-constitucional de igualdad. Pero en realidad no ocurre así: para ponderar entre principios opuestos el operador jurídico podría recurrir a los valores más disímiles; nada le exige que, en los casos particulares, para determinar el «óptimo» grado de prevalencia del *principio de igualdad* tenga que recurrir necesariamente al *valor de la igualdad*, y, ni siquiera preferentemente a él. El juez, puede decidir apoyándose en otros valores de su paradigma de preferencia moral que resulten relevantes al caso concreto. Con esto quiero decir que la noción de «vinculación» tiene el problema de sugerir la idea de *correspondencia* y de *permanencia,* como si cada vez que se invoque un principio constitucional dado se estuviera invocando con él un acervo axiológico que le pertenece. Si, como aquí sostengo, la pretendida vinculación entre principios y valores es para la teoría de la argumentación jurídica un *caso especial* de la vinculación entre derecho y moral, mi propuesta se dirige a que la relación entre ambos se plantee no en términos de una vinculación dada (o necesaria), sino de una «articulación posible». Creo que el concepto kantiano de «**posibilidad**» puede ser aquí bastante más adecuado que otros de los que se sirve la doctrina, tanto en este tema como en el más general de las relaciones entre el derecho y la Moral[7].

Sería muy fácil indagar cuántos principios constitucionales (o iusfundamentales[8]) rigen dentro de un sistema jurídico, pero ¿sería igual de fácil decir en cuáles valores se inspira éste realmente? Y no me refiero a los intentos estipulativos de algunas Constituciones con los llamados «Valores Superiores» que —a pesar de su nombre— continúan siendo unas normas con forma de principio con pretensión teleológica[9]. Lo que la doctrina suele llamar valores jurídicos son, por regla general, una suerte de

---

[6] Aquí habría que recordar que, así como al hablar de «bueno» no necesariamente se hace referencia a «bueno en sentido moral», hablar de «valores» no es sinónimo de hablar de moral; los valores morales son sólo uno de los muchos tipos de posiciones axiológicas posibles. Pero para quien asuma el discurso del ICD, la dimensión moral de la axiología es la que resulta privilegiada con respecto a cualquier otra.

[7] Por detrás de la interpretación más difundida de la ética kantiana en clave deontológica, hay que tener en cuenta que la pregunta recurrente de KANT es: ¿cómo es posible? Sin embargo, la indagación por la «posibilidad» generalmente pasa desapercibida ante la indagación por el «deber» que se desprende de centrar la atención en el *imperativo categórico,* poniendo en segundo lugar el sustrato en el que éste puede ser exigible: la libertad individual y la autonomía de la voluntad que son condición de la posibilidad de exigencia del imperativo.

[8] Esta observación no sería aceptada por aquella vertiente del positivismo jurídico actual que sostiene que la diferencia entre principios y reglas es meramente *aplicativa,* esto es, que una norma es un principio si el operador jurídico toma una *decisión técnico-moral* de someterla a ponderación. En este sentido, las tesis de Juan Antonio García Amado resultan reveladoras. Según éstas, no sería posible saber cuántos principios existen efectivamente en un sistema jurídico, pues casi todas las normas, en función de cómo sean aplicadas, tendrán la virtualidad de ser convertidas en principios. J. A. GARCÍA AMADO, «Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico, un análisis (parcial) de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy», en *Principios jurídicos, análisis y crítica,* en R. LETELIER, F. CARBONELL y R. COLOMA (eds.), *Legalpublishing*.

[9] J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos,* Parte I, 233-241.

valores morales que resultan jurídicamente relevantes, «de manera habitual», para los casos concretos o para la «justificación habitual» del sistema jurídico-político. Pero la habitualidad de esa relevancia tiene que ver más con la formulación tan general con la que nos los representamos que con una pretendida *correspondencia justificativa necesaria* entre los niveles deontológico y axiológico. En el caso de valores como justicia, libertad, igualdad, o dignidad humana, sería muy extraño que todas las posibles colisiones de principios no tuvieran que ver con alguno o con varios de ellos. Pues, como se ha venido diciendo aquí, los valores constituyen el «paradigma para preferir lo mejor» en cada caso, y, por ello, es una ficción hablar de ellos como un orden o jerarquía dada de una vez por todas. Pues ese orden no es *a priori,* es más bien una «jerarquía móvil y *ad-hoc*». Lo que suele suceder es que cuando se recurre a los valores con ánimo de justificar —de un modo reconstructivo— decisiones ya tomadas, la decisión suele presentarse como adecuada a una supuesta jerarquía axiológica previa (de origen doctrinario), en la que el caso puede enmarcarse [10]. En suma, las regularidades en las decisiones prácticas —el hecho de decidir en casos similares con base en la misma ordenación del paradigma de preferencia— son una forma de estabilización de la conciencia moral. De tal modo, lo que solemos llamar «jerarquías de valores» no tienen nada de normativo, no son más que regularidades fácticas; sumas de casos que no instauran un orden de preferencia fijo.

Concebir los valores como normas —aparte de pasar por alto su naturaleza axiológica— hace innecesaria la presencia del principio, puesto que la esencia de este último se manifiesta en su objetivo, a saber: concretar el contenido axiológico de valores jurídicamente relevantes (en un momento dado y para un caso determinado) en una regla jurídica aplicable en una situación concreta. Por ese motivo, la equiparación entre valores y principios que llevan a cabo las teorías principialistas —como el ICD— tiene la paradójica virtualidad de atentar contra los propios principios, o, por lo menos, de desfavorecer la función para la que ellos fueron diseñados. Entre otras cosas porque la apelación a valores tiene mayor fuerza persuasiva en nuestras sociedades que la apelación a principios.

ARGUMENTO 2

Con su teoría del derecho, R. Alexy diseña un «isomorfismo estructural» entre el modelo de los* valores *y el modelo de los* principios *con el objeto de asimilar ambos conceptos prácticos a la noción de* normas *susceptibles de ser ponderadas.

Con este segundo argumento me referiré a una teoría de la argumentación particular, la del alemán R. Alexy, quien se ocupa de este punto de manera expresa, cuando intenta establecer los fundamentos de la ponderación de principios iusfundamentales. La ventaja que tiene tomar la construcción alexyana como referencia es que este autor hace un importante esfuerzo de sistematización teórica (también calificado por algunos como «manía clasificatoria alemana») en el que quedan reflejados muchos aspectos que en otros autores ICD simplemente resultan supuestos, o que terminan por hacer

[10] La idea justificativa de *jerarquía de valores* es bastante parecida —aunque en el ámbito moral— a la idea de «subsunción» defendida por los positivistas para la aplicación el ámbito jurídico-normativo.

suyos sin una reflexión suficiente. Si bien es cierto que, ni todos los teóricos de la argumentación van a la grupa de ALEXY ni todos los llamados neoconstitucionalistas comparten enteramente sus tesis, sí se puede decir que en éste aspecto el cognoscitivismo ético del profesor de Kiel resulta paradigmático de la posición metaética que mantienen los objetivistas morales.

ALEXY parte de la base de una evidente vinculación entre los principios y los valores, pero, como intentaré mostrar, esta evidencia parece circunscribirse al ámbito de las expresiones lingüísticas que hacen referencia a ambas posiciones, y no a su aspecto conceptual. El profesor de Kiel funda la «evidencia» de esta vinculación en el hecho de que, al igual que se puede hablar de colisiones y/o ponderaciones de principios, también cabe hacerlo de colisiones y/o ponderaciones de valores. Asimismo se puede verificar una equivalencia entre la *realización* de estos y el *cumplimiento* de aquellos. De esta suerte, el Tribunal Constitucional bien podría —y de hecho lo hace— reformular los enunciados sobre los principios que son relevantes para los casos que llegan a su conocimiento en enunciados sobre valores sin pérdida de contenido [11]. Las razones que ALEXY cita como fundamento para esta transposición entre valores y principios se refieren a la práctica jurídica; pero podrían resultar un poco engañosas, ya que prescinden del aspecto «conceptual» de ambos modelos, ateniéndose sólo a las características externas de los valores y los principios en relación con otros valores o principios, según sea el caso.

El autor acepta que la diferencia entre el modelo de valores y el de principios radica en su diversa naturaleza dentro de la categoría de los «conceptos prácticos», esto es, que pertenecen a diferentes dimensiones de la racionalidad práctica. Y aunque decir esto ya es decir mucho, ALEXY —parapetado en la unidad del razonamiento práctico— no le da mayor vuelo a esta cuestión. Recurre a la clasificación de los conceptos prácticos realizada por G. H. VON WRIGHT, en la que éstos aparecen agrupados en tres clases: conceptos *antropológicos, deontológicos y axiológicos* [12]. Respecto a los primeros, en los que no me detendré en este momento, habría que decir que por ser todos aquellos referidos a la voluntad, interés, necesidad, decisión y acción, son frecuentemente utilizados para caracterizar los objetos de la ponderación [13]. Los conceptos *deontológicos* son aquellos que en su formulación encarnan un mandato, permisión, prohibición o derecho a algo, y se supone que son reductibles a la noción deóntica fundamental de *deber ser.* Por su parte, los conceptos *axiológicos* se caracterizan porque no vienen referidos a lo que debería ser, sino que se circunscriben al ámbito de *lo bueno* o de *lo mejor* y a sus diferentes manifestaciones (no necesariamente morales). La variedad de los conceptos axiológicos resulta de la variedad de los criterios de acuerdo con los cuales algo puede ser calificado como *bueno* [14].

---

[11] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales,* traducción de E. GARZÓN VALDEZ, Colección el derecho y la justicia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, 138.

[12] Estos tres grupos de conceptos conforman el marco dentro del que se mueven las polémicas básicas de la filosofía práctica y las discusiones jurisprudenciales.

[13] ALEXY cita como ejemplo una serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que los conceptos antropológicos son usados de manera más recurrente que los axiológicos y deontológicos, *ibid.,* 140.

[14] R. ALEXY, *Teoría De los derechos fundamentales, op. cit.,* 140. Aunque ALEXY no entre en estas precisiones, ha de tenerse en cuenta que para G. H. VON WRIGHT la axiología no está referida exclusivamente —y ni siquiera preferentemente— al ámbito de la moral. «La bondad *moral* no es una forma de lo bueno a la

Si nos basamos en una comprensión de los principios constitucionales como mandatos (mandatos de optimización), tenemos que éstos forman parte del campo deontológico, mientras que los valores, por su naturaleza de «paradigma para preferir lo mejor» (o lo bueno), pertenecerían al campo de lo axiológico. A primera vista, el hecho de que el ámbito jurídico se ocupe de *lo debido* haría preferir el modelo de principios sobre el de valores. De cualquier modo, el hecho de acreditar la pertenencia de los valores a un ámbito de la razón práctica no implica ninguna caracterización de los mismos; y cuando ALEXY manifiesta expresamente su intención de intentarla se pierde en una maraña de categorizaciones en el uso del vocablo «valor», que hacen pensar que más que en una precisión analítica está interesado en fijar una *opción semántica* capaz de ser integrada en el concepto de «norma» [15].

De manera bastante hábil, el autor va reconduciendo las dos figuras, *principio* y *valor*, a un terreno metodológico común: el de la ponderación. Pero como este mecanismo es referido a «normas» con una determinada estructura, ALEXY se pone a la tarea de urdir lo que llamaré «isomorfismo estructural entre el nivel de los principios y el nivel de los valores». La idea central de esta estrategia parece ser lograr una caracterización tan similar de ambas esferas de la razón práctica que no quede más remedio que concluir que la axiológica es el necesario correlato de la deontológica, y, aunque cada una se sitúe en un ámbito diferente de la racionalidad práctica, ambas tendrían en el razonamiento jurídico su natural lugar de encuentro (o de confusión). Se legitima de esta manera el «hecho» (bastante frecuente) de que la ponderación tenga lugar sin red normativa, es decir, que lo que el juez utilice como material ponderable en sus decisiones jurídicas sean sus «valores morales relevantes» al caso, y no las «normas jurídicas aplicables» al mismo, y luego presente una serie de argumentos justificatorios para la regla que surge de tal ponderación.

Como una maniobra para ampliar el campo de acción de su método de ponderación, sostiene que «la aplicación de criterios de valoración (valores) entre los cuales hay que ponderar responde a la aplicación de principios» [16]. Así, si nos ubicamos en el ámbito de la ponderación, se nos permitirá movernos de lo valorativo a lo jurídico-normativo con toda la libertad que nos permita este método que les es común a los dos

---

par que ciertas otras formas básicas de ella; el llamado sentido moral de «bueno» es un sentido derivativo o secundario». De los diferentes sentidos de «lo bueno» surge el título de la obra de G. H. VON WRIGHT, *The Varieties of Goodness* (1963). Versión castellana: *La diversidad de lo bueno,* D. GONZÁLEZ LAGIER y V. ROCA (trads.), Marcial Pons, 2010. En este sentido *vid.* también FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía, «voz: Bien»,* Madrid, Alianza Editorial, 1979*,* 337 y ss.

[15] De manera similar a lo ocurrido con el *concepto de norma*, ALEXY, que a lo largo de toda su *Teoría de la argumentación jurídica* asumió el lenguaje como una cuestión de actos de habla, resaltando su aspecto «pragmático», llegados a la *Teoría de los derechos fundamentales* parece cambiar radicalmente la orientación de su discurso hacia el aspecto «semántico», sin dar razón de ello. Me aventuro a sostener que este cambio se debe a que desde una perspectiva pragmática no es posible diferenciar entre principios y reglas —pues ambos son actos de habla regulativos—, por lo que recurre al aspecto del significado para poder apuntalar dicha distinción que es capital para su teoría del derecho. Este tema se desarrolla con detalle en mi tesis doctoral aún inédita. *Vid.* J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos,* Parte III, 213-234.

[16] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.,* 144. De aquí que ALEXY dé idéntico tratamiento al modelo de valores y al de principios con el objeto de crear un *isomorfismo* entre ambos, permitiendo pasar de un nivel a otro con gran facilidad. Recurso éste que no deja de parecer un poco artificioso si nos situamos en el terreno moral, donde *lo debido* y *lo mejor* no tienen por qué coincidir. *Vid.* J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos,* Parte III*, op. cit.,* 235-247.

terrenos. La teoría alexyana permite utilizar la misma romana con el mismo pilón para pesar objetos con magnitudes muy distintas. Considero que es desde aquí desde donde ALEXY pretende derivar artificiosamente un *isomorfismo* entre el modelo de los valores y el de los principios, a los que configura como idénticos estructuralmente, englobándolos a ambos bajo el concepto semántico de «norma».

El profesor alemán trata de apuntalar esta identidad estructural reservando la categoría de los «criterios de valoración» (o sea de los valores) sólo para aquellos criterios susceptibles de ser sopesados, mientras que aquellos que no puedan sopesarse —es decir, aquellos cuya aplicación excluya la ponderación [17]— serán tratados en el nivel axiológico de idéntica manera que en el deontológico son tratadas las reglas *(aut-aut).* A estos últimos ALEXY los llama «reglas de valoración». Así se completaría el esquema: las normas jurídicas del nivel deontológico, con su estructura *reglas/principios*, serían la traducción exacta de las «normas axiológicas» y su estructura análoga de *reglas de valoración/criterios de valoración (valores)* [18].

Esto significa que la distinción entre reglas y principios es predicable en la teoría de ALEXY tanto del nivel axiológico como del deontológico. Con este isomorfismo se asegura el autor un salvoconducto argumentativo para poder pasar de un nivel a otro con la mayor facilidad. Pero este salto tiene también una cara oscura, puesto que se estaría tentado a suponer que de la identidad *estructural* y *metodológica* también puede desprenderse una identidad en el resultado de las valoraciones axiológicas y las ponderaciones de principios constitucionales. Sostengo que esta posición puede llegar a generar problemas en términos de la legitimidad real de las decisiones jurídicas, ya que «lo mejor» y «lo debido» no tienen por qué coincidir necesariamente.

Como suele hacer en todos sus escritos, ALEXY ejemplifica sus complejas tesis mediante situaciones sencillas y cotidianas; en este caso utiliza la valoración del nivel de seguridad de un coche. La sencillez de este ejemplo permite comprender fácilmente la cuestión; el único problema es que lo que funciona impecablemente con automóviles o cosas por el estilo no es igualmente válido para las relaciones derecho/Moral, que es a lo que ALEXY finalmente pretende llegar [19]. Pero además es claro que lo que funciona para el derecho no necesariamente funciona en la moral. Entiendo que cualquier ICD que salga en defensa de esta posición puede argüir la tesis de la *unidad del razonamiento práctico*, sin embargo, para sostener que el discurso jurídico es un *caso especial* del discurso práctico general debe subsistir alguna «especialidad» que diferencie a éste de aquél, y esa especialidad se diluye en el isomorfismo al que me refiero.

---

[17] Un criterio excluye la posibilidad de la ponderación cuando se dice expresamente que algo es *bueno* si cumple determinadas características fijadas previamente en una decisión. Es lo que HARE llamaría los juicios concretos de valoración. R. M. HARE, *El lenguaje de la moral,* G. CARRIÓ y E. RABOSI (trads.), México, Universidad Autónoma de México, 1975, 117-133.

[18] R. ALEXY, *Teoría De la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica,* M. ATIENZA e I. ESPEJO (trads.), Madrid, Colección el derecho y la justicia, Centro de Estudios Constitucionales, 1989*,* 145.

[19] Considero que los ejemplos de ALEXY y HARE de los criterios de valoración de acuerdo a los cuales un automóvil puede ser calificado como «bueno», puede funcionar en el campo de la lógica, en donde las proposiciones, sean jurídicas o no, tienen una forma lingüística similar; pero no es así en el campo de las decisiones jurídicas, donde las proposiciones tocan, a la vez, con los derechos fundamentales de las personas.

Se puede entender con facilidad que en el ámbito jurídico una regla funcione del modo *aut-aut,* porque hay otra regla superior (con carácter de meta-regla) que así lo prevé. Pero en el terreno de la axiología, y particularmente de la axiología moral, ¿qué meta-regla podemos encontrar? La única posibilidad es la de una meta-regla impuesta (o supuesta) por un *poder moral superior* que determinara cuáles reglas de valoración hay que aplicar. Creo que estaría de más advertir sobre los riesgos que acarrea obrar bajo el presupuesto de la existencia de tal *poder*. Sería preferible permitir que se rompiera el isomorfismo teórico creado para justificar el salto de un nivel a otro a través de ése «trampolín metodológico» en que se convierte la ponderación.

Generalmente, en todas las situaciones iusfundamentalmente relevantes se presenta una incompatibilidad entre dos o más criterios de valoración, a ninguno de los cuales es posible renunciar; ante la imposibilidad de una decisión basada en la metrificación sólo queda ponderar. Ello significa que una situación que, según uno de los criterios en juego, es calificada como «buena» o «la mejor», únicamente puede serlo *prima facie*; y cuál sea definitivamente *la mejor situación* es algo que sólo puede obtenerse como resultado de una valoración total, en la que entren a sopesarse todos los criterios relevantes (y vigentes) de valoración [20]. En esa medida, lo que ALEXY parece querer significar con las reglas de valoración sólo podría comprenderse en el ámbito de los valores morales como *reglas prima facie*, cuya naturaleza de reglas se pierde ante la introducción de otra regla o criterio.

De cualquier modo, ALEXY advierte, marginalmente, que la terminología que utiliza es sólo un intento sistemático de dar nombre a fenómenos de los que no puede predicarse un sentido generalmente aceptado, dada la pluralidad de usos del lenguaje [21]. Mi circunspección al respecto se refiere a que, en una teoría eminentemente lingüística como ésta, el uso de los términos no puede obedecer sólo a consideraciones sistemáticas, porque la asignación de significados va haciendo carrera; y en mayor medida si se circunscribe una concepción semántica de las normas. Lo que cabría preguntarse a propósito de esta concepción de la significación normativa es si el isomorfismo que ALEXY construye entre los modelos de principios y de valores —aceptado de lleno por la corriente ICD— opera igual en el nivel de los enunciados normativos que en el nivel de las normas. Porque, como puse de relieve antes, todo parece indicar que esta equiparación doctrinal de las dos figuras prescinde del aspecto conceptual en favor del aspecto técnico o el uso emotivo del lenguaje. No se puede olvidar que cuando ALEXY habla de principios —aparte de referirse a normas con una configuración técnica definida— se está refiriendo también a principios de derecho fundamental, lo que hace que su argumentación goce de una fuerte carga emotiva. Y ante quién argumenta aprovechando la emotividad de los derechos u otros grandes ideales no hay nada mejor que el análisis conceptual [22].

---

[20] *Ibid.,* 147.
[21] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.,* 145 (nota 175).
[22] M. ATIENZA, *La guerra de las falacias,* Alicante, Librería Compás, 1999, 54.

ARGUMENTO 3

Es necesario advertir de los riesgos que entraña la confusión entre la argumentación de principios jurídico-positivos y la argumentación de valores morales. Advertencia que podría ayudar a evitar que la corriente de pensamiento ICD se convierta en un expediente teórico que habilite al juez, en sus razonamientos jurídicos, para regatear entre la* moral positiva *(contenida en los principios jurídicos) y la* positivación de la moral *(resultante de asimilar los valores morales a normas).

Según lo anterior, el modelo de valores y el modelo de principios son para ALEXY estructuralmente idénticos, reduciéndose la diferencia entre ambos a un solo punto —que aunque él pretenda minimizar tiene implicaciones de gran alcance—, y es que principios y valores se distinguen «sólo» por su carácter deontológico y axiológico respectivamente. Ello quiere decir que lo que en el modelo de los valores es «*prima facie* lo mejor» en el de los principios es «*prima facie* lo debido», y lo que en el modelo de valores es «definitivamente lo mejor», en el de los principios es «definitivamente lo debido». No existe entonces —según el autor— dificultad alguna en «pasar» de la constatación de que una determinada solución es *la mejor* desde el punto de vista del derecho constitucional, a la constatación de que ella es *la debida* iusconstitucionalmente [23].

Si se tiene en cuenta que para ALEXY, y para los defensores de la versión discursiva de la ética normativa, «lo mejor» hace referencia a un *mejor de carácter normativo*, entonces, lo *mejor* desde el punto de vista del derecho constitucional será automáticamente convertido en lo *debido* iusconstitucionalmente, pues la *asimetría práctica* —el mayor escollo de esta conversión— ya estaría solucionada en los presupuestos de la teoría. En este trabajo se sostiene que la aceptación de esta conversión es un *presupuesto* del objetivismo moral que hace posible que en las argumentaciones jurídicas se parta indiferentemente de un modelo de valores o un modelo de principios.

El autor recurre a algunos casos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal para apoyar estas afirmaciones; pronunciamientos de esos que, por su pedagógica configuración, le sirven para explicar varios fenómenos iusfundamentales [24]. Aquí la finalidad de ALEXY es demostrar que el Tribunal en algunas ocasiones argumenta utilizando de manera intercambiable expresiones sobre valores o principios, y viceversa, sin modificar por esto el sentido de cualquiera de las partes de la sentencia [25]. A mi juicio, la estrategia aquí se presenta bastante engañosa, pues si recurrir al uso impreciso de las expresiones problemáticas por parte de los órganos jurisdiccionales constituyera prueba teórica de algo, con ello se podría probar casi cualquier cosa. Al respecto, sólo quisiera puntualizar que las sentencias de las que echa mano ALEXY para ejemplificar

---

[23] R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.,* 147.

[24] El caso del semanario *Der Spiegel* (BVerfGE. 20, 162); la resolución sobre la duración de la prisión preventiva (BVerfGE. 36, 264). En ellos el Tribunal pasa fácilmente de una argumentación sobre principios a una argumentación sobre valores y viceversa.

[25] *Ibid.,* 139. Para establecer alguna claridad el autor emplea la palabra «conflicto» para referirse a la situación en la cual dos valores se encuentran en pugna, reservando el término «colisión» para el mismo fenómeno en los principios. Aunque no es fácil establecer que siempre use estos vocablos en tal sentido, al menos es un intento pedagógico de discernir los dos niveles.

el uso intercambiable de expresiones axiológicas y deontológicas corresponden a una etapa del Tribunal Constitucional Federal en la que se recurrió a este tipo de argumentación con suma liviandad. Y es que aún no se habían solucionado todos los problemas conceptuales que acarreaba la comprensión del catálogo de los derechos fundamentales como un *orden objetivo de valor*[26]. Es decir, que son pronunciamientos de transición con respecto a la etapa conocida como «jurisprudencia de los valores»[27].

Ahora bien, según ALEXY, para escoger el modelo de referencia para el razonamiento jurídico habría que tener en cuenta ciertas circunstancias: que el derecho de lo que se ocupa es de lo *debido* y no de lo *bueno*, que el nivel de los principios expresa ese carácter de deber-ser que se predica de lo jurídico, y además, que el nivel de los principios se presta menos a equívocos y falsas interpretaciones que el nivel de los valores. Por estas tres circunstancias el autor propone preferir el modelo deontológico que permiten los principios, y con el cual se estaría más cerca del ámbito del *deber-ser* que es el propio del derecho. Sin embargo, cabe suponer que esa opción es un recurso argumental al servicio de la lógica; porque la manera en que se configura la correspondencia estructural de los conceptos de principio y valor parece provenir de una exigencia de los enunciados prácticos para su formalización.

Las relaciones de la teoría de ALEXY con la lógica siempre han sido harto complejas. Por un lado, es innegable que la *tesis de la pretensión de corrección* significa rodear el problema de la verdad y la falsedad —frente al que surgió la lógica deóntica—, y en esa medida la teoría del discurso podría prescindir de muchas de las implicaciones lógicas del análisis de las proposiciones jurídicas; máxime cuando el mecanismo de aplicación que propone la teoría alexyana se presenta como alternativa (en los llamados casos difíciles) al mecanismo que tradicionalmente había alentado la lógica subsuntiva. Pero, por otro lado, la obra del profesor alemán surge en un escenario fuertemente dominado por la filosofía analítica, donde los estudios lógicos tienen un papel preponderante. Esa tensión explica que en ocasiones el maestro alemán eche mano de reflexiones propias de reputados autores del campo de la lógica como EDWARDS, FRANKENA, o VON WRIGHT. Aún así, no deja de sorprender un tanto que la posición de Alexy al respecto del tema que nos ocupa termine siendo tan similar a la del mayor exponente del «prescriptivismo», el autor inglés R. MERVIN HARE, para quien la ética no es otra cosa que el estudio lógico del lenguaje moral[28]. La similitud a la que aludo

---

[26] Sobre los problemas conceptuales de comprender a los derechos fundamentales como decisiones axiológicas *vid.* J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos,* Parte I*,* 187-210.

[27] La llamada «jurisprudencia de los valores» es aquella etapa del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la que el conjunto de los derechos fundamentales de la Constitución alemana pasan a ser interpretados como un «orden objetivo de valor» con validez para todos los ámbitos del derecho. Esta etapa estuvo marcada por una serie de sentencias en las que el tribunal revisaba varias situaciones originadas en el régimen nacional-socialista. Sin embargo, el pronunciamiento culminante de esta época lo constituye el famoso «Caso Lüth», que es con el que realmente se puede comenzar a hablar del ***razonamiento jurídico-principial*** como un ***razonamiento moral-valorativo.*** Aunque el Tribunal recogió las velas de estas interpretaciones ante la lluvia de críticas de los más autorizados constitucionalistas, la jurisprudencia de los valores se convirtió en la puerta que abrió el razonamiento jurídico real a esta equiparación entre principios iusfundamentales y valores. La teoría de la argumentación de Alexy adquirió una importancia inusitada, llenando un vacío práctico de la judicatura constitucional, pues aunque también contenía muchos elementos de esa equiparación, su formulación técnica ayudó a darles a los mismos un aspecto racional.

[28] Esa es la idea que se articula desde el prefacio hasta la última línea la obra más conocida de este autor, R. M. HARE, *El lenguaje de la moral, op. cit.,* 6.

surge de que HARE, al efectuar por separado el análisis de los términos imperativos y los términos valorativos (*Value-words*), concluye que los juicios morales tienen relaciones de implicación con los imperativos [29]. O lo que es lo mismo: que los juicios de valor necesariamente *implican* normas.

Desde su *Teoría de la argumentación jurídica,* ALEXY se había mostrado atraído por la idea de HARE de que en la gran mayoría de los casos pueden calificarse como juicios de valor tanto las proposiciones del tipo «X es bueno», como las del tipo «X se debe hacer» [30]. Para el filósofo de Oxford la diferencia entre este tipo de proposiciones no pasaría de ser una mera cuestión terminológica, puesto que la función básica de los juicios morales es la orientación de la conducta [31]. En ese sentido, la verdadera distinción en el análisis del lenguaje moral se da entre dos significados, el *descriptivo* y el *valorativo*, puesto que dentro de este último queda comprendido —por implicación— el significado prescriptivo (solución equivalente a la que se revisaba antes a propósito de la ética normativa). Ello se explica porque, para HARE, la posibilidad de racionalidad del discurso moral depende del principio de *universalización*, al que se suma el principio de *prescriptividad* [32]. Lo esencial de la argumentación moral no es entonces la deducción de juicios singulares a partir de principios, sino la aceptabilidad de sus consecuencias lógicas, dentro de las cuales se cuentan la formulación de las normas imperativas implicadas en los juicios de valor [33].

Esta visión de la moral, en función de la formalización, debilita la distinción conceptual entre lo *bueno* y lo *debido*, entre la *recomendación* y el *imperativo*, entre la *preferencia* y el *deber*. Los valores pasan a ser así otro tipo de normas (con aspecto de pauta o criterio según ALEXY), y los contenidos de la axiología involucionan en contenidos normativos. En consonancia con estos estudios de la vertiente lógica de la metaética, el afán de ALEXY es elaborar una explicación estructural de las posiciones iusfundamentales capaz de funcionar dentro de su modelo procedimental de argumentación racional. Así, su interés se circunscribe a la búsqueda de una identidad en la estructura formal —un *isomorfismo* como lo llamo aquí— de los niveles axiológico y deontológico, sin preocuparse por el específico contenido material de los dos diferentes tipos de proposiciones, que él supone como «normas». Sin embargo, el contrasentido en esta deliberada omisión es que el objetivo último del autor viene siendo el de proporcionar

---

[29] A partir del análisis de los términos «bueno» y «deber», inflando sus apreciables semejanzas, HARE construye la base de su imperativismo, a saber, que los juicios de valor (como guías para actuar) implican imperativos: «Para guiar elecciones y acciones un juicio moral tiene que ser tal que si una persona asiente a él, tiene que asentir también a una oración imperativa derivable de dicho juicio»... «Así, decir que los juicios morales guían acciones y decir que implican imperativos, viene a ser en gran medida lo mismo», R. M. HARE, *op. cit.,* 161 y ss., especialmente 168-169.

[30] R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit*., 74 (nota 134).

[31] Para HARE, que construye su teoría prescriptivista al margen de AUSTIN, esta función de guía de la conducta de los juicios morales puede realizarse mediante tipos de actos de habla completamente distintos. R. M. HARE, *Freedom and Reason,* 70, cit. por ALEXY, *Teoría de la argumentación,* 78.

[32] R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica, op. cit.,* 83.

[33] Aquí cabe ver una diferencia con ALEXY, puesto que la racionalidad de un juicio moral no depende de la justificación, sino de la aceptabilidad de las consecuencias lógicas, entre otras cosas porque las decisiones morales no pueden ser objeto de una justificación completa, en la medida en que siempre se terminará llegando en el proceso justificatorio a la *forma de vida.* Y según HARE —en clara consonancia con WITTGENSTEIN— una forma de vida no es susceptible de justificarse, uno solo puede adoptarla o no, e intentar vivir según ella. *Ibid.,* 90.

herramientas a la argumentación con miras a la aplicación de los derechos fundamentales; y si hablamos de aplicación, el contenido material de las normas no puede ser pasado por alto ¿Qué es aplicado sino un contenido normativo?

Teniendo en cuenta el *isomorfismo alexyano* de los ámbitos deontológico y axiológico, puede entenderse que el autor mantiene la «equiparación entre principios y valores» a partir del ejercicio de la argumentación jurídica. En otras palabras, aunque ALEXY considere que se trata de dos categorías diversas de la razón práctica, no ve ninguna diferencia sustancial en argumentar jurídicamente desde una u otra. A mi juicio, equiparar —aunque no identificar— lo axiológico con lo deontológico tiene la consecuencia de romper el frágil dique que separa el contenido *indeterminado* (aunque determinable) del principio y el contenido *impredictible* del valor [34].

En acento principal de estas páginas ha de ponerse en la advertencia de los riesgos que entraña esta confusión entre la argumentación de principios jurídico-positivos y la argumentación de valores morales. La primera, por basarse en la *moral legalizada* (incluida en normas positivas), tiene detrás suyo un acervo doctrinal y práctico-jurídico que disciplina su aplicación, mientras que la segunda es una espita abierta a la *legalización de la moral* que carece de él. Esto es, que el juez en sus razonamientos jurídicos queda teóricamente autorizado para regatear entre la *moral positiva* y la *positivación de la moral*. Sin embargo, para los autores ICD, no hay nada que advertir al respecto, pues ellos gustan de repetir orgullosos que «la función censora de la moralidad expresada en los valores resulta fundida dentro del derecho». Considero esta afirmación éticamente indeseable y además peligrosa. Y es que aunque esta equiparación procedimental de dos esferas argumentativas diferentes tenga la noble pretensión de poner en marcha un progresivo reforzamiento moral de los contenidos del derecho (entendido como discurso), su peligro radica en que con ello pone en marcha también una progresiva juridificación de los procedimientos de decisión en materia moral. Unos procedimientos regidos por una idea de justificación basada en el cumplimiento de una serie de reglas técnicas. De esta suerte, el reforzamiento moral del derecho es correlativamente un debilitamiento jurídico de la moral; un menoscabo de la autonomía moral de los individuos [35].

Como ya se ha dicho, esta equiparación no es una particularidad exclusiva de la teoría alexyana, sino que se encuentra presente como punto de partida en toda la corriente argumentativa del derecho que abraza el cognoscitivismo ético, pues sus autores confían en que el *criterio de la universalización* funcione de idéntica manera con las normas que con los valores. Ellos confían en la existencia de unos valores que se suponen racionales y «correctos» per se, y no, como se sostiene aquí, que ellos se tienen como tales sólo a partir de su justificación y sólo en el ámbito de referencia de esa justificación; en el contexto en que ella se practica. En el tema que nos ocupa, la labor explicativa de ALEXY sobre las diferencias entre principios y valores en el razonamiento jurídico está puesta al servicio de su teoría procedimental de la argumentación (y

[34] La terminología de *indeterminación* e *impredictibilidad* es utilizada por M. ARAGÓN REYES, *Constitución y democracia,* Madrid, Tecnos, Temas clave de la Constitución española, 1989, 92 y ss.

[35] En la Parte II de mi tesis doctoral analizo en extenso este proceso bidireccional, utilizando las metáforas de «impregnación moral del derecho» y de «infiltración del derecho en la Moral». *Vid.* J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos,* Parte II, capítulos 1 y 2.

específicamente dirigida a demostrar la posibilidad de ampliación moral de las pautas con las que se pondera), pero nada dice al respecto ni de las consecuencias que puede acarrear la *sustitución* de las argumentaciones jurídicas por las morales en el ámbito del derecho, ni de las consecuencias que pueden presentarse por la *suplantación* de los argumentos morales por argumentos jurídicos en el campo de la ética [36].

ARGUMENTO 4

La falacia cognoscitivista consiste en la reducción del «valer» al «deber» y la consecuente determinación del valor (moral) a través del deber (jurídico)

Como puede advertirse, no pretendo con este escrito dirigirme hacia las variadas proyecciones y desarrollos de las teorías de la argumentación jurídica, sino, por el contrario, retroceder hacia sus presupuestos más elementales, pues es desde allí desde donde se puede entender la función que los ICD asignan a los valores tanto en la fundamentación del derecho como en la justificación de las decisiones jurídicas. En ese camino inverso es hora de retroceder hasta un viejo pero irresoluto problema de las teorías éticas, problema sobre el cual la ética discursiva de cuño universalista ha tendido un conveniente velo analítico, que le ha permitido seguir de largo como si ya estuviese solucionado: me refiero al problema de la legitimidad lógica de sus conclusiones.

La particular articulación entre derecho aplicable, moralidad objetiva y racionalidad discursiva, propuesta por las teorías de la argumentación jurídica, termina resolviéndose en lo que se conoce como *cognoscitivismo ético*. Esto es, la errónea idea de que los juicios de orden práctico (morales, jurídicos o políticos) son susceptibles de ser considerados verdaderos o falsos —de la misma manera que podrían serlo los juicios científicos— utilizando para ello la herramienta de la *pretensión de corrección*. En derecho, la postulación de la «verdad» —incluso si es entendida como corrección u objetividad mínima— de las proposiciones de valor se basa en su asimilación a las proposiciones normativas (supuestas normas morales que a través del razonamiento jurídico se convierten en deberes jurídicos). Lo que resulta aquí, entonces, es la obtención infundada del «deber-ser» a partir del «valer» (o, lo que es lo mismo, de las «normas» a partir de los «valores») y la correlativa determinación de los *valores morales* desde el ámbito de los *deberes jurídico-normativos*.

Considero que ambas operaciones (que en ocasiones adoptan la forma de una sola operación de ida y vuelta) llevadas a cabo por el cognoscitivismo ético [37], constituyen

---

[36] Dentro de la ética del discurso quien más se ha dedicado a explicar —y defender— los efectos de la legalización de la moral y la moralización del derecho ha sido J. HABERMAS, pues su teoría del derecho está construida como un elemento coadyuvante para garantizar cierta exigibilidad de los mandatos morales. En este sentido *vid.* K. TOURI, *Ética discursiva y legitimidad del derecho,* en *Doxa 5, Revista de filosofía del derecho de la Universidad de Alicante,* 1988, 48 y ss.

[37] El término «cognitivismo» o «cognoscitivismo» es bastante amplio e indeterminado; bajo él podríamos ubicar a una larga serie de doctrinas éticas que —cada una a su manera— intentan demostrar la posibilidad del conocimiento y la discusión racionales de las decisiones prácticas; algo con lo que muchos estaríamos esencialmente de acuerdo. Sin embargo, la forma de cognoscitivismo a la que se refiere la falacia que aquí se explora es aquella que trata de alcanzar tal intención básica haciendo coincidir a la llamada *ética normativa* con el *objetivismo moral*; lo que no implica necesariamente que se trate de una teoría discursiva.

un «salto» sin justificación lógica entre el nivel axiológico y el deontológico de la racionalidad práctica; salto que puede ser representado de la manera más básica como una *falacia*. Es decir, un argumento o procedimiento argumental incorrecto, defectuoso u engañoso que, sin embargo, parece bueno: un argumento o procedimiento argumental aparente» [38]. Esa condición de «apariencia» nos obliga a precavernos frente a la citada *falacia cognoscitivista*, que considero constitutiva de esta posición teórica; pues, en ocasiones, los presupuestos irreflexivos como éste, podrían dar lugar a confusiones o a manipulaciones más o menos deliberadas por parte de quienes pongan a jugar estas circunstancias teóricas poco claras a favor de intereses inicuos. Algo que desgraciadamente ha sucedido de manera recurrente en la historia de las ideas políticas y jurídicas. Y es que más allá del indispensable —pero restringido— ámbito de la lógica formal, los variados «usos de la razón» que intervienen en el ámbito del derecho hacen que las consecuencias sociales de esta impropia derivación puedan llegar ser de enorme relevancia.

A primera vista, la *falacia cognoscitivista* que aquí señalo podría parecer una reedición contemporánea de la «falacia naturalista» (el paso del «es» al «debe») denunciada por HUME y desarrollada por la filosofía moral subsiguiente [39]. Sin embargo, aquí no se trataría de cuestionar los métodos del naturalismo por derivar conclusiones normativas de los meros hechos, sino los métodos de las éticas discursivas que pretenden hacer aparecer como si lo normativo se derivase de sí mismo, y esto porque previamente han operado una reducción de lo valorativo (o evaluativo) a lo normativo. La estrategia sería esencialmente la misma, denunciar una conclusión porque no se sigue de las premisas, o denunciar el paso de un nivel del lenguaje a otro sin tender antes un puente. La diferencia fundamental sería que aquí no hay un paso de lo *fáctico* a lo *debido,* sino una pirueta de ida y vuelta entre lo *valioso* y lo *debido*. Es decir, que la famosa reducción aquí no opera desde proposiciones descriptivas a proposiciones no-descriptivas, sino entre dos tipos diferentes de proposiciones no-descriptivas: las axiológicas y las deontológicas.

---

[38] J. MUGUERZA, «*Prólogo*» a *La Guerra de las Falacias,* de M. ATIENZA, Alicante, Librería Compás, 1999, VII.

[39] Aunque el rótulo de «falacia naturalista» es posterior, pues se lo debemos a MOORE, y no se puede desconocer que la intención de éste al acuñarlo no era tanto denunciar la inderivabilidad del *debe* a partir de *es,* sino demostrar la indefinibilidad de nociones simples e intuidas como «bueno» —el concepto central de la ética—. Sin embargo, el aporte de este último a la fundamentación de la ética ha sido calificado como problemático; como un modo más complicado y menos convincente de decir aquello que ya resultaba claro desde la famosa formulación de HUME, que ha llegado a convertirse en el arquetipo de la popular falacia: «En todo sistema de moralidad de que haya tenido noticia, hasta ahora, he observado invariablemente que el autor procede durante cierto tiempo razonando a la usanza ordinaria (estableciendo por ejemplo la existencia de Dios o haciendo observaciones relativas a los asuntos humanos); pero, de pronto, me encuentro sorprendido al comprobar que, en lugar de las cópulas habituales «es» «no es», todas las proposiciones están conectadas con un «debe» o «no debe». El cambio es casi imperceptible, pero reviste, sin embargo, la máxima importancia. Porque dado que dicho «debe» expresa una relación de nuevo cuño, es menester tomar nota del mismo y explicarlo; y, al mismo tiempo, es necesario dar razón de algo que a primera vista resulta inconcebible: a saber, cómo aquella nueva relación pudo surgir por deducción a partir de otras de cuño enteramente diferente. Mas ya que los autores no toman de ordinario tales precauciones, me arrogaré la atribución de recomendárselas a sus lectores. Por mi parte, estoy persuadido de que un poco de atención en este punto acabaría por subvertir todos los sistemas de moralidad al uso. Haciéndonos ver que la distinción entre vicio y virtud, ni está basada meramente en relaciones de objetos, ni es percibida por la razón». D. HUME, *Traetise of Human Nature,* reprinted and edited L. A. Selby-Bigge, Oxford Claredon Press, 469-470. Versión castellana *El tratado sobre la naturaleza humana,* traducción y estudio preliminar de F. DUQUE, Barcelona, Orbis, 1985. También *vid.* J. MUGUERZA, *La razón sin esperanza,* Madrid-México, CSIC y Plaza y Valdez editores, 2009, 85-86.

Soy consciente de que esta distinción hace bastante sutil la diferenciación, pudiendo por ello ser tachada de irrelevante. No obstante, es a partir ella que me atrevo a señalar por *falaz* la derivación entre dos tipos de enunciados, los directivos y los valorativos, pertenecientes a la misma «familia» de los enunciados no-descriptivos (aquellos no susceptibles de verdad o falsedad). También soy consciente de que considerar como «falacia» la derivación de normas a partir de valores y la determinación del contenido de los valores a partir de las normas implica de manera indirecta introducir —o por lo menos proponer— una distinción dentro de la propia familia de las proposiciones no-descriptivas.

Creo que revisar algunas de las notas básicas de la famosa *falacia naturalista* sería de utilidad aquí; aunque, como han puesto de presente muchos filósofos analíticos, la presentación estándar de la tan mentada falacia sea en extremo deductivista [40]. Pues para que la exposición de la falacia muestre su cara más severa, el «es» debe entenderse como *fáctico*. Pero si esto significa que no se pueden derivar *normas* de los *hechos* ¿entonces de dónde? Los quebraderos de cabeza que desde hace ya dos siglos y medio viene generando la falacia naturalista afectan no sólo a los filósofos morales, sino también a los científicos sociales cuando se acercan al espinoso tema de la aplicación práctica de sus resultados teóricos [41].

El proceso político cristaliza en el derecho positivo, y su fundamentación, interpretación y aplicación a los casos particulares de los individuos reales hace del ámbito jurídico *el* mejor banco de pruebas de la teoría social. Pero ¿cómo arrancar a la política y al derecho del irracionalismo si no es posible fundamentar propuestas prácticas en premisas científicas (fácticas)? Y si se admite que las ciencias sociales contengan premisas normativas y juicios de valor, ¿no se pone en entredicho su papel científico? Los problemas que suscita la aplicación a la política o al derecho de los pronósticos científicos o de la inspiración científica de los programas políticos, o de la llamada ciencia jurídica, siguen siendo un nudo desde el *punto de vista lógico* [42]. Es bastante llamativo que —como anotara POPPER— uno de los aspectos más importantes de la discusión ética desde hace tanto tiempo sea una cuestión de índole lógica: la imposibilidad de «derivar» reglas éticas no-tautológicas a partir de enunciados de hechos [43]. Teniendo en cuenta que nos movemos en una falacia lógica, ese «derivar» al que nos referimos aquí habría de ser leído como «deducir»; esto es, que en una deducción la conclusión sólo puede tener lo que le transmitan las premisas. En ese orden de ideas, la extracción de conclusiones morales a partir de premisas fácticas es ilegítima (deductivamente hablando). De aquí la incómoda sensación que nos produce el no poder justificar nuestros principios morales mediante puras deducciones. La conciencia de dicha imposibilidad, junto con el deseo de conservar el carácter deductivo de la derivación

---

[40] Sin embargo, si uno se olvida de las matizaciones de K. POPPER y se fija detenidamente en las tesis de HUME, se dará cuenta de que es claro que él no hace ninguna diferencia entre la inducción y la deducción, ya que la suya no se trata de tesis lógica. El escocés contrapone lo ético a lo «cognoscitivo» (a lo racional si se quiere) y no a lo «fáctico», sin distinguir si la inderivabilidad del deber es inductiva o deductiva. *Vid.* J. L. DEL BARCO, «El "is-ought passage" y su evolución en el seno del neopositivismo», *Thémata*, Universidad de Sevilla, núm. 1 1984, 17. De cualquier modo, hay que reconocer que la presentación lógica de la falacia naturalista ha sufrido, desde MOORE, serias matizaciones a la postura original humeana.

[41] J. MUGUERZA, *La razón sin esperanza, op. cit.,* 87.

[42] *Ibid.,* 88.

[43] K. POPPER, *What can Logic do for Philosophy?,* cit. por MUGUERZA, 90.

de un verbo a partir de otro, ha llevado a algunos autores a tratar de debilitar la distinción entre «es» y «debe». Ya que no es fácil deshacer el nudo de la falacia naturalista —apunta MUGUERZA— estos autores parecen, por lo menos, tratar de aflojarlo [44]. Así, lo que pasa a discutirse es si la distinción entre *fáctico* y *normativo* es tan tajante como se nos ha dicho, y se trata de demostrar que la tan discutida transición entre «es» y «debe» es *gradual* y no un salto brusco.

Pero la lógica deductiva no entiende de sutilezas lingüísticas: o un juicio es susceptible de verdad o no lo es; la brecha entre «es» y «debe» no da lugar a matizaciones. La ingeniosa solución de la que echa mano este tipo de cognoscitivismo —suscrito por el ICD— es no salirse del «debe»; lo que sólo es posible si dentro de éste se supone ya incluido a «lo bueno o valioso»: es decir, a los valores. De esta suerte, el tránsito de «lo bueno» a «lo debido», y viceversa, se quedaría en el espacio —pretendidamente inclusivo— de «lo normativo», y, por lo tanto, no habría que salirse hacia terreno descriptivo. No se tendría que pasar por la «verdad» descriptivamente entendida, puesto que en el terreno de los juicios prácticos se habla de *corrección.* Pero ello, únicamente en la medida en que se suscriba la creencia de que a los valores —al igual que a las normas— se les pueda aplicar la *tesis de la corrección*, y que la racionalidad discursiva y su constructivismo moral nos proporcionan criterios universalmente válidos para tal aplicación. En suma, la estrategia es utilizar lo valorativo como una especie de *grado intermedio* entre lo descriptivo y lo normativo.

Considero que una de las razones por las que este credo cognoscitivista —representado en la Teoría del derecho por los ICD— se halle tan difundido tiene que ver con la falsa seguridad de que, a través de él, la filosofía práctica de tipo discursivo puede sortear con éxito los obstáculos que plantea la falacia naturalista. Estas éticas normativas, al equiparar *valores* y *normas,* y oponerlos a los *hechos,* rodean los problemas planteados por la famosa falacia de raíz humeana. Al serles prohibido derivar *normas* de *hechos*, deciden derivarlas de esas extrañas cosas que son los *valores,* ya que —en el marco de las teorías del discurso— ellos pueden jugar como hechos o como normas, según el nivel argumentativo en el que se ubiquen. De ese modo, esquivan la falacia naturalista, pero desplazando el núcleo de sus problemas a otro campo: el campo de lo normativo (donde, según ellos, quedan incluidos los *valores*). El ingenio de esta maniobra consiste en que permite que una derivación lógicamente inaceptable adquiera la apariencia de un simple *asunto de familia* [45].

Esta actitud es hija legítima de una forma dicotómica de plantear los problemas, según la cual: lo que *no es* descriptivo *tiene que ser* normativo. Sin embargo, lo que queda entre los dos cuernos de esta falsa dicotomía es nada más y nada menos que nuestros valores.

A los practicantes de muchas disciplinas de contenido más bien técnico —dentro de ellas la Economía o eso que hoy suele denominarse «economía»— la famosa falacia naturalista les tiene sin cuidado, y tanto más ignorarán la «falacia cognoscitivista» que aquí se explora; pero si uno se pone a pensar con cierto cuidado, en el ámbito jurídico esta cuestión, que parece a primera vista tan teórica, tiene importantes consecuencias.

---

[44] J. MUGUERZA, *La razón sin esperanza, op. cit.,* 93-95.
[45] ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos,* Parte III, 275-280.

El hecho de derivar directamente las normas de los valores —sin un sustrato común a ambos que justifique la derivación— es tanto como decir que estamos, sin más, obligados a determinar nuestra conducta en el sentido de las preferencias axiológicas de quienes detentan el poder (no sólo en clave público-institucional, sino también fáctico-privada). Es decir, que aquello preferido como *bueno* por esas personas o grupos de personas tiene el camino teóricamente pavimentado para llegar a convertirse en norma jurídica vinculante y, además, moral y racionalmente fundamentada. Por el otro lado, el hecho de determinar el contenido de los valores morales a partir de los deberes jurídicos es una manera velada del prescriptivismo para sostener que aquellas prescripciones jurídicas sean también —y principalmente— prescripciones moralmente correctas. Esto último sugiere un *remake*, ahora en clave discursiva, de la ya clásica tesis iusnaturalista de la existencia del «deber moral de obediencia al derecho».

CONCLUSIÓN

La falacia cognoscitivista nos invita a indagar si la teoría estándar de la argumentación jurídica es una teoría de la* validación moral *de las decisiones jurídicas, o de la* legitimación política *de un sistema jurídico a través de esas mismas decisiones

Estoy seguro de que una mente afinada en la minuciosa tarea del descubrimiento de falacias podrá encontrar muchas de ellas —he de confesar que generalmente involuntarias por mi parte— en la exposición de los cuatro argumentos precedentes, y tantas más en la conclusión que sigue; sin embargo, las nobles intenciones de mi advertencia teórica me alientan y obligan a seguir adelante. Pues si hay algo que me ha quedado claro es que en la *Guerra de las Falacias* —para usar el ingenioso título acuñado por M. ATIENZA— no se puede pretender la victoria, sino, como mucho, aspirar a tener posibilidades en una de sus innumerables batallas.

Como es sabido —aunque suela olvidarse con frecuencia— los esfuerzos filosóficos por acreditar el objetivismo de los valores han sido, hasta ahora, del todo insuficientes. Otra cosa bien distinta sería que se justificara, de manera más o menos plausible, la *conveniencia* social o institucional de generalizar ciertas concepciones valorativas: defender como correctas ciertas preferencias morales. Por tanto, mientras que las teorías cognoscitivistas (u objetivistas morales en este caso) no puedan demostrar la objetividad en el terreno axiológico, «lo bueno» o lo «preferido como mejor» (concepto fundamental al que se refieren los valores) no puede convertirse sin más en el fundamento «directo» de *todo* razonamiento jurídico en el que se determine «lo debido»; y, el razonamiento moral, por su parte, no puede estar determinado por las formas y contenidos de los deberes jurídicos. A menos, claro está, que la indemostrada objetividad de los valores pretenda construirse a punta de normas de derecho.

Y es que, con o sin discurso, en el derecho, lo «bueno» es «bueno para...», y ese «para...» es la referencia a personas o grupos de personas; aquello que permite que ciertas preferencias morales de unos se conviertan en deberes generales; es decir, aquello

que obra el paso del valor a la norma: el *poder*[46]. La gran lucha del derecho constitucional y de la filosofía del derecho ha sido tratar de hacer coincidir ese *poder* con el *interés general*, o por lo menos hacer que ambos se acerquen lo más posible. Sin embargo, tal coincidencia no se consigue con la apelación a unos valores cuyo contenido está siendo continuamente modificado por atractivas influencias y mensajes tecno-mediáticos que, generalmente, están puestos al servicio de *intereses privados.* Esta maleabilidad de las preferencias morales no desaparece por el hecho de que quien las suscriba sea ese sujeto moral —jurídicamente calificado— al que llamamos «juez».

La Teoría del derecho ICD apela a un núcleo duro de la moralidad compuesto por valores evanescentes y contextuales, alrededor de los cuales va tejiendo una *red discursiva* (desde la doctrina, la academia y la jurisprudencia de los tribunales); lo que se pretende con esa red es ir trabando unas nuevas *convenciones lingüísticas* para la práctica tanto jurídica como moral. Se trata de endurecer a los maleables valores, envolviéndolos con discurso, hasta convertirlos en *argumentos tópicos* (o en tópicos de la argumentación) para los procedimientos justificatorios de las decisiones jurídicas. Cabría suponer entonces que, sin buenas razones en las cuales apoyar la verdad (corrección) objetiva de valores y valoraciones —y las de la *red discursiva* no parecen buenas razones—, estas teorías del derecho son artificios para convencernos de que no solamente es debido, sino también moralmente correcto, que nos comportemos según lo que ciertos individuos (o grupos de individuos) que detentan el poder *prefieren* como bueno[47].

Teniendo en cuenta la posición desde la que se parte, no se puede desconocer que los teóricos que abrazan el *objetivismo moral* lo consideran como el «presupuesto necesario para poder hacer teoría del derecho». Para ellos, sólo tiene sentido hablar de decisiones prácticas cuando hay un punto de referencia objetivo, aunque su objetividad haya sido construida convencionalmente. Asimismo, los ICD son insistentes en que no se debe confundir entre *objetivismo moral* y *absolutismo moral.* A esto se puede replicar que la línea que separa ambos posicionamientos tiende a ser muy tenue ante la presencia del *poder* para imponer como *absoluta* una preferencia que se cree objetiva a raíz de una justificación moral construida mediante un procedimiento contrafáctico. Es decir, que ante el concurso del poder real, además de las herramientas teóricas, la diferencia entre *objetivo* y *absoluto* se torna bastante difusa. De cualquier modo, objetivismo moral es una característica de base de estas teorías, desde la que se abordan temas tan determinantes del ideario constitucional-discursivo como el de la vinculación entre derecho y Moral: punto de confluencia de la tesis del *caso especial*, de la *pretensión de corrección*, de la *injusticia extrema*, de la *teoría de los principios*, de la unidad regulativa de la respuesta correcta, y de todos los desarrollos sobre la *ponderación de derechos fundamentales* (utilizo aquí los nombres con los que ALEXY bautiza algunas tesis básicas, comúnmente aceptadas por lo demás teóricos ICD).

---

[46] Con esto no se pretende sostener que hay necesidad de *actos de poder* en sentido político, sino que se pretende hacer una afirmación mucho más básica: que sólo puede convertir sus preferencias en normas quien tiene la capacidad (*el poder*) para ello. No sólo el legislador con las leyes o el juez con las sentencias, sino también el padre de familia con respecto a las reglas de la casa, o el jefe con respecto a la conducta de sus empleados.

[47] J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos,* Parte III, 281-287.

Como se ha dicho, la «vinculación conceptual» entre lo jurídico y lo moral es un estandarte de la teoría de la argumentación, pero si uno mira con atención, todos los argumentos con los que se intenta probarla admiten ser invertidos y terminan dependiendo de esa misma *vinculación* de manera circular. Así por ejemplo, ALEXY sostiene que si una norma o decisión no formulare una pretensión de corrección, estaría incurriendo en un defecto que es a la vez jurídico, moral, racional y lingüístico (pragmático), concretados todos ellos en la forma de una «contradicción performativa». Sin embargo, dicha contradicción sólo puede ser advertida —con todas estas implicaciones— por quien haya asumido previamente el axioma de que el derecho y la Moral están conceptualmente vinculados, y, por tanto, esté convencido de que toda norma jurídica deba formular necesariamente una pretensión de corrección moral. Y esto, en la medida que son los sujetos morales y no las normas los que formulan tales pretensiones o justifican las exigencias de corrección.

Ese convencimiento es reforzado por la perspectiva de análisis de los fenómenos jurídicos que defienden los ICD: el *punto de vista interno.* Esto se refiere a la situación en la que se encuentra el *participante* en las argumentaciones jurídicas que tienen lugar dentro del sistema; quien, además, asume como propia la moralidad del mismo. Esto es, que el *participante* hace coincidir sus valores con los del sistema de derecho en el que participa. Aquí se sostiene que —en concomitancia con las otras circunstancias revisadas aquí— éste *punto de vista interno* favorece la deformación ideológica de la teoría, debilitando la capacidad del participante para criticar su sistema jurídico, en la medida en que su moralidad crítica resulta fundida en la moralidad positiva que éste formula. Esto, llevado al ámbito del razonamiento jurídico aplicativo, puede presentar consecuencias problemáticas cuando se trata de decisiones jurídicas éticamente sensibles, ya que redundaría en una incapacidad de los jueces (los participantes por antonomasia) para distinguir con claridad los argumentos morales de los jurídicos. A los operadores jurídicos cognoscitivistas les resultará más difícil deslindar los valores morales relevantes al caso de las normas jurídicas aplicables al mismo; en sus razonamientos saltarán de unos a otros, convencidos de que se mueven siempre dentro del ámbito del *derecho justo* [48].

La teoría de la argumentación jurídica confía en que el filtro de racionalidad/moralidad/juridicidad de las decisiones jurídicas será el cumplimiento —lo más aproximado posible— de unas reglas y condiciones procedimentales del discurso. Lo que ocurre es que esas reglas son una especie de formulación pragmático-normativa (referida a la conducta de los hablantes) de los valores que cristalizaron en el sistema de los Estados constitucionales de Occidente desde la segunda posguerra. Son reglas de la argumentación tributarias de un proceso histórico concreto. En ese sentido, la sola disposición a cumplir tal procedimiento —así sea de modo contrafáctico— es ya una asunción de la «vinculación conceptual entre derecho y Moral» como presupuesto de actuación y una opción ideológica a favor de un tipo determinado de organización jurídico-política. Así las cosas, la *pretensión de corrección moral*, entronizada por el ICD como la cura

[48] En la mi tesis doctoral se analizan en extenso los problemas de legitimación de las decisiones jurídicas y la desactivación de la capacidad crítica del operador jurídico que esta concepción del *punto de vista interno* acarrea, hasta llegar a convertirse en cierta forma en *la prisión del participante.* J. D. ELORZA-SARAVIA, *Crítica de los valores jurídicos*, Parte III, 135-149.

de todos los vicios y el seguro de todas la virtudes, no es «prueba» alguna de que exista una vinculación necesaria y conceptual entre el derecho y la Moral, sino más bien un presupuesto teórico del tipo de procedimiento que los ICD proponen.

Hay que reconocer que, aunque nadie en el mundo jurídico real argumente siguiendo en todos sus pasos el procedimiento discursivo, y que aunque éste dibuje el mapa de un largo *rodeo* para llegar al mismo sitio al que se hubiera llegado ateniéndose al método de la *discrecionalidad judicial* (propuesto por el positivismo jurídico para los casos difíciles), lo cierto es que en el camino que se recorre dando ese *rodeo*, el operador jurídico puede descubrir herramientas muy importantes (sobre todo las referidas a las exigencias de universalización) que de haber tomado la vía directa jamás hubiese podido integrar en sus razonamientos jurídicos. Esto, medido en el balance final de la aplicación práctica del derecho arroja resultados muy positivos para el ICD. Ello quiere decir que, si bien es cierto que el juez, enfrentado a la obligación constitucional de motivar sus decisiones, busca una justificación discursiva *ex-post* para cada una de ellas, también lo es que dentro del conjunto general de sus pronunciamientos, tal juez decidirá *ex-ante* dentro de los límites de lo justificable. Aún si quitáramos los muchos otros aportes que ha hecho a la teoría y práctica jurídicas, sólo por éste, la teoría de la argumentación jurídica ya habrá ganado su lugar en la historia.

Sin embargo, a pesar de estas apreciables ventajas, no se puede dar la espalda a los riesgos que esta teoría encarna, aunque éstos no constituyan razón suficiente para abandonarla, sino tan solo para revisarla en profundidad. El principal de ellos es el peligro de convertirse en una *técnica de legitimación del status quo* constitucionalista, entendido como el mejor —tanto jurídica como moralmente— de los sistemas jurídico-políticos posibles. Este riesgo de deformación ideológica requiere ser concretado con algo más de detalle, para lo que vuelvo a referirme a la teoría alexyana.

Al comenzar a explicar las bases del mecanismo de la *ponderación* de derechos fundamentales, ALEXY —que ya había expuesto previamente su distinción de las normas jurídicas como reglas y principios— comienza a ocuparse de los *valores*; diciendo, en resumen, que no se diferencian de los *principios* salvo por un detalle, que éstos son una *perspectiva deontológica* y aquellos una *perspectiva axiológica* de los mismos fenómenos jurídicos, pero que su estructura es idéntica. El autor construye, entonces, lo que aquí he llamado *isomorfismo estructural entre el nivel de los principios y el nivel de los valores*. Luego se dedica a defender la teoría de los valores de algunas objeciones —convenientemente escogidas— que pudieran presentársele, pero ésta es una defensa instrumental, pues lo que pretende es precaverse de posibles ataques a su teoría de los principios y de la ponderación.

Los numerosos analistas de ALEXY —críticos o no— han pasado con ligereza por esta parte de su obra, asumiendo sin problematizar que lo que el autor hace es algo así como tender un «puente metodológico» que une dos márgenes de la racionalidad práctica, considerada como *unidad*. Pero lo que resulta de aquí es un mecanismo aplicativo del derecho que es directamente una ponderación de valores morales *relevantes* a los casos concretos, y sólo indirectamente una ponderación de normas jurídicas *aplicables*. Cualquiera que esté «convencido» de la tesis del *caso especial* o de la *unidad* del razonamiento práctico, o que haya «decidido» partir del *presupuesto de la vinculación* necesaria entre derecho y moral replicaría que la reductibilidad

entre «valores» y «deberes» no es problemática; de hecho, diría que de esto es de lo que trata toda la teoría. Sin embargo, la verdadera cuestión aquí es indagar si lo que hace ALEXY es realmente «tender un puente» que haga reductible lo axiológico a lo deontológico. Yo sostengo que no. Y es que no por apoyarse en el uso impreciso que hagan los Tribunales Constitucionales de las expresiones axiológicas o por hallar ciertas similitudes basadas en ejemplos del lenguaje ordinario se pueden ignorar las diferencias que existen —y que nos conviene a todos que sigan existiendo— entre prescribir y valorar, entre lo axiológico y lo deontológico, entre lo bueno y lo debido, en suma, entre «normas jurídicas» (los principios constitucionales en este caso) y «valores morales». Concluyo, entonces, que el profesor alemán no tiende un *puente* para pasar, sino que instala un *trampolín* para saltar de uno a otro nivel de la racionalidad práctica. He bautizado este «salto» (del «valer» al «deber» en los razonamientos jurídicos, y del «deber» al «valer» en los razonamientos morales) como «falacia cognoscitivista».

Considero esta operación sumamente peligrosa, y su peligro radica en que en el ámbito jurídico —no así en el moral— las normas son prescripciones vinculantes e imponibles por la fuerza. Así que, sin que se pruebe la *implicación* según la cual se deriva una cosa de la otra o sin que se *justifique* la reductibilidad de un nivel al otro, lo único que habilita a las preferencias morales de *alguien* para convertirse en normas obligatorias —o a un contenido jurídico-normativo pasar a ser considerado como valor moral— continúa siendo el «poder». Y aunque exista la *posibilidad* de que tal poder sea considerado como «moralmente bueno o justificado», lo que sí está fuera de toda discusión es que el derecho está conceptual y necesariamente vinculado con él. Y aún así, el ICD lo omite como elemento de análisis, lo que lo convierte en el gran agujero de toda esta construcción teórica. Si un elemento de semejantes características no se menciona en una teoría del derecho, es que está operando en ella como una variable supuesta. Si el *poder* no aparece como una variable expresa del razonamiento jurídico, terminará siendo tácitamente legitimado por las decisiones práctico-jurídicas. Cuando se opera con plena conciencia de esta categoría es posible aislar los elementos valorativos y los normativos de los elementos de *poder*, aumentando las posibilidades de guarecer a la decisión jurídica de su influencia soterrada. Por ello considero que el ICD, pensado como una teoría de la *validación moral* de las decisiones jurídicas, es muy propenso a devenir en una herramienta de «legitimación política del poder» en los Estados Constitucionales. Esta propensión de la teoría, la hace muy proclive de ser instrumentalizada para avalar argumentativamente estados de cosas y decisiones inicuas.

Si a esto sumamos que, por un lado, la ampliada versión de «universalidad» que hoy ha hecho carrera dentro de las teorías del discurso racional apareja una *merma de la autonomía moral individual* en aras de la intersubjetividad normativa, y que, por otro lado, la perspectiva interna de análisis del derecho (punto de vista interno) acarrea un *empobrecimiento de la capacidad crítica subjetiva* de los participantes (quienes hacen coincidir su propia moralidad con la del sistema en el que participan), tendremos un campo abonado para que los discursos fundados en la impropia *equiparación* entre principios jurídicos y valores morales puedan llegar a ser utilizados, no como puntos de acuerdo o de defensa, sino como puntos de ataque contra las libertades que se supondría deben asegurar.

Los riesgos de deformación ideológica, instrumentalización teórica y desactivación de las instancias críticas no se constituyen en razón para abandonar una teoría del derecho que tantos y tan buenos oficios ha desempeñado en el desarrollo y la racionalización jurídica de las democracias constitucionales, pero sí advierten sobre la necesidad de revisar algunos de sus presupuestos teóricos —no necesarios— que representan un peligro para el futuro de la protección de los derechos y libertades de los individuos. Si estas teorías del derecho no son capaces de repensarse a sí mismas para conjurar estos riesgos, cerrando los resquicios por los que el *poder* puede llegar a subvertirlas, estarán condenadas a repetir la triste historia de ese positivismo jurídico al que tan vehementemente han cuestionado.

SOBRE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN*

Notas al margen de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo

Fabrizio Mastromartino

Università degli Studi Roma 3

RESUMEN. Este texto propone algunas reflexiones críticas sobre el tema de la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales a partir del examen argumentativo de la sentencia del Tribunal constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo. Después de una reconstrucción detallada de los argumentos formulados por los solicitantes, de las razones en que la decisión de la Corte está basada y de las objeciones planteadas por los votos particulares, el análisis se centra en las implicaciones teóricas que la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales comporta para el concepto de «constitución» y el papel de la justicia constitucional. La tesis aquí sostenida es que para que el recurso a la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales pueda juzgarse congruentemente con su rigidez normativa, su aplicación debe dirigirse únicamente a extender la clase de los sujetos tutelados en los derechos y/o de los derechos que son el objeto de esta tutela, compatiblemente con las otras normas del sistema constitucional.

Palabras clave: interpretación evolutiva, ideologías de la interpretación constitucional, matrimonio homosexual.

On Evolutionary Constitutional Interpretation. Some Notes around a Recent Spanish Constitutional Court's Decision on Same-Sex Marriage

ABSTRACT. By drawing an argumentative survey of the decision of the Spanish *Tribunal constitucional* on same-sex marriage, this article suggests some critical remarks on the topic of dynamic interpretation of constitutional provisions. The first part presents a detailed description of the arguments submitted by the plaintiffs, of the decision rationale and of the issues raised by the dissenting opinions. Afterwards, the analysis focuses on the theoretical entailments which dynamic interpretation of constitutional provisions involves referring to the very notion of «constitution» and on the part of constitutional justice. The thesis upheld by the author suggests that dynamic interpretation of constitutional provisions ought to be assessed consistently with the normative rigidity of constitutions only if it produces an increase of the subjects protected under the law and/or an increase of the individual rights protected, consistently with the other provisions of the constitutional system.

Keywords: dynamic interpretation, ideologies of constitutional interpretation, same-sex marriage.

---

* Fecha de recepción: 22 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2013.

Con la sentencia núm. 198, de 6 de noviembre de 2012, el Tribunal Constitucional español rechazó el recurso presentado el 30 de septiembre de 2005 por más de setenta miembros del Grupo Popular —el grupo parlamentario del Partido Popular, en ese momento parte de la oposición y ahora del gobierno— contra la reforma legislativa, llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que extiende el matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo a través de la modificación de algunas disposiciones del Código Civil.

La Ley, que consta de un sólo artículo subdividido en diecisiete apartados, equipara, sin ningún tipo de diferenciación, las uniones homosexuales con las uniones heterosexuales, reconociendo a ambas los mismos deberes y derechos, no sólo en el limitado contexto del matrimonio, sino también en la disciplina de la adopción [1]. El principal cambio, realizado por el primer apartado de la Ley, es la modificación del art. 44 del Código Civil —«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código»— añadiendo un segundo parágrafo con el cual se establece que «el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Los otros apartados de la Ley adaptan otras disposiciones del Código Civil y de la disciplina legislativa del Registro civil (Ley del 8 de junio de 1957) al art. 44 del Código Civil, en los términos de la reforma, reemplazando las expresiones «marido y mujer» con las expresiones «los cónyuges», «los consortes» y la expresión «el padre y la madre» con «los padres» y «los progenitores».

Muchas son las violaciones alegadas por los solicitantes, referidas a los arts. 32, 10 segundo apartado, 2, 14 (en relación con los art. 1 primer apartado y 9 segundo apartado), 39 primero, segundo y cuarto apartado, 53, primer apartado (en relación con el art. 32), 9 tercer apartado y 167 de la Constitución española. El Tribunal ha relacionado todas las cuestiones planteadas en el recurso —con la única excepción de las relacionadas con el art. 39, relativo a la protección de la familia y de los niños, al que es dedicado el último párrafo de la sentencia (§ 12)— a un motivo principal de inconstitucionalidad, referido al art. 32, en el que, a juicio del Tribunal, todas las otras razones resultarían englobadas [2].

Gran parte de la argumentación desarrollada por el Tribunal examina así —como lo hizo la *Corte costituzionale* italiana en la sentencia núm. 138/2010 [3]— la única disposición del texto constitucional relativa a la institución del matrimonio, que somete, al contrario de lo que hizo el Tribunal Constitucional italiano con el art. 29 de la Constitución, a una interpretación de claro carácter evolutivo, dando lugar a las críticas de los votos particulares (dos disidentes y uno concurrente) de tres jueces del Tribunal, basadas especialmente en los posibles (temidos) efectos de su fallo con respecto al concepto de «constitución» y de la rigidez de sus disposiciones.

---

[1] En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, como resultado de la susodicha equiparación pueden acceder a ellas las parejas, casadas (o convivientes), formadas por dos mujeres. Al respecto consúltese la Ley 14/2006 de 26 de mayo en materia de reproducción asistida.

[2] ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012; aquí se hace referencia a la versión electrónica de la sentencia, consultable en la página web *www.giurcost.org/casi_scelti/matrimonioomosexSpagna.pdf*. *Cfr.* § II (*Fundamentos jurídicos*), 2, 28-29.

[3] Sobre el punto se remite a F. Mastromartino, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, espec. caps. I y IV, y a los comentarios allí citados.

A esta parte de la decisión del Tribunal, a las críticas planteadas por los votos particulares y a las implicaciones teóricas y pragmáticas que comporta la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales son dedicadas las páginas que siguen.

1. LOS ARGUMENTOS DE LOS SOLICITANTES: LA DISTORSIÓN DEL MATRIMONIO REALIZADA POR LA LEY 13/2005

En relación con el art. 32 y, en particular, con el primer apartado de la disposición constitucional —«El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica»—, los solicitantes alegan que la reforma realizada por la Ley comporta una alteración radical de la institución del matrimonio, distorsionándolo al punto de reemplazar «una institución con unos contornos tan definidos y universales» por una «institución nueva», «polisémica, borrosa y disponible» [4].

De acuerdo con la casi unánime doctrina constitucionalista y civilista, los solicitantes identifican en el art. 32 dos tipologías de normas: una norma que confiere un derecho (fundamental) —el del hombre y de la mujer a contraer matrimonio— y una norma que dota a la institución del matrimonio de una garantía institucional constitucionalmente «asegurando su existencia y preservándolo en los términos que lo hacen reconocible» [5].

En esta segunda acepción, son dos, a juicio de los solicitantes, «las [...] notas principales» del matrimonio: «la igualdad y la heterosexualidad» [6]. Estos —se afirma en el recurso— se pueden deducir por medio de una interpretación de tenor literal y sistemática. El primer apartado del art. 32 representa la única disposición constitucional que incluye una referencia expresa al hombre y la mujer, identificados como únicos sujetos titulares del derecho a contraer matrimonio: razonando *a contrario*, las uniones homosexuales resultarían de esta manera excluidas de la titularidad del derecho a casarse [7]. En segundo lugar, argumentan los solicitantes, la referencia a los hombres y mujeres debería ser interpretada a la luz del principio de la «plena igualdad jurídica», cuya mención textual implícitamente supone el carácter exclusivamente heterosexual del matrimonio, considerando que de lo contrario «no cabría predicar dicha igualdad entre los cónyuges» [8], porque «en las llamadas uniones homosexuales la igualdad sería en *re ipsa*, es decir, residiría en la igualdad de sexo de sus miembros» [9].

Esta interpretación, argumentan los solicitantes, se funda además en un argumento originalista, que citado *ad adiuvandum* de la interpretación literal, muestra que en todas las fases de los trabajos preparatorios nunca hayan sido contempladas las uniones homosexuales, ni el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo [10].

---

[4] ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § I (*Antecedentes*), 1.A), 2 e § I, 1, A) letra *a)*, 3.

[5] *Id.,* § I, 1, B), 4.

[6] *Ibid.*

[7] *Id.,* letra *a)*, 5.

[8] *Id.,* 6.

[9] G. Cerdeira Bravo de Mansilla, «Matrimonio tra persone omosessuali. Il caso della Spagna», *Famiglia, persone, successioni*, 7, 2010, 493.

[10] ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § I, 1, B), letra *b)*, 6.

Por último, los solicitantes invocan en apoyo de su posición la propia jurisprudencia anterior del Tribunal: en particular, la sentencia núm. 222/1994, donde se afirma que «la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento»; por el contrario, sigue el pasaje citado, el matrimonio entre hombre y mujer «es un derecho constitucional» [11].

La existencia de una garantía institucional del matrimonio, así configurado, determina, en la opinión de los solicitantes, la ilegitimidad constitucional de eventuales disposiciones legislativas que —como las contenidas en las enmiendas al Código Civil introducidas por la Ley 13/2005— «sin hacerlo desaparecer, desvirtúan, tergiversan o desnaturalizan su contenido predeterminado por la Constitución» [12].

2. LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL: LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 32 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Punto de partida de la argumentación del Tribunal es la tesis según la cual el art. 32 es la única disposición que, si fuese verificada su violación, podría dar lugar a una declaración de inconstitucionalidad de la ley objeto del recurso. El análisis del Tribunal por consiguiente se centra en la definición del «contenido y alcance» de esta norma parámetro [13].

La jurisprudencia constante del Tribunal, se afirma, estableció que el matrimonio consiste, según el art. 32, en una «institución garantizada por la Constitución», y que de la misma disposición se deduce la existencia de un derecho constitucional a contraer matrimonio. De lo anterior se deriva que hay dos cuestiones sobre las que se llama la atención del Tribunal, para que éste verifique la supuesta inconstitucionalidad de la Ley: «Si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisible de la garantía institucional del matrimonio»; y «si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio» [14].

2.1. La garantía institucional del matrimonio en la sociedad española contemporánea

En la jurisprudencia del Tribunal, la noción de garantía institucional tiene la función de aprestar una técnica de «protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas». Así que el límite puesto a la actividad del legislador por una disposición constitucional que establece una garantía institucional se encuentra en el «reducto indisponible», en el «núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» [15].

---

[11] *Id.,* letra *c)*, 7-8.
[12] *Id.,* letra *d)*, 10.
[13] *Id.,* § II, 6, 35.
[14] *Id.,* 36.
[15] Como es bien sabido, la noción de «garantía institucional» se remonta a la doctrina alemana de los años veinte del siglo pasado (*vid*. M. WOLFF, *Reichserverfassungundeigentum*, 1923), que utiliza esta expresión para

Los solicitantes, así como el abogado del Estado, se refieren en particular a la doctrina enunciada por el Tribunal en un antiguo fallo, en el que éste fijó el sentido y el alcance del concepto de «garantía institucional» explicando que «lo que se protege constitucionalmente no es un contenido concreto de la institución, sino su preservación en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, de modo que no cabe limitarla privándole en la práctica de sus posibilidades de existencia real para convertirla en un simple nombre» [16]. En una decisión más reciente —citada por el propio Tribunal— la Corte ha precisado que «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» [17]. Como bien resume L. DÍEZ-PICAZO, «imagen en la cultura jurídica y funcionamiento efectivo de la institución son [...] los dos criterios para la determinación del contenido mínimo constitucionalmente garantizado: el legislador no puede desfigurar la institución constitucionalmente garantizada, ni privarla de significado» [18].

Pues bien, el Tribunal, consciente de que la Ley objeto del recurso «ha abierto las puertas» de la institución del matrimonio «a las parejas del mismo sexo» y «ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales», procede, bajo la égida de la noción de garantía institucional desarrollada en su jurisprudencia anterior, a determinar si la alteración generada por la Ley «resulta contraria o no a la garantía institucional del matrimonio» [19].

A pesar de que el matrimonio se presente como una institución constitucionalmente garantizada, afirma el Tribunal, esto sólo se menciona en la Constitución, «sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo» [20]. La Constitución por tanto —continúa— no se opone a que al matrimonio se asocie un contenido diferente del tradicional: como señaló el abogado del Estado, ésta simplemente «no contiene un concepto de matrimonio» [21]. Así que el Tribunal considera legítimo formular una definición del matrimonio constitucionalmente orientada, fundada en una diferente interpretación del tenor literal del art. 32, basada en una tesis metodológica («presupuesto inicial») comprometedora: la «lectura evolutiva de la Constitución» [22].

Según el Tribunal, dos son los elementos estructurales del matrimonio: «la voluntad de *dos personas* para formalizar una unión estable» [23] y que esta unión constituya una formación social «de base asociativa» en la cual sean excluidos «vínculos patriar-

---

distinguir la protección establecida por una disposición constitucional que enuncia un derecho subjetivo de la garantía contenida en la misma para proteger a la institución jurídica a la que se refiere el derecho subjetivo enunciado. En la doctrina española, *vid*. A. JIMÉNEZ-BLANCO, «Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución», en S. MARTÍN-RETORTILLO (coord.), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, t. II, Madrid, Civitas, 1991, 646-647.

[16] ATC 32/1981, citada respectivamente por los solicitantes y el abogado del Estado —en la exposición del Tribunal— citada en la 9 y en la 18 de la sentencia aquí examinada.

[17] *Cfr.* ATC 204/2004, de 18 de noviembre, citada en la 30 de la sentencia aquí examinada.

[18] *Cfr.* L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2005, 58.

[19] *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 6, 38.

[20] *Id.,* 37.

[21] *Id.,* § I, 5, F), 27.

[22] *Id.,* § II, 9, 40.

[23] Elemento reconocido en la doctrina, por ejemplo, de E. EXPÓSITO GÓMEZ, «La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola», *Il Foro italiano*, 2005, 271 (cursivas añadidas).

cales y autoritarios» [24]. Es con base en estos elementos que el Tribunal redefine el significado de la institución del matrimonio, «como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre *dos personas* que poseen *idéntica posición* en el seno de esta institución, y que *voluntariamente* deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento» [25]: una definición *gender-neutral*, por supuesto, que el Tribunal fundamenta en la reformulación de la interpretación del art. 32, despojado de su (aparente) connotación sexual.

En la opinión del Tribunal, la disposición contenida en el primer apartado del art. 32, «desde una estricta interpretación literal», «sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse» [26]. Aun —continua el Tribunal— bajo un perfil de carácter sistemático «resulta claro» que la disposición constitucional «no supone en 1978 la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales» [27], y si bien la disposición, cuando fue escrita, «manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones» [28], por supuesto eso «no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, [...] pero tampoco significa que lo excluyera» [29].

El distanciamiento del Tribunal de la argumentación *a contrario* desarrollada por los solicitantes, basada en el significado original de la disposición extraído de la (presunta) voluntad del constituyente (*original intent*), es muy claro. Diferente, y en cierto modo opuesta, es la perspectiva argumentativa dentro de la cual se despliega el razonamiento del Tribunal, que éste reivindica en un pasaje de gran alcance teórico-constitucional que merece ser reproducido en su totalidad. La Constitución —afirma el Tribunal citando la famosa expresión utilizada por primera vez, en 1930, en la sentencia del *Privy Council*, *Edwards vs. Attorney General for Canada*, y retomada por la Corte Suprema de Canadá en una sentencia reciente (9 de diciembre de 2004) sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo— debe entenderse como un *living tree* (un «árbol vivo») [30]:

> que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no

---

[24] En estos términos, en la doctrina, J. Urías Martínez, «Artículo 32», en M. E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (coords.), *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, 891.

[25] *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 9, 41-42 (cursivas añadidas).

[26] *Id.,* 8, 40.

[27] *Ibid.* Análogamente, entre los tantos ejemplos en la doctrina, *cfr.* M. Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, 123.

[28] *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 8, 40. Sobre el significado del principio de igualdad en el contexto de la disposición contenida en el primer apartado del art. 32, *cfr.* en la doctrina F. J. Galvez Montes, «Artículo 32», en F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, 3.ª ed., Madrid, Civitas, 2001, 772, por el cual «se trata de una igualdad entre los cónyuges que se manifiesta esencialmente por el reconocimiento de unos mismos ámbitos de actuación a marido y mujer, excluyéndose cualquier tipo de subordinación».

[29] *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § 8, 40.

[30] *Id.,* § 9, 40.

imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.

Con un argumento que asume el tono del «manifiesto programático», destinado no sólo a considerar el caso discutido en el presente, sino también los casos que podrían ser dirigidos en el futuro al Tribunal, éste acoge sin dilación la orientación interpretativa sugerida por el abogado del Estado, que en su memorial insistió en la tesis según la cual «es la interpretación evolutiva la que define el contenido de la garantía institucional» [31]: «Lo verdaderamente relevante» en la interpretación del art. 32 —sostuvo el abogado— «es la evolución social de la percepción del objeto y no el contenido histórico que se le hubiere dado» [32]; «el histórico no es el criterio relevante para definir el contenido de las garantías institucionales. Su contenido va redefiniéndose con la evolución de la conciencia social, y si ello no fuese así las Constituciones estarían condenadas a ir pereciendo en un proceso de alejamiento de la realidad que deben disciplinar» [33].

Por otra parte, alega el Tribunal, es necesario considerar el derecho «como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla» [34]; a la construcción de la cultura jurídica, entendida aquí como una empresa interpretativa del ordenamiento constitucional, contribuye por tanto, en opinión del Tribunal, también «la observación de la realidad social jurídicamente relevante», y no sólo «la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos» [35].

Como corolario de lo anterior, para verificar si la reforma legislativa del matrimonio es compatible con su garantía institucional constitucionalmente establecida, es necesario determinar si el hecho de que «los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo» —a juicio del Tribunal, «única diferencia entre la institución matrimonial antes y después de julio de 2005»— constituye «hoy por hoy, en nuestra sociedad, un elemento que hace irreconocible el matrimonio o que, por el contrario, se integra en la imagen que permite reconocer la institución matrimonial» [36].

---

[31] *Ibid.,* § I, 5, F), 27.

[32] *Id.,* § I, 5, B), letra *a)*, 19.

[33] *Id.,* letra *d)*, 20.

[34] *Id.,* § II, 9, 40.

[35] *Id.,* 41. Consúltese el muy amplio conjunto de elementos que contribuyen, en la concepción expresada por el Tribunal, a la configuración de la «cultura jurídica»: «La cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición». Similar a la formulada por el Tribunal, me parece el alcance asociado a la cultura jurídica por L. FERRAJOLI, en *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma, Laterza, 1999, 5.

[36] *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 9, 42. Análogamente, el abogado del Estado juzgó relevante, para la solución de la cuestión de legitimidad relativa al art. 32 entendido como garantía institucional, «la imagen del matrimonio que en este momento tiene la conciencia social»; *ibid.,* § I, 5, B), letra *d)*, 20.

La respuesta negativa a la interrogación, así formulada, por la cual se rechazan los motivos opuestos por parte de los solicitantes, se basa, a juicio del Tribunal, en dos argumentos distintos pero sustancialmente relacionados. El Tribunal procede en su razonamiento recurriendo, en primer lugar, a un argumento *ab exemplo* de carácter comparatista [37]: aquí el análisis realizado por el Tribunal, mediante referencias puntuales a la legislación y la jurisprudencia, no sólo de los países europeos, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre el tema de las uniones del mismo sexo, deduce «una nueva «imagen» del matrimonio cada vez más extendida», que, «aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme» —es decir, teniendo que reconocer la existencia de una «concepción plural» a este respecto— no obstante, no puede ser ignorada [38].

El Tribunal Constitucional —explica la Corte— «no puede permanecer ajeno a la realidad social» [39]: por tanto, se debe considerar también ésta para responder a la cuestión sometida a su atención. El Tribunal desarrolla así una argumentación de carácter sociológico, analizando datos estadísticos significativos con respecto al grado de «aceptación social» del matrimonio entre personas del mismo sexo, presente en España antes y después de la entrada en vigor de la reforma legislativa, de los cuales concluye que, aunque los datos examinados «no sean por sí solos un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley», éstos «ofrecen una imagen que refleja el grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que progresivamente se integra la unión entre personas del mismo sexo» [40].

Así que, concluye el Tribunal, «el régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo» [41]. Por el contrario, la reforma legislativa, en lugar de desnaturalizar su contenido esencial, «desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea» [42].

2.2. El derecho a contraer matrimonio en la Constitución española

El discurso que el Tribunal expone en relación con la compatibilidad de la Ley con el derecho a contraer matrimonio, establecido en el primer apartado del art. 32, se desarrolla en sustancial continuidad con las conclusiones a las que llega la argumentación relativa a la presunta distorsión de la institución matrimonial realizada por la apertura del matrimonio a las uniones homosexuales.

---

[37] *Id.,* § II, 9, 42-44.
[38] *Id.,* 44.
[39] *Ibid.*
[40] *Id.,* 45.
[41] *Id.,* 46. Salvo disposiciones específicas (arts. 116, 117 y 118 CC) —la Corte explica citando la misma exposición de motivos de la Ley llevada a cabo por el legislador— que identifican figuras que «sólo pueden producirse en el caso de matrimonios entre dos personas de diferente sexo» (relativos a la «presunción de paternidad»).
[42] *Ibid.*

El Tribunal trae a colación que, según su propia jurisprudencia anterior, el derecho a contraer matrimonio es un derecho del todo peculiar. Aunque se trata de «un derecho de titularidad individual», sus titulares no pueden ejercerlo «individualmente», ya que el ejercicio del derecho a casarse implica el mismo ejercicio por otra persona, y por tanto el mutuo consentimiento libremente expresado por las dos partes [43].

La Ley, señala el Tribunal, «permite que el ejercicio del derecho se concrete con una persona del mismo sexo». La reforma legislativa, continúa, pone por tanto ante el Tribunal no «una cuestión relativa a la ampliación del elenco de titulares del derecho individual [...], sino ante una modificación de las formas de su ejercicio» [44]: una alteración que está dentro del margen dejado a la acción del legislador por la misma disposición constitucional, la cual, en el segundo apartado establece una reserva de ley según la cual «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos». Así que del art. 32 se podría deducir —en cuanto al específico nivel constitucional— sólo «un reconocimiento general del derecho al matrimonio» [45], siendo su ejercicio enteramente dependiente de los requisitos fijados por la ley y por tanto «sujeto [...] al desarrollo legal dispuesto por el art. 32, segundo apartado» [46].

Hay por tanto sólo un límite impuesto por el art. 32 al legislador, a saber: «la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad que contiene el derecho» a casarse [47]. Pero, precisa el Tribunal, así como la Ley no prevé una extensión de la clase de los titulares del derecho a contraer matrimonio, tampoco determina «una limitación del derecho al matrimonio», sino sólo «una modificación de las condiciones de ejercicio en una lógica de equiparación de estatutos jurídicos» [48]. El Tribunal no encuentra aquí ninguna dificultad para demoler, sobre la base de datos estadísticos irrefutables, el incomprensible argumento planteado por los solicitantes, según el cual la alegada inconstitucionalidad con respecto a las nuevas disposiciones legislativas sobre el matrimonio daría lugar a un *vulnus* constitucional equiparable, en principio, a lo que podría generar «una hipotética supresión de la facultad de disponer en el derecho a la propiedad» [49]: «Las personas heterosexuales —explica el Tribunal— no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan

---

[43] *Id.,* § II, 10, 50. *Vid*. ATC 47/1993, de 8 de febrero, § 4: «No es éste un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo. [...] Contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona».

[44] *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, 50-51.

[45] *Cfr.* M. Carrillo, «La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali», *Il Foro italiano*, 2005, 265.

[46] *Cfr.* J. Urías Martínez, «Artículo 32», cit., 890. Esta es, por otra parte, la tesis que subyace a la Ley impugnada y expresamente declarada en la exposición de motivos de la Ley, donde se afirma que «será la ley que desarrolle este derecho dentro del margen de opción abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico». En *BOE* (núm. 157, de 2 de julio de 2005), § I.

[47] *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 10, 51.

[48] *Ibid.*

[49] *Id.,* § I, 1, B), letra *d)*, 9.

del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil»[50].

Más bien, la reforma legislativa —como también se ha afirmado en la doctrina— ha realizado «la ampliación de un derecho constitucional sin ningún perjuicio por los derechos ya existentes de las personas heterosexuales»[51]: una ampliación que, lejos de parecerle inconstitucional, el Tribunal considera totalmente compatible con los principios enunciados en la Constitución. El reconocimiento de la opción para los homosexuales de casarse con personas de su mismo sexo, inexistente antes de la entrada en vigor de la Ley, implica de hecho, en su opinión, que «el respeto a su orientación sexual encuentre reflejo en el diseño de la institución matrimonial», así reformada. «Su derecho individual a contraer matrimonio —explica el Tribunal— integra [...] el respeto a la propia orientación sexual. De este modo —concluye— se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad»[52], siendo el ejercicio del derecho a casarse una «manifestación vital» de la autonomía del individuo[53].

Por otra parte, en cuanto derecho de la persona, el matrimonio, con el fin de encontrar una garantía plena en el ámbito de la Constitución, puede desplegarse, en su desarrollo legislativo, sólo teniendo en cuenta los principios constitucionales[54]. Lo que hace puntualmente la Ley, respetando, más de lo que hiciera el Código Civil antes de las modificaciones introducidas por la Ley, el principio de libre desarrollo de la personalidad, poniendo fin a una irrazonable discriminación basada en la orientación sexual de los titulares del derecho a casarse[55].

3. LOS VOTOS PARTICULARES

Dado el carácter delicado de la cuestión analizada y su indiscutible relevancia constitucional, así como el igualmente considerable alcance ideológico contenido en el presupuesto metodológico enunciado por el Tribunal a inicios de su interpretación argumentativa, no es de extrañar que la sentencia que aquí se discute haya suscitado dudas y ulteriores reflexiones en algunos miembros del Tribunal. Dudas y perplejidades que cuatro jueces del Tribunal han querido expresar en sus votos particulares[56],

---

[50] *Id.,* § II, 11, 52. El punto ha sido señalado en repetidas ocasiones por el abogado del Estado, que notó como «después de la entrada en vigor de la reforma los heterosexuales pueden seguir contrayendo matrimonio en las mismas condiciones que lo hacían antes»; *ibid.,* § I, 5, B), letra *d)*, 20; *Vid.* también *ibid.,* 24.

[51] *Cfr.* E. Expósito Gómez, «La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola», cit., 271.

[52] *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, par. II, 11, 52.

[53] *Cfr.* F. J. Galvéz Montes, «Artículo 32», cit., 769.

[54] *Cfr.* M. Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*, cit., 126-127 y 203.

[55] J. V. Gavidia Sánchez, «La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado "divorcio express"», en *id.* (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Madrid, Marcial Pons, 2007, 36.

[56] En el análisis que sigue no se considerará la opinión expresada por el juez J. J. González Rivas en su voto particular.

entre ellos diferentes en muchos aspectos, sin embargo convergentes en la crítica contra la tesis de fondo que anima la sentencia del Tribunal: la interpretación evolutiva de la constitución.

Hay tres cuestiones de las que se ocupan los votos particulares, todas relacionadas con el mismo argumento. Por un lado, se insiste sobre la diferencia sustancial que subsiste entre la interpretación (legítima) de la constitución y su manipulación (ilegitima) dirigida no a realizar una interpretación jurídicamente justificada de las disposiciones constitucionales, sino a producir subrepticiamente su transformación por vía judicial. De lo anterior deriva inmediatamente la puesta en discusión de la presunta compatibilidad que existiría entre la particular naturaleza normativa de las constituciones, que se caracteriza por la rigidez de las disposiciones que las componen, y la teoría, adoptada por el Tribunal en su motivación, que considera al texto constitucional un organismo vivo, susceptible, como tal, de evolucionar en el tiempo. La referencia a las mudadas (y mudables) condiciones de las sociedades dentro de las cuales el derecho se realiza es además mirada con recelo y considerada como índice de un impropio vuelco de la relación que subsiste entre la sociedad, en la que germinan siempre nuevas necesidades a las cuales el derecho debe responder, y el propio derecho, que precisamente una sociedad en constante evolución tiene la función de reglamentar.

Representativa, en relación a las dos primeras cuestiones citadas, es la opinión del juez Manuel Aragón Reyes, distinguido constitucionalista. Él, en el que es sin duda el voto particular más penetrante, aunque compartiendo el resultado interpretativo al que llega el Tribunal, desarrolla una crítica radical de las implicaciones que, en su opinión, la argumentación llevada a cabo en la sentencia podría comportar. En su voto concurrente, el juez muestra aprecio por la forma en que el Tribunal verificó la constitucionalidad de la ley impugnada mediante un razonamiento argumentativo dirigido a la identificación de los términos en los que consiste «hoy el núcleo esencial de una garantía institucional», como es la contenida en el art. 32 de la Constitución [57]. Sin embargo, afirma, es incongruente confundir esta (legítima) operación interpretativa con la interpretación evolutiva, cuya evocación, por el Tribunal en relación con la Constitución, le parece problemática bajo muchos aspectos.

La interpretación evolutiva de la constitución, escribe, «consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan». Se trata, continúa, de una operación interpretativa que encuentra un «límite claro» «en el respeto al tenor literal» de las propias disposiciones, de modo que «nuevas interpretaciones del precepto» resultan posibles «sólo [...] si sus términos lingüísticos lo permiten». Por tanto, concluye, «mediante la interpretación evolutiva no puede hacérsele decir a la norma [*rectius*: a la disposición] lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el especifico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello» [58].

Los límites que la Constitución impone al legislador, precisa Aragón, también circunscriben el perímetro dentro del cual puede obrar el Tribunal constitucional, que, así como el órgano legislativo, «ha de respetar la rigidez de las normas constituciona-

[57] *Id.,* § 2, 40.
[58] *Ibid.*

les». La Corte, explica, no puede convertirse en «una especie de poder constituyente permanente». Cuando, en virtud de la evolución de la «realidad social», una disposición constitucional resulta obsoleta o se siente la necesidad de que sea cambiada, su alteración debe lograrse a través de una «reforma constitucional» [59].

Objetivo polémico de la argumentación del juez es la hagiografía de la teoría de la *living constitution*, tan claramente expresada por el Tribunal en uno de los pasajes fundamentales de su motivación, en el que, acusa Aragón, «se hacen afirmaciones generales, aplicables a cualquier precepto constitucional, que parecen dejar reducido a la nada el carácter normativo de la propia Constitución». Declaraciones, alega, fruto de una culpable «inadvertencia» mostrada por el Tribunal, que hubieran tenido que ser por lo menos moduladas, circunstanciadas y precisadas para que «no surtan los efectos perniciosos que [...] podrían provocar» [60].

Un razonamiento sustancialmente análogo desarrolla el juez Andrés Ollero Tassara, eminente profesor de filosofía del derecho de orientación católica. En su opinión disidente, caracterizada por vibrantes tonos polémicos, el juez expresa su desacuerdo sobre el hecho que «no haya tenido en cuenta la necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional» [61]: para reformar el matrimonio, en cuanto institución constitucionalmente garantizada, escribe, «no es posible eludir la reforma de la Constitución» [62].

En apoyo de esta evaluación son citados los mismos motivos de los que se valieron los solicitantes planteando la cuestión de constitucionalidad en relación con el art. 167 de la Constitución, donde está disciplinado el procedimiento de reforma constitucional. En el recurso ante el Tribunal, se acusa el legislador de haber comprometido, de hecho, «la integridad y la fuerza normativa del texto constitucional» [63], por medio de «una reforma legal que, a través de la simple alteración de unas palabras, habría dado lugar a una auténtica mutación del orden constitucional» [64]. Se trata de una argumentación que ya el abogado del Estado había fácilmente contrastado: exactamente en virtud de la jerarquía de las fuentes a la cumbre de la cual está una constitución rígida, sólo cuando sea verificada la ilegitimidad constitucional, en base a la disconformidad de los contenidos de la ley en relación con la constitución, la disposición que regula la reforma constitucional podría decirse indirectamente violada. La objeción formulada por los solicitantes aparece en suma «sorprendente, puesto que una Ley no puede pretender modificar la Constitución»; más bien, una ley, «si la contradice», «es simplemente inconstitucional» [65].

Como Aragón, Ollero también invoca el papel fundamental que, incluso en relación con la interpretación de las disposiciones constitucionales, es necesario reconocer a su significado literal. Aunque «el sentido propio de las palabras no sea siempre suficiente» en la interpretación de una disposición normativa, «no quita —afirma— que

[59] *Id.,* 41.
[60] *Ibid.*
[61] *Ibid* (§ 1).
[62] *Id.,* § 5, 46.
[63] ATC/14602, § I, 1, A) letra *a)*, 3.
[64] *Id.,* § I, 1, I), 15.
[65] *Id.,* § I, 5, E), 26. Argumentación totalmente compartida por el Tribunal: *vid. ibid.,* § II, 2, letra *d)*, 31.

sea siempre obligadamente el *primero*» al que recurrir en el proceso interpretativo; «sobre todo», añade, cuando el objeto de la interpretación es una disposición constitucional «cuya relevancia se apoya en su postulada *rigidez*»[66].

Ollero refuta las alegaciones formuladas por el Tribunal sobre la interpretación evolutiva de la Constitución, afirmando que, aunque reconocer la «*historicidad* de las normas jurídicas» parezca sin duda razonable, «no cabe confundir la historicidad del sentido de un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle [...] cualquier significado»[67]. Arguye, a su vez, que la interpretación a la que el Tribunal ha sometido el art. 32 ha hecho por el contrario de la disposición constitucional «un receptáculo vacío, abierto a contener las opiniones coyunturales del legislador; lo que no tiene nada que ver con historicidad alguna»[68].

Además, continúa el voto del juez disidente, aceptar acríticamente las declaraciones generales así perentoriamente expresadas por el Tribunal «equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas»[69]. A través de «la apelación reiterada [...] a una presunta presión social» —lo que el juez Ramón Rodríguez Arribas en su opinión disidente ha llamado «clamor de la calle»[70]— el Tribunal «al pretender que determinadas pautas o conductas sociales hayan de condicionar la interpretación constitucional», caería en suma, en opinión de Ollero, en la así llamada falacia naturalista, es decir en la falacia argumentativa con la que se reconoce indebidamente fuerza normativa a los hechos[71]: una acusación de la cual el Tribunal parecía consciente, allí donde, en un pasaje tan asertivo como lacónico, afirmaba, sin desarrollar en ningún modo la argumentación, que «la observación de la realidad social jurídicamente relevante» contribuye a la configuración de la cultura jurídica, «sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico»[72].

4. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA: UN ANÁLISIS

Las críticas planteadas por los votos particulares formulan importantes cuestiones de orden general que merecerían un análisis más amplio del que será posible desarrollar en las páginas que siguen. En esta parte conclusiva, me limitaré por tanto a discutir los principales nudos problemáticos citados anteriormente, relacionados todos con el tema de la interpretación evolutiva, manteniendo como constante referencia la argumentación del Tribunal en los términos en que ha sido ilustrada en las páginas precedentes.

---

[66] *BOE* (núm. 286, de 28 de noviembre de 2012), cit. (*voto particular*, A. Ollero Tassara), § 5, 45.
[67] *Id.,* 45-46.
[68] *Id.,* 46.
[69] *Ibid.*
[70] *Id.* (*voto particular*, R. Rodríguez Arribas), § 3, 37.
[71] *Id.* (*voto particular*, A. Ollero Tassara), § 7, 47.
[72] ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 9, 41.

4.1. Interpretación y vínculos textuales

La reiterada apelación al respeto de la letra de la disposición interpretada, común a las opiniones de Aragón Reyes y de Ollero Tassara, aparece *prima facie* del todo compartible. Como es bien sabido, también en Italia la referencia a la consideración que el intérprete, sobre todo si está dotado de autoridad jurisdiccional, debería prestar al tenor literal de los enunciados normativos ha suscitado fecundas discusiones, en particular con referencia a la interpretación de las disposiciones constitucionales: un debate que ha involucrado ilustres estudiosos, divididos entre sí en la evaluación de lo que hoy representa la orientación constitucionalista tal vez más influyente —sobre todo si se considera la adhesión que ha tenido, y todavía tiene, en el Tribunal italiano—, la así llamada doctrina de la interpretación por valores [73].

Dentro de este debate, en el cual la cuestión fundamental a la que se intenta responder concierne a los límites de la interpretación llevada a cabo a partir de disposiciones constitucionales con significado más o menos abierto, es frecuente la insistencia en la importancia de los vínculos textuales —interpuestos por la letra de la disposición a la interpretación libre, basada en valores constitucionales no bien definidos— incluso por parte de quien, consciente de participar en una discusión que no va a desaparecer como una moda del momento, observa con cautela que, aún en el fisiológico desarrollo de la incesante «dinámica constitucional», en la actividad hermenéutica deben existir algunos vínculos para evitar que se pase de la interpretación de la Constitución a «una Constitución del intérprete» [74]: una advertencia desde luego apreciable, pero que no resuelve el problema, como demuestra el caso aquí discutido del art. 32 de la Constitución española.

Para nada inequívoca aparece de hecho su interpretación llevada a cabo teniendo en cuenta sólo el elemento literal. El conflicto que ha surgido entre el resultado de la interpretación elegida por el Tribunal y la propuesta por los solicitantes ha reflejado la división de la doctrina, en la que hay posiciones antitéticas pero argumentadas apelando a la misma técnica interpretativa: el uso de la letra de la disposición; lo que muestra que es inequívoco, no el significado literal del art. 32, sino el significado que, *hasta el momento* de la entrada en vigor de la Ley 13/2005, se había venido consolidando en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —puntualmente citada en tono polémico por Aragón en su voto concurrente— [75]. No tendría

---

[73] A este respecto, *vid.* al menos los ensayos de F. MODUGNO, «Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale», y de A. PACE, «Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori», los dos en G. AZZARITI (coord.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

[74] *Cfr.* G. AZZARITI, «Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione», en A. PALAZZO (coord.), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, ESI, 2001, 243. Curiosamente es precisamente M. ARAGÓN REYES que identifica la Constitución con el resultado de la actividad hermenéutica realizada por la Corte. *Cfr.* M. ARAGÓN REYES, «L'interpretazione della Costituzione e delle leggi da parte del Tribunal constitucional e la sua forza vincolante», *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 2007, 65: «La Constitución es lo que su intérprete supremo dice que es». Una tesis que trae a la memoria lo afirmado por otro juez constitucional, *Justice* W. J. BRENNAN, *Speech given at the Text and Teaching Symposium, Georgetown University*, 12 de octubre de 1985, 2, de la transcripción disponible *on-line* en la página web *www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources_document7.html*, según el cual los jueces de la Corte suprema americana *«are the last word on the meaning of the Constitution»*.

[75] *Cfr. BOE* (núm. 286, de 28 de noviembre de 2012), cit. (*voto particular* M. Aragón Reyes), § 1, 39.

sentido entonces afirmar que la interpretación defendida por el Tribunal no es más que una interpretación equivocada, sólo porque difiere del significado literal comúnmente atribuido a la disposición. Lo que hay que preguntarse es más bien si el resultado de la interpretación a la que llega el Tribunal, aun alejándose de la interpretación consolidada de la disposición, es de manera directa e inequívoca atribuible al texto constitucional [76].

Pues bien, la interpretación elegida por el Tribunal —según la cual el art. 32, primer apartado, identifica únicamente los titulares del derecho a contraer matrimonio, es decir el hombre y la mujer, y no las formas en que ellos lo pueden ejercitar— puede desde luego ser atribuida al texto de la disposición de la cual es deducida. Como ha sido correctamente afirmado, de hecho, en el enunciado normativo «no se especifica nada». El único sentido que puede acogerse recurriendo al uso de la letra de la disposición es el que reproduce fielmente (e inútilmente) su formulación: así que el único contenido que se puede extraer de la simple «lectura» del primer apartado del art. 32 está representado por el hecho de que los constituyentes han querido reconocer el derecho a contraer matrimonio a los hombres y mujeres, en condiciones de igualdad [77].

Lo cierto es que la interpretación dada por el Tribunal se encuentra en marcada discontinuidad con el significado tradicionalmente asociado al art. 32, primer apartado, que el Tribunal, con una operación hermenéutica innovadora, reformula en una visión *gender-neutral* con el fin de superar la discriminación, considerada irrazonable, basada en la orientación sexual de las personas. Es precisamente en esta innovación que consiste el resultado interpretativo logrado mediante la interpretación evolutiva realizada por el Tribunal, ya que, como ha sido cabalmente afirmado, ésa «supone que hay un resultado interpretativo ["una interpretación consolidada"] que debe ser corregida en virtud de los cambios producidos» en la realidad social y/o en el ordenamiento jurídico [78]: lo cual lleva nuestro análisis a discutir las otras dos cuestiones problemáticas mencionadas anteriormente.

Antes de examinar la que parece la pregunta decisiva entre las planteadas por los votos particulares, la que, a saber, pretende poner en duda la (presunta) compatibilidad de la interpretación evolutiva con el particular carácter normativo de las disposiciones que pertenecen a una Constitución rígida, es necesario librarse de la objeción, en realidad muy poco centrada, que estigmatiza la interpretación evolutiva rebajándola de manera simplista a una clásica falacia argumentativa: la falacia naturalista.

4.2. ¿Una falacia naturalista? Una crítica errónea

La expresión «falacia naturalista», traducción corriente de la locución anglosajona *naturalistic fallacy*, se utiliza para indicar un tipo de razonamiento, considerado en efecto falaz, con el que se pretende lógicamente deducir conclusiones prescriptivas de

---

[76] Síganse aquí las oportunas indicaciones señaladas por G. Azzariti, «Interpretazione e teoria dei valori», cit., 239-240.

[77] *Cfr.* M. Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*, cit., 118.

[78] *Cfr.* V. Velluzzi, «Argomenti interpretativi», en G. Pino, A. Schiavello y V. Villa (coords), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, 366.

premisas descriptivas. Aunque la expresión con la cual se denomina haya sido acuñada sólo a comienzos del siglo pasado por el filósofo G. E. MOORE, su censura, como vicio argumentativo, se remonta, por supuesto, a un famoso pasaje del *Treatise of human nature* (1739-1740), del filósofo escocés D. HUME, donde, con el fin de criticar cualquier variante del objetivismo ético, se afirma la tesis por la cual «ninguna proposición ética (que expresa evaluaciones y normas morales, políticas, ideológicas, etc.) es derivable de un conjunto de premisas constituidas únicamente por proposiciones aléticas (que expresan un acto de conocimiento factico, científico, meta-teórico, etc.)» [79].

En la opinión del juez disidente Ollero, como hemos visto, el Tribunal está acusado de incurrir en esta falacia clásica, habiéndose dejado condicionar, en la interpretación de las disposiciones constitucionales pertinentes para determinar las cuestiones de legitimidad planteadas por los solicitantes, por «reglas o conductas sociales». El Tribunal, en otras palabras, habría doblegado su autonomía de juicio ante una «supuesta presión social», deduciendo de la mera «observación de la realidad social» una interpretación de la disposición constitucional que no tiene en cuenta su dato literal ni la interpretación tradicionalmente acreditada en la doctrina y en la jurisprudencia del propio Tribunal.

Esa es una acusación errónea. Primero porque el Tribunal junto con la «observación de la realidad social» incluye, entre los elementos que contribuyen a la «configuración» de la cultura jurídica, otros factores, mucho más importantes en el contexto de la argumentación desarrollada por el Tribunal, como «las opiniones de la doctrina jurídica» española, «el derecho comparado», así como «la jurisprudencia de los órganos internacionales» [80]. Además porque el Tribunal declara expresamente que sólo tiene en cuenta la realidad social «jurídicamente relevante», lo cual señala la dependencia de las conductas sociales observadas respecto a la disciplina jurídica que las ha hecho materialmente posibles [81]. Por último, porque, para verificar la imagen que del matrimonio tiene la sociedad española contemporánea, con el objetivo de averiguar lo que es hoy el núcleo esencial de la garantía institucional establecida por el art. 32 de la Constitución, el Tribunal no podía hacer más que sondear el nivel de «aceptación social» del matrimonio entre personas del mismo sexo presente en la sociedad española antes y después de la entrada en vigor de la ley impugnada en el recurso.

A continuación se podría añadir una consideración de carácter más general, destinada a privar de fundamento la acusación sostenida por Ollero, en cuanto dirigida al intérprete con el único propósito de censurar una operación hermenéutica de carácter evolutivo. Como ha sido acertadamente afirmado, cuando se realiza una evaluación de una disposición normativa en relación con la realidad social —como la realizada por el Tribunal— no se plantea «un problema de adecuación directa de la norma a los hechos. El problema es más bien la relación entre una norma históricamente puesta y las valoraciones y voliciones actuales» [82]: una relación, en otras palabras, que involucra

---

[79] *Cfr.* G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, Giuffrè, 1969, 14.

[80] *Cfr.* ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, § II, 9, 41.

[81] *Ibid.*

[82] *Cfr.* T. ASCARELLI, «Norma giuridica e realtà sociale» (1955), en *id., Problemi giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, 70. El pasaje aquí citado continúa así: «Es sólo porque estas dependen de los «hechos» actuales

sólo las proposiciones «éticas», y que por tanto no puede dar lugar a una falacia naturalista.

Por otra parte, que estas «valoraciones» cambien con el tiempo es un hecho indiscutible, del que toda nueva ley y toda reforma legislativa que modifica una legislación preexistente —como la Ley 13/2005— constituye una prueba. Existe entonces una innegable necesidad de «un derecho que se adapte en concreto a la realidad social en su historicidad», manteniéndose así «adherente a la conciencia social» [83]: «El jurista» —escribió P. CALAMANDREI—, sea él legislador o intérprete, «no es [...] un conservador de viejas fórmulas fuera de uso [...]: es un intérprete vivo y vigilante de los tiempos, que sabe cumplir con su función en la medida en que alcanza a sentir las necesidades humanas de la historia y a traducirlas en fórmulas adecuadas de ordenada convivencia» [84].

4.3. La interpretación evolutiva de la Constitución: problemas e hipótesis de solución

Habiendo así verificado que la interpretación evolutiva de una disposición normativa no puede ser simplemente rebajada a mero resultado de una falacia argumentativa, surge la pregunta de cuáles problemas podría presentar, en aquellos casos, como el aquí discutido, en los que sea aplicada a disposiciones normativas dotadas de rigidez constitucional. Para examinar esta cuestión, de manera inevitablemente resumida, considerando el poco espacio del cual aquí disponemos, es necesario acudir a una observación preliminar respecto a la naturaleza peculiar de la llamada «interpretación evolutiva».

Como bien lo aclaraba E. BETTI hace algo más de siglo y medio, con esta expresión se indica ya no «un particular método o criterio para ser utilizado en concurso con otros» en la actividad interpretativa, sino un «carácter que la interpretación jurídica lógicamente asume, en cuanto adopta en vez de una dirección estática y conservadora, una dirección dinámica y evolutiva» [85].

Se hace una interpretación evolutiva, explica P. CHIASSONI, cuando «el intérprete sustituye la interpretación histórica, considerada anacrónica, por una interpretación (que el mismo intérprete considera) más adecuada a la realidad política, económica, tecnológica y/o social del momento, o bien a los dictámenes de la "conciencia social" o de la "conciencia jurídica"» [86]. Como es evidente, la característica principal de la interpretación evolutiva es, por tanto, la inclinación del intérprete hacia predeterminadas opciones valorativas, atribuibles a «ideologías dinámicas de la interpretación de las disposiciones, que optan por el valor de la justicia en el caso concreto» [87].

---

que se puede hablar de adecuación de la norma a lo fáctico, en vez de modificación de una norma en función de nuevas evaluaciones, a su vez, eventualmente motivadas por la constatación de nuevos hechos».

[83] *Cfr.* G. FASSÒ, «Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale» (1972), en E. PATTARO, C. FARALLI y G. ZUCCHINI (coords.), *Scritti di filosofia del diritto*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1982, 1001 y 1033.

[84] *Cfr.* P. CALAMANDREI, «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente» (1955), en *id., Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, Morano editore, 1965, 599.

[85] *Cfr.* E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione* (1955), vol. II, Milano, Giuffrè, 1990, 833.

[86] *Cfr.* P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2007, 134.

[87] *Ibid.*

La elección de la interpretación evolutiva de una disposición normativa se presenta por tanto radicada siempre en una orientación de carácter ideológico, frecuentemente declarada por el mismo intérprete (como correctamente lo hizo también el Tribunal constitucional en nuestro caso): una orientación ideológica que, cuando se refiere al texto constitucional, encierra notables implicaciones teóricas que —como exactamente había hecho notar el juez Aragón en su opinión concurrente [88]— toca el concepto mismo de constitución, además del rol de la jurisprudencia constitucional.

Al respecto, puede servir como ejemplo una rápida referencia al debate italiano. Aquí la contraposición teórico-constitucionalista (y, obviamente, entre las diversas posturas ideológicas subyacentes), se manifiesta entre quienes, como G. ZAGREBELSKY, partidario de una ideología dinámica de la interpretación constitucional, condicionan la «legitimidad de la constitución [...] a la capacidad de dar respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, a la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar aquellas respuestas en la constitución» [89], y quienes, como R. GUASTINI, defensor de una ideología estática de la interpretación constitucional, parecieran afirmar que, frente a una realidad incesantemente en transformación que no puede ser comprendida en la mirada dirigida al futuro proyectado por un visionario texto constitucional, deben en todo caso prevalecer los valores «de la estabilidad de la disciplina jurídica, de la certeza del derecho, de la previsibilidad de las decisiones judiciales» [90].

La distancia entre los dos abordajes es evidente; por consiguiente es igualmente diverso el papel asignado a la jurisprudencia y particularmente a la justicia constitucional. Una posición crítica relativa a la interpretación evolutiva, como la asumida por GUASTINI, implica inevitablemente un redimensionamiento de la actividad del tribunal constitucional sobre la base de la idea que le «toqu[e] al poder de revisión y no a los intérpretes adaptar un viejo texto constitucional a la transformación de las circunstancias» [91]. De opuesto parecer es ZAGREBELSKY, según el cual «quien [...] considere que cada nueva exigencia constitucional deba manifestarse no a través de respuestas renovadas a los nuevos interrogantes, sino sólo a través de enmiendas para que así puedan garantizarse la separación de los poderes y la certeza del derecho, desconoce tanto la función de la jurisprudencia, como la importancia de la duración de la vida constitucional. Desconoce entonces la función de la constitución»; «una constitución que sobrevive con incesantes modificaciones —prosigue el presidente emérito de la Corte constitucional italiana— es degradada a ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana [...]. El instrumento normal —concluye— es la jurisprudencia; la enmienda es un instrumento excepcional» [92].

Esta contraposición, aquí simple y esquemáticamente ejemplificada, que, como resulta evidente, involucra cuestiones de fundamental importancia para la teoría (y la ideo-

---

[88] *Cfr. BOE* (núm. 286, de 28 de noviembre de 2012), cit. (*voto particular* M. Aragón Reyes), § 2, 40.

[89] *Cfr.* G. ZAGREBELSKY, «Storia e costituzione», en *id.,* P. P. PORTINARO y J. LUTHER (coords.), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, 79.

[90] *Cfr.* R. GUASTINI, «Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 760.

[91] *Id.,* 759.

[92] *Cfr.* G. ZAGREBELSKY (2006), *Discurso del prof. Gustavo Zagrebelsky con ocasión de los 50 años de Corte Constitucional*, el cual puede consultarse *on-line* en la página web *www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_959.do*, 7 de la transcripción.

logía) del derecho constitucional, no se ha manifestado al interior de un debate (ni siquiera lejanamente) parangonable al que, como es notorio, en los Estados Unidos, enfrenta desde hace más de veinte años a los teóricos de la *living Constitution* con los defensores de la doctrina originalista de la interpretación de la constitución [93]: por un lado aquellos que invocan las opiniones expresadas por el juez de la Corte Suprema W. J. Brennan, en el cargo desde 1956 a 1990, según el cual «*the genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs*» [94]; y por otra parte aquellos que, según un modelo interpretativo opuesto, eruditamente representado por el actual juez de la Corte A. Scalia, en el cargo desde 1986, tienden a «estabilizar las posibles interpretaciones del texto constitucional», radicando «este efecto de estabilización en un dato histórico», que se presenta como empíricamente verificable [95].

Común a todas las versiones de la doctrina originalista es el objetivo de estabilizar el significado de las disposiciones constitucionales con la finalidad de «evitar que la interpretación constitucional se transforme en una revisión constitucional ilegítima» [96], evitando «el riesgo de que la Constitución termine por significar simplemente lo que los jueces cada vez consideren que la misma deba significar» [97].

Por otro lado, prescindiendo de una evaluación sustancial de la doctrina originalista, que la posibilidad por ésta temida pueda realizarse (y se haya concretamente realizado) es ciertamente innegable. Hasta el punto de que, también en la doctrina constitucionalista italiana, se ha llegado a indicar el fenómeno haciendo referencia a una «progresiva modificación tácita de la Constitución escrita», efectuada a través de «una incisiva obra de interpretación desarrollada primordialmente por los jueces (máxime por el Tribunal Constitucional)» [98]; o sosteniendo, aún más claramente, que sería «más apropiado hablar de transformaciones en vez de interpretaciones de la Constitución»: transformaciones que nos devuelven una constitución «diferente de la de ayer», que «[ha] venido adecuándose a la evolución de la sociedad» a través de un «procedimiento» diferente de aquel previsto por el art. 138 de la Constitución [99].

---

[93] Para un excelente encuadre del debate, *vid.* C. VALENTINI, *Le ragioni della Costituzione: la Corte suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Torino, Giappichelli, 2011, en particular cap. V.

[94] *Cfr.* W. J. BRENNAN, *Speech given at the Text and Teaching Symposium*, cit., 4.

[95] *Cfr.* G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, 133.

[96] *Id.,* 134.

[97] *Cfr.* B. CASALINI, «Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America», en P. COSTA y D. ZOLO (coords.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, 238-239. Sobre el papel desarrollado por la Corte Suprema en el «progreso constitucional» relacionado con la Constitución americana, hace más de 50 años se pronunció P. CALAMANDREI, «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente», cit., 616: «La constitución norteamericana, compuesta originalmente por poquísimos artículos escritos, fue reforzada, desarrollada, perfeccionada día tras día por la obra fervorosa y valerosa de la jurisprudencia de la Corte Suprema: hasta el punto que puede decirse que en América la constitución se convirtió, a través de un trabajo de casi dos siglos, en un monumento creado por los jueces».

[98] *Cfr.* F. RIMOLI, «Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori», *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 3778, que no ahorra críticas a esta tendencia hacia el derecho jurisprudencial, habiéndose «verificado en el presente caso, inicialmente sobre el plano de la distinción ya común entre norma y disposición, que multiplicó los instrumentos decisorios de la Corte, y después con la tendencial y completa desvinculación de la dimensión textual de la Carta, y, por ende, con la final devaluación concreta de su carácter escrito».

[99] *Cfr.* S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, 13-15.

Ahora bien; teniendo en cuenta la seriedad de las problemáticas presentadas por la adopción de una ideología dinámica de la interpretación constitucional, aquí planteadas, ¿cómo debe juzgarse la operación hermenéutica realizada por el Tribunal constitucional respecto al art. 32 de la Constitución española?

En todo caso, es necesario recordar que, a diferencia de lo establecido por el art. 12 de las *Preleggi* italianas, el art. 3, inciso 1.º del Título preliminar del Código Civil, incluye entre los elementos que deben ser considerados en la interpretación de las disposiciones normativas, «la realidad social del tiempo en el cual [estas] deben ser aplicadas» [100].

A pesar de que en la doctrina española no es del todo pacífico que el art. 3 sea también aplicable a la interpretación del texto constitucional, siendo el código español, análogamente al italiano, más antiguo que la Constitución, la Corte, al colegir y argumentar la interpretación escogida, sin lugar a dudas hizo referencia a la realidad de la sociedad española contemporánea.

En segundo lugar, no hay duda de que el Tribunal, para verificar la presunta inconstitucionalidad de la ley controvertida, haya sometido a interpretación evolutiva, no la ley sino la disposición constitucional, siguiendo una ruta diferente y opuesta respecto a la que se sigue en la interpretación conforme de la ley (a la constitución). En este último caso, se adapta de hecho el objeto al parámetro (la ley a la constitución), atribuyendo a la disposición objeto de la cuestión de legitimidad un significado constitucionalmente acorde a la/las norma/as parámetro. En el caso de la interpretación evolutiva, por el contrario, se adapta el parámetro al objeto, atribuyendo a la disposición constitucional un significado en relación al cual la norma objeto resulte constitucionalmente acorde.

En este sentido, la operación hermenéutica llevada a cabo por el Tribunal puede ser adecuadamente representada haciendo uso de una distinción conceptual dirigida a determinar mejor el funcionamiento de la interpretación evolutiva. Esta se realiza en caso de «superveniencias tangibles» (*sopravvenienze effettuali*) y/o «superveniencias normativas», según si la adecuación del significado de la disposición interpretada refleja las mutaciones de la realidad regulada, las cuales «son [de este modo] atraídas en la órbita de normas no pensadas para ellas», o bien, si la adaptación refleja las mutaciones intervenidas luego de la integración de nuevas disposiciones en el sistema normativo, de manera que, desde la entrada en vigor de nuevas disposiciones en el ordenamiento, se derivan como consecuencia mutaciones de significado de las disposiciones que le pertenecen [101].

---

[100] Acerca del significado de la referencia a la «realidad social», se remite a las precisiones que se extraen de las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 y de 18 diciembre del mismo año, sintetizadas en *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia,* Bologna, Colex, Madrid, 2009, 33-34: «Es la realidad social un elemento de la interpretación de la ley que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndola en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad. Como tal elemento de interpretación no puede tergiversar la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria»; «el elemento sociológico en la interpretación de las normas, realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no supone la justificación del arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto».

[101] La distinción es mencionada por A. D'Atena, «Divagazioni in tema d'interpretazione della Costituzione», en F. Giuffrè e I. Nicotra (coords.), *Lavori preparatori ed* original intent *nella giurisprudenza della*

Ahora bien, el caso aquí discutido pareciera corresponder a ambas condiciones de esta compleja mecánica interpretativa: si por una parte la Corte ha valorado el peso de la aceptación social del matrimonio entre personas del mismo sexo con base en la imagen que del mismo se tiene en la conciencia social de la España contemporánea, integrando así en el concepto de «matrimonio» las uniones homosexuales, por otro lado, la adecuación del derecho al cambio social había sido efectuado, aún antes de la intervención de la Corte, por la misma ley controvertida, a cuyo contenido normativo el Tribunal quiso adaptar el significado del art. 32 de la Constitución con el fin de rechazar la cuestión de legitimidad constitucional interpuesta por los solicitantes.

En todo caso, las críticas aducidas por los votos particulares se concentraron en la primera dimensión de la interpretación evolutiva realizada por el Tribunal, estigmatizando la importancia que la Corte quiso indebidamente atribuir a la mutación social. En efecto, es este el vicio de fondo en el cual pareciera caer la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales, justificada apelando a la noción (a decir verdad no bien determinada) de «conciencia social».

Se ha observado que el uso de este criterio, por así decirlo mayoritario, implicaría el debilitamiento de las garantías institucionales y de los derechos fundamentales establecidos por la constitución, en fuerza del hecho que los mismos «serían interpretados exactamente a la luz de aquello contra lo cual [...] pretenden erigirse como garantía»: resultaría «así erosionado, por vía interpretativa, el significado de la rigidez constitucional» por su naturaleza contra-mayoritaria [102]. Pero, a pesar de encontrarse indudablemente fundado, este argumento no resulta decisivo, por lo menos si se aplica a los acontecimientos jurisprudenciales que aquí se ha tratado de reconstruir, y que por tanto constituyen un válido contra-ejemplo.

La interpretación a la que llegó el Tribunal recurriendo a la conciencia social, es decir apelando a la imagen que la mayoría absoluta de la sociedad española contemporánea tiene del matrimonio, arrojó el resultado exactamente opuesto, ya que permite, decretando la no inconstitucionalidad de la ley controvertida, tutelar una minoría discriminada en razón de su orientación sexual, reconociéndole derechos hasta ahora negados.

Por otro lado, es este el motivo de fondo que anima la normativa impugnada, tal como fue expresamente afirmado en la exposición de motivos de la Ley [103], con la cual, observó la Abogacía del Estado, se realiza la «normalización social de la homosexua-

---

Corte costituzionale, Torino, Giappichelli, 2008, 391-392, el cual por otra parte excluye que pueda considerarse aceptable «que la Constitución sea sometida a la interpretación evolutiva por *superveniencias normativas* (a menos que, obviamente, éstas no se deban a fuentes de grado constitucional)», no pudiendo afirmarse que «la evolución de la legislación ordinaria [...], modificando el sistema en el cual la Constitución está inmersa, induzca correspondientes modificaciones a cargo de los significados de los cuales ella es portadora».

[102] *Cfr.* G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 138.

[103] «La Historia evidencia una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual, discriminación que el legislador ha decidido remover. El establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo, desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta trata de dar respuesta». En *BOE* (núm. 157, 2 de julio de 2005), § II.

lidad» en España, en línea con una tendencia en todos los países más avanzados en el tema del reconocimiento de los derechos civiles [104].

Y es precisamente por esto —antes de que el Tribunal, después de siete años desde la presentación del recurso, tomara su decisión— que en este caso fue invocada la interpretación evolutiva de la constitución, para que, mediante una flexibilización por vía interpretativa, la misma pudiese reflejar «la mutación experimentada por la sociedad europea» [105]: una mutación perfectamente compatible con la inspiración liberal e igualitaria que distingue el constitucionalismo democrático actual, cuyos defensores «no pueden sino pretender alcanzar la máxima garantía de los derechos y la máxima extensión en su reconocimiento» [106].

Por otro lado, se presentan compartibles las perplejidades expresadas por el juez Aragón con respecto a las declaraciones con carácter de «manifiesto» expresadas por el Tribunal en relación con la interpretación evolutiva de la Constitución, que la Corte hubiera debido precisar y sobre todo circunstanciar: para evitar, no sólo la adopción en un futuro de una ideología dinámica de la interpretación constitucional por parte del Tribunal, sino principalmente que bajo el manto de la interpretación evolutiva encuentre legitimación *cualquier* operación hermenéutica a ella atribuible, cualesquiera que sean sus presupuestos y sus finalidades. Por el contrario, para que el recurso a la interpretación evolutiva de las disposiciones constitucionales pueda juzgarse congruentemente con su rigidez normativa, su aplicación debe dirigirse únicamente a extender la clase de los sujetos tutelados en los derechos, además de los derechos que son el objeto de esta tutela, compatiblemente con las otras normas del sistema constitucional.

Si es verdad que cada doctrina (o ideología) de la interpretación constitucional debe ser evaluada en virtud de las consecuencias que su aplicación produce en el ordenamiento constitucional [107], debe serle entonces excluido al intérprete, que invoca una ideología dinámica dirigida a adecuar el dictado constitucional a las mutaciones sociales y/o normativas producidas, secundar tendencias recesivas tendentes a redimensionar, comprimir o cancelar la garantía de los derechos constitucionalmente establecidos [108]. Por otro lado, si la constitución es un *living tree*, «*the tree is rooted*» [109]

---

[104] ATC/14602, de 6 de noviembre de 2012, 21.

[105] *Cfr.* M. Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*, cit., 137.

[106] *Id.,* 193-194.

[107] *Cfr.* C. S. Sunstein, *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton University Press, 2009, 19.

[108] Es lo que fue en cambio propuesto por A. Dershowitz, *Rights from wrongs. Una teoria dell'origine dei diritti* (2004), Torino, Codice edizioni, Torino, 2005, 226, según el cual es posible imaginar una tercera vía con respecto a las dos principales doctrinas de la interpretación constitucional, la doctrina de la *living Constitution* y el originalismo: un tercer acercamiento al problema que supone «una Constitución viviente que sea capaz de adaptarse al cambio de las circunstancias y que no se mueva necesariamente en una sola dirección. No debe necesariamente «extenderse» o «evolucionar» siempre, porque la capacidad de adaptarse al cambio de las circunstancias puede también exigir, en determinadas situaciones, cualquier restricción, retroceso o involución». Con relación a la Constitución italiana, una interpretación evolutiva de carácter recesivo, es la que, en años recientes, involucró el art. 11 de la Constitución sobre la cual, *vid.* C. de Fiores, «Costituzione e guerre di globalizzazione. Interpretazione evolutiva o violazione dell'art. 11 della Costituzione?», *Questione giustizia*, 1, 2003, en particular 84, y G. de Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi*

(Véase nota 109 en página siguiente)

y sus raíces se hunden en la dignidad inviolable de la persona, en su libertad y en sus derechos fundamentales.

conflitti e sfide alla democrazia, Bologna, Il Mulino, 2004, esp. 43-46 e 142, el primer crítico, el segundo defensor.

[109] *Cfr.* A. BARAK (juez de la Corte Suprema de Israel) «Constitutional interpretation», en F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (coord.) *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 114.

¿PUEDE LA PROPIEDAD *JUSTIFICAR* LA PRIMACÍA ACCIONARIAL?*

Axel Gosseries

FNRS/Université de Louvain (UCL)

RESUMEN. Sin rechazar totalmente la posibilidad de que la empresa/sociedad pueda tener un propietario, y que este propietario pueda eventualmente ser el accionista, defendemos un argumento doble. Demostramos, de un lado, que la idea de propiedad de la empresa no puede servir para justificar la primacía accionarial. De otro lado, una idea de propiedad cuyo objeto fuese más elemental —la propiedad de las acciones—, tampoco está en capacidad de tener un papel significativo en la justificación de la primacía accionarial.

Palabras clave: primacía accionarial, propiedad, voto censitario.

Can Ownership Justify Shareholding Primacy?

ABSTRACT. This paper focuses on the connection between the idea of ownership and the one of shareholder primacy. While rejecting neither the meaningfulness of assigning an owner to a firm, nor the possibility that it may – as a matter of fact – be the shareholder, I defend a twofold argument. First, I show that the idea of ownership cannot be used to justify, to ground shareholder primacy as it is at best a description of what shareholder primacy entails. Second, if we consider ownership with a narrower scope, i.e. ownership of shares as opposed to the ownership of the firm, I show that this isn't able to justify shareholder primacy either.

Keywords: shareholder primacy, ownership, restricted suffrage.

---

* Fecha de recepción: 23 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

Este trabajo tiene su origen en A. Gosseries, «La propriété peut-elle justifier la primauté actionnariale?», en B. Rogé (ed.), *L'entreprise, formes de la propriété et responsabilités sociales,* Paris, Lethielleux, 2012, 439-467.

La traducción de este trabajo se ha beneficiado del soporte financiero del *Institut Supérieur de Philosophie (ISP, UCL)*. Quiero agradecer al *Collège des Bernardins* que nos ofreció un marco de reflexión sobresaliente sobre el asunto de la propiedad y la empresa. Agradezco también al *FNRS* y a la *BNB* por su respaldo financiero. Algunas de las ideas expuestas en el presente texto fueron presentadas en diferentes ocasiones, especialmente en Berlin (mayo de 2006), Dublin (mayo de 2006), Manchester (septiembre de 2006), Paris (diciembre de 2007, junio de 2008, marzo de 2010), Bergen (mayo de 2009), Río de Janeiro (marzo de 2010), Rennes (mayo de 2010), Lisboa (abril de 2011), Waltham (Mass., mayo de 2011) y Leuven (septiembre de 2011). Este texto no sería más que su propia sombra sin las múltiples interacciones de las cuales pude beneficiarme durante aquellas presentaciones. Toda mi gratitud, particularmente, para V. Aubert, H. Culot, Y. De Cordt, O. Favereau, Th. Ferretti, A. Hatchuel, N-H. Hsieh, W. Hussain, J. Moriarty, H. Pourtois, L. Putterman, B. Segrestin, J-Ph. Robé, B. Roger y para I. Ferreras con quien coordiné el *Workplace Democracy Workshop* en Louvain (UCL).

—¿Y qué haces con esas estrellas?
—¿Que qué hago con ellas?
—Sí.
—Nada. Las poseo.
—¿Posees las estrellas?
—Sí.
—Pero una vez vi a un rey que...
—Los reyes no poseen. Ellos «reinan» sobre las cosas. Y esto es muy diferente [1].

INTRODUCCIÓN

1. Comprender la naturaleza de las injusticias de nuestro mundo y cincelar los remedios que es importante aplicar exige un análisis profundo de la realidad económica y de sus discursos de legitimación. Luego es necesaria la valentía para actuar y cambiar lo que debe serlo. En el corazón de esta realidad económica, la empresa ocupa un lugar central. Y en el seno de esta empresa se anuda una tensión entre diversos actores, en particular los trabajadores, los accionistas y los ejecutivos. Para una filosofía política inclinada tanto sobre la extensión de la idea de procedimiento democrático como sobre las injusticias distributivas, analizar la relación capital-trabajo tal como tiene lugar en la empresa constituye una necesidad. Pues al lado de otros factores —tales como el gravamen diferenciado capital/trabajo— podemos apostar que el modo de organización interna de la empresa afecta significativamente lo que aspira a obtener de la empresa cada tipo de actor. Pensemos por ejemplo en las distancias muchas veces escandalosas entre la remuneración del empleado o empleada de base y su patrón o patrona. Comparar y comprender las diferentes formas de organización, ya sea de la sociedad cooperativa (SCOP), de la sociedad anónima (SA) o de una empresa que opera bajo el modelo de la co-determinación (Alemania, Austria), es esencial para todos aquellos que desean proponer un modelo normativo de organización interna de la empresa.

En este debate, la cuestión de la primacía accionarial es central. Esta primacía se expresa tanto como el otorgamiento de un poder privilegiado al accionista en los procedimientos de decisión como en la definición de la finalidad de la empresa en términos de dar toda la prioridad a los intereses de sus accionistas. Esta primacía está justificada de diferentes maneras, incluso con base en argumentos de eficiencia que es posible después derivar en preocupaciones distributivas. La afirmación de dicha primacía es sin embargo extremadamente problemática, al menos por lo que tiene que ver con toda una serie de justificaciones que se le dan. Y quisiéramos inclinarnos aquí sobre un tipo de concepto utilizado para justificar la mencionada primacía; el concepto de propiedad. Nuestra pregunta será si es legítimo recurrir a la idea de propiedad para justificar la primacía accionarial.

Antes de proseguir, es importante adicionar una precisión de orden fáctico. Postularemos aquí que la primacía accionarial, en muchas sociedades, se cotiza en la bolsa.

[1] De Saint-Exupéry (1943: cap. XIII).

Esta es una afirmación discutible. Una parte de la literatura relativa al gobierno corporativo está precisamente preocupada por restablecer las prerrogativas del accionista con respecto a los ejecutivos. HAYEK (1960), por ejemplo, formula propuestas en este sentido. Así mismo, BEBCHUCK (2007) subraya el carácter poco realista de afirmación de la primacía accionarial —entendida aquí principalmente como derecho al voto efectivo— en el derecho societario norteamericano, donde se presenta una situación que requiere, según él, múltiples reformas. Por otra parte, podríamos preguntarnos cómo articular la idea de la primacía accionarial y la de la soberanía del cliente, ubicándonos potencialmente frente a una empresa bicéfala. Dejaremos esta pregunta de lado (DONADA y NOGATCHEWSKY, 2008).

1. ¿PROPIEDAD O SOBERANÍA?

2. La idea de propiedad puede parecer extraña cuando su objeto es una institución tal como la empresa/sociedad. En este sentido debemos comprender, probablemente, las reflexiones de un autor como WALZER (1983: 298-299). Estableciendo un paralelo —para los fines del argumento— entre accionistas y titulares de bonos municipales, señala que estos últimos no son los propietarios de la municipalidad en cuestión, en el sentido en que alguien podría ser considerado como propietario de un inmueble, por ejemplo. Y es cierto que la idea de que una sociedad/empresa pueda tener un propietario, quienquiera que sea, puede suscitar esa misma inquietud; es como si dijéramos que un Estado puede tener un propietario, quienquiera que sea (elector, contribuyente, propietario inmobiliario, etc.).

La dificultad radica por tanto en determinar precisamente por qué se trataría de objetos a los cuales el concepto de propiedad no podría aplicarse. En efecto, si ponemos en perspectiva una visión estrecha de la propiedad como derecho ilimitado sobre una cosa (en el sentido de un derecho llamado «real» que contiene el *usus, fructus* y *abusus*), tanto la distinción entre derecho real (*in re*) y derecho de acreencia (*ad rem*), como aquella que separa la propiedad (*dominium*) de la soberanía (*imperium*) resultan más difíciles de defender de lo que pensaríamos en primer momento. Si mi calidad de propietario de una cosa me permite impedir que alguien más la use, es claro que «el *dominium* sobre las cosas es también el *imperium* sobre nuestros semejantes» (COHEN, 1927: 13). Incluso si no debemos negar sus diferencias, la zona de penumbra entre la propiedad y la soberanía quizá no es tan grande como podríamos creer. Lo que cuenta, *in fine,* es la descomposición de cada uno de estos términos en un conjunto de prerrogativas específicas, por ejemplo con base en una gramática hohfeldiana (HOHFELD, 1919). Consideremos la siguiente proposición:

> Desde este punto de vista, puede notarse enseguida que cuando una corte ordena que una compañía gasolinera tiene derecho a un retorno del 6 por 100 de su inversión, no está simplemente protegiendo la propiedad que ésta ya posee, sino también determinando que una porción del producto social futuro debe, dentro de ciertas circunstancias, ir a la compañía. Así, no sólo los terratenientes medievales sino los propietarios de todas las propiedades que producen ingresos tienen el derecho de legal de cobrar impuestos sobre el producto social futuro. Cuando a este poder impositivo se adiciona el poder de comandar los servicios de muchos quienes no son económicamente independientes, encontramos la esencia de lo que históricamente ha constituido la soberanía política (COHEN, 1927: 13).

Si mostramos que la noción de propiedad incluye al menos parcialmente la noción de soberanía, entonces es menos problemático utilizar, a la inversa, el concepto de propiedad para designar un conjunto de prerrogativas generalmente referidas por la idea de soberanía. En la reflexión, las ideas de propiedad de sí (NOZICK, 1974), o de propiedad de un Estado, no carecen de sentido. En su réplica al Principito, tomada como epígrafe de este texto, el hombre de negocios pone el acento sobre una distinción que quizá no es tan fundamental como podríamos pensarlo. Dicho esto, incluso si sobreestimamos la robustez conceptual de la distinción entre propiedad y soberanía, somos conscientes de que no debemos subestimar la importancia retórica de las definiciones. Como escribió GREENWOOD:

> La metáfora de la propiedad ubica retóricamente a las corporaciones como fundaciones de la libertad humana en vez de como poderosas amenazas potenciales en su contra. Sólo escapando al poder de la metáfora podemos comenzar a pensar más inteligentemente sobre las vías a través de las cuales las burocracias corporativas deben ser dirigidas, restringidas, liberadas, y controladas para que sirvan a los intereses humanos. Las corporaciones son creaciones políticas que crean determinaciones políticas sobre los emprendimientos colectivos; la metáfora de la propiedad ayuda a disimular el déficit democrático obvio en su procedimiento de toma de decisiones (2005: 9).

No haremos aquí un análisis en profundidad de la naturaleza de la propiedad. No trataremos de proponer una descomposición del concepto a partir del derecho romano (*usus, fructus, abusus*) ni de las categorías hohfeldianas. Incluso si no encontramos el concepto de propiedad particularmente iluminador en este contexto, no está claro que involucrarse en una tarea conceptual sobre la naturaleza de la propiedad sea la única ni la mejor estrategia para discutir el pretendido vínculo entre propiedad y primacía accionarial. Si bien la dimensión de las definiciones no estará ausente dentro de lo que sigue (sec. 3), nos inclinaremos más sobre dos argumentos más específicos, cada uno de los cuales pretende establecer un vínculo justificatorio entre la propiedad y el derecho al voto. Mostraremos que el primero recurre a la noción de propiedad ya sea de forma circular o de forma superflua (sec. 2). Y que el segundo no concede realmente a la propiedad como tal el papel central que ésta pretende tener (sec. 4).

2. ¿LA PROPIEDAD DE LA EMPRESA/SOCIEDAD COMO JUSTIFICACIÓN?

3. Como fue precisado arriba, la idea de la primacía del accionista concierne tanto la dimensión del voto (¿quién dispone de este derecho en la asamblea general?) como la de la finalidad (¿qué finalidad se supone que persigue la empresa/sociedad?). La segunda dimensión tiene implicaciones sobre la destinación de los dividendos. Consideremos dos citas que movilizan el concepto de propiedad con respecto a estas dos dimensiones de la primacía accionarial:

> Para los defensores de los derechos de los accionistas y otros académicos quienes parten de una visión de las corporaciones como conjuntos de activos que pertenecen a los accionistas, la fijación del valor de las acciones y el control de los accionistas es una consecuencia natural y obvia de la visión de los accionistas como los «propietarios» de las corporaciones (BLAIR, 1998: 196, cursivas nuestras).

> Las objeciones encaminadas a negar cualquier justificación moral a la perspectiva basada en las partes interesadas, usualmente se centran en que las compañías son de propiedad privada de los accionistas. En ese sentido, se argumenta que todo intento por reducir su ganancia en pos de grupos distintos a los accionistas es una violación a los derechos de propiedad (KALER, 2006: 253, cursivas nuestras).

Los autores clásicos sobre la cuestión de la responsabilidad social de la empresa no tienen un criterio unívoco. HAYEK (1960), en particular, afirma lo siguiente:

> [...] si queremos limitar efectivamente el poder de las corporaciones al nivel en el que son benéficas, es necesario confinarlas aún más de lo que hasta ahora se ha hecho a una finalidad específica; aquella del uso rentable del capital confiado a los ejecutivos por parte de los accionistas (1960: 300).
>
> En estricto sentido, las corporaciones no tienen un ingreso distinto del de una fiducia en su capacidad fiduciaria. El que a sus administradores les hayan sido confiadas grandes sumas de dinero para un propósito en particular no significa que la corporación tenga el derecho de usar estos recursos para fines diferentes (1960: 305).

HAYEK hace referencia a la idea de primacía accionarial en el sentido de la finalidad dirigida hacia las exigencias de los accionistas. Pero el recurso a la idea de accionista como beneficiario de una fiducia no parece implicar que el accionista sea propietario de la sociedad, pues en el caso de la fiducia, generalmente, el beneficiario (*beneficial owner*) es distinto de su *legal owner*.

FRIEDMAN (1970), un decenio después, por su parte, tampoco tiene una postura unívoca. Si bien el recurso a la noción de propiedad está presente en este caso de manera explícita y si tiene un rol central en la limitación de las prerrogativas de los ejecutivos, el accionista no figura como propietario exclusivo de la empresa. Más específicamente, incluso si algunos apartes de su texto sugieren que FRIEDMAN (1970) privilegia la idea del accionista como propietario exclusivo de la empresa/sociedad, extiende explícitamente, no obstante, el estatus de *«owner of the business»* a los clientes y los empleados, además de los accionistas:

> En un sistema de libre empresa y propiedad privada, el ejecutivo de una corporación es un empleado de los dueños del negocio (*owners of the businnes*). [...] En la medida en que sus acciones correspondientes a la «responsabilidad social» reducen los dividendos para los accionistas, este ejecutivo está gastando el dinero de los accionistas. En la medida en que sus acciones elevan el precio pagado por los clientes, él está gastando el dinero de los clientes. En la medida en que sus acciones reducen los ingresos de algunos empleados, él está gastando su dinero. [...] El ejecutivo lleva a cabo una «responsabilidad social» específica, distinta de la de servir como agente de los accionistas o los clientes o los empleados, sólo si gasta el dinero de una manera distinta de aquella en la que ellos la habrían gastado (FRIEDMAN, 1970).

Aunque no siempre fácil de recordar, lo que figura en los argumentos de BLAIR y KALER puede ser considerado como frecuente. Podemos estilizar su argumento de la siguiente forma:

Argumento justificativo de la propiedad (de la empresa).
— Si la primacía deriva de la propiedad de la empresa (PRIM resulta de $PROP^E$).
— Si el accionista es el único propietario de la empresa ($PROP^E_A$).
— Entonces el accionista debe ser beneficiario de primacía en la empresa ($PRIM_A$).

4. Este argumento justifica la primacía accionarial haciendo referencia a la idea de un derecho de propiedad sobre la empresa del cual el accionista sería el

titular. ¿Qué tiene de problemático este argumento? El desafío que se le impone a un defensor de la primacía accionarial ($PRIM_A$) que pretende dar un lugar central al concepto de propiedad de la empresa ($PROP^E$), consiste en explicar de qué manera la idea de propiedad puede justificar la primacía accionarial. Sólo hay dos posibilidades.

Primera opción: se apoya la segunda premisa del argumento sobre la primacía accionarial, derivando $PROP_A$ de $PRIM_A$. Pero en este caso, PROP es sólo una reformulación del PRIM, y el argumento se vuelve circular. La validez de la segunda premisa depende de PRIM, que es lo que se supone que se establece en la conclusión. Justifico PRIM con base en PROP, que a su vez he deducido de PRIM. Esta circularidad es, según nuestro criterio, la dificultad principal del argumento justificativo derivado de la propiedad.

Segunda opción: se deduce la validez de la segunda premisa de algo distinto de PRIM. Desde luego, no se excluye el que $PRIM_A$ pueda ser justificado por otras vías. Por ejemplo, la naturaleza no muy bien definida de las prestaciones que se le deben (*residual claimant*), la mayor reactividad del tipo de activo que detenta —haciendo de esto el piloto privilegiado de una empresa que tiene por vocación adaptarse a las evoluciones de los mercados—, la hipótesis según la cual los trabajadores, poco interesados por su derecho al voto, lo habrían cedido a los accionistas en intercambio por una mayor estabilidad salarial,... pueden ser hipótesis de justificación. Llamémoslas J^{PRIM}. Pero suponiendo que se dispone de argumentos independientes para justificar $PRIM_A$, no es claro cuál es el rol específico de PROP. La referencia a la propiedad se vuelve totalmente superflua y el argumento adopta la siguiente forma:

Argumento justificativo directo (sin propiedad).
— De PRIM deriva J^{PRIM}.
— $J^{PRIM}{}_A$.
— $PRIM_A$.

En el argumento justificativo derivado de la propiedad, la referencia a la idea de propiedad no sería entonces circular, sino simplemente superflua. No habría lugar para hablar del argumento de la propiedad, ya que la noción no aportaría nada más que lo aportado ya por la justificación independiente J^{PRIM}. Así, el argumento de la propiedad sería, ora circular, ora vacío.

3. ¿DEBE DÁRSELE PRIORIDAD AL ARGUMENTO (DESCRIPTIVO) JURÍDICO?

5. En los desarrollos precedentes, si bien no se excluye la posibilidad de caracterizar la relación del accionista con la empresa como una relación de propietario, se rechaza la posibilidad de recurrir a la idea de propiedad como justificación de la primacía accionarial. Esta crítica es distinta de otra que consiste en considerar las prerrogativas del accionista como insuficientes para justificar el calificativo de propiedad. Esta última estrategia ha sido seguida por autores como Robé (1999, 2011), Stout (2002) o Greenwood (2005). En este caso, el argumento se dirige contra la segunda premisa del argumento justificativo, pero a partir de otro ángulo.

Es importante señalar inicialmente que varios autores asimilan el derecho al voto con la propiedad, sin aceptar la primera premisa del argumento justificativo de la propiedad. Más que sostener que $PRIM_A$ deriva de $PROP_A$, afirman simplemente que $PRIM_A = PROP_A$. Veamos tres ilustraciones:

> Los propietarios de las firmas son agentes que tienen derechos (1) de elegir oficiales para ejercer las prerrogativas antes descritas en representación de la firma, y (2) de conferir esos derechos a otros a través de un acto de venta. Con la propiedad viene también la expectativa de recibir las ganancias que no son reinvertidas. [...] Aquello de lo cual el propietario tiene la propiedad («la firma») se reduce a dos derechos o privilegios: el derecho (contractual) de elegir el programa de producción, y el derecho (contractual) de apropiarse de la ganancia residual (PUTTERMAN, 1988: 245-247).
>
> Los «propietarios» de una firma, en el sentido en que el término es utilizado convencionalmente y de la manera en que será utilizado aquí, son aquellas personas que comparten dos derechos formales: el derecho de controlar la firma y el derecho de apropiarse de las utilidades o de los ingresos residuales de la firma (los ingresos residuales son los que quedan después de que la firma ha efectuado todos los pagos a los cuales está obligada contractualmente, tales como salarios, pagos de intereses, y suministros) (HANSMANN, 1996: 11).
>
> La propiedad de una firma ha sido definida convencionalmente como los derechos de los accionistas al control último sobre los activos de la firma y a participar de los ingresos residuales de la firma (HANSMANN, 1996: 11). Estos derechos son conferidos a cambio de proporcionar fondos propios. Sin embargo, los accionistas dan más que capital. Al posar como receptores de utilidades residuales, los accionistas asumen el riesgo, y de la mano con el control viene el rol de tomador de decisiones. Ambos roles son servicios necesarios para que la firma pueda producir. Es decir, además de la inversión financiera, una firma requiere los servicios de personas que quieran asumir los riesgos de la empresa y tomar decisiones. Aunque estos roles son diferenciables en cuanto pueden ser acometidos por diferentes grupos, los inversionistas generalmente asumen ambos roles, en parte porque tener la prerrogativa de tomar las decisiones asegura a los accionistas en su expectativa de recibir los beneficios residuales de la firma (BOATRIGHT, 2004: 10).

Sin aprobar el argumento justificativo derivado de la propiedad, PUTTERMAN, HANSMANN y BOATRIGHT dan una definición de la propiedad que coincide con los derechos específicos de los accionistas [2]. No justifican el derecho al voto por la propiedad. Definen la propiedad por el derecho al voto y otras prerrogativas.

Esto es igualmente interesante en relación con el debate propiedad/control sobre la repartición de las prerrogativas entre accionistas y ejecutivos. En efecto, si tomamos las tres definiciones precedentes, podríamos decir que «la propiedad es (al menos en parte) el control», lo que hace problemática la separación total entre propiedad (accionarial) y control (ejecutivo) [3]. En otros términos, aceptar las definiciones de PUTTERMAN, HANSMANN y BOATRIGHT, implica necesariamente rechazar la idea de una separación completa entre propiedad y control. Resulta claro que una defensa en profundidad de la tesis descriptiva de la propiedad de la empresa pasa por la demostración del hecho que, aunque sea marginalmente, los accionistas conservan derechos de

[2] A veces, la expresión es más ambigua y oscila entre el registro justificativo y el registro definicional, lo que justifica sin duda la insistencia de quienes dirigen su crítica hacia el plano definicional: «Así, los accionistas en tanto propietarios de la compañía eligen a los directores para llevar adelante el negocio en su representación y para mantener la vigilancia sobre sus progresos» (CADBURY, 1992: 6.1, cursivas nuestras).

[3] Para desarrollos sobre la noción de control: CHAMPAUD (1962: 150 y ss.).

control[4]. Rechazar totalmente la idea de un control accionarial, equivale a rechazar la posibilidad misma de reconocer al accionista como propietario de la empresa/sociedad ($PROP^{EN}_{A}$). Esto conduciría también a rechazar parcialmente la idea de una primacía accionarial ($PRIM_{A}$), incluso si no podemos excluir el que la empresa reconozca un rol central en el accionista a la hora de definir sus finalidades —sin que esto implique otorgarle derechos de voto significativos—.

6. Autores como ROBÉ (1999, 2011), STOUT (2002) o GREENWOOD (2005: IIIA) van en una dirección contraria a la de las posiciones definicionales de PUTTERMAN, HANSMAN o BOATRIGHT. Rechazan también *a fortiori* el argumento justificativo derivado de la propiedad. No lo hacen porque la referencia a la propiedad resulte circular o superflua, sino en razón de la imprecisión jurídica de la segunda premisa. Defienden la idea según la cual las prerrogativas de accionistas son insuficientes para poder calificarlo como propietario en sentido pleno. Veamos dos pasajes:

> Un abogado comprendería que los accionistas no son en realidad los propietarios de la corporación. Más bien, son dueños de un tipo de título corporativo comúnmente llamado «acción». En cuanto a propietarios de acciones, los derechos de los accionistas son bastante limitados. Por ejemplo, los accionistas no tienen el derecho de ejercer control sobre los activos de la corporación. Quienes tienen ese derecho son los ejecutivos en jefe. De manera similar, los accionistas no tienen ningún derecho de lucrarse con las ganancias de la firma; sólo pueden recibir dividendos, y esto ocurre sólo cuando los directores deciden que hay algún dividendo. Desde el punto de vista legal, los accionistas no detentan el control sobre la empresa ni tienen acceso directo a sus activos. Cualquier influencia que tengan sobre la firma es indirecta, a través de la influencia que puedan ejercer sobre los ejecutivos (STOUT, 2002: 1191).
>
> Los accionistas no son los dueños de las firmas ni de las corporaciones: son propietarios de las acciones emitidas por las corporaciones. Los accionistas disfrutan de los privilegios de ser propietarios de lo que en realidad son propietarios: las acciones. No tienen ni pueden tener estos privilegios con respecto a la corporación que emitió las acciones. No son propietarios de las corporaciones ni de las firmas; nadie lo es [...]. [Los derechos de los accionistas] son bastante significativos pero no se asemejan a derechos de propiedad sobre la corporación. [...]. Los accionistas no pueden entrar y manejar el negocio, como un propietario podría hacerlo. Si un accionista quiere manejar el negocio, debe pasar a través de los procedimientos requeridos para ser nombrado ejecutivo o ejecutiva; pero incluso en ese caso [...] no podría actuar como propietario o propietaria. Tendría que acatar las limitaciones y las obligaciones impuestas por la corporación, con sanciones respectivas en caso de violentarlas. Para obtener la total autonomía del propietario, tendría que comprar todas las acciones y deshacerse de la corporación al mismo tiempo (disolverla) (ROBÉ, 2011: 3, 27 y 60).

La posición común de estos dos autores es que, en razón de las exigencias del derecho societario, las prerrogativas de las cuales dispone el accionista son insuficientes para poder calificarlo como propietario en sentido pleno —con el postulado implícito de que esto es válido *a fortiori* para todas las demás partes involucradas—. En esto coinciden con la preocupación expresada más arriba relativa a la separación entre la propiedad y el control, incluso si el argumento de ROBÉ y STOUT no es incompatible con la idea según la cual el accionista dispondría de un control más significativo que el reconocido por quienes alegan una separación fuerte.

---

[4] *Vid.* el excelente artículo de SCHRADER (1996), quien apoya su rechazo a la idea de propiedad accionarial de la empresa sobre la tesis de la separación entre propiedad y control.

7. Este debate jurídico reviste cierta complejidad [5]. No pretendemos aportar una respuesta completamente definitiva a la pregunta relativa a la calificación jurídica de las prerrogativas del accionista. Se sabe que doctrinarios serios —como COIPEL (1996)— han tratado de defender la idea de un desmembramiento original del derecho de propiedad a este respecto, comparable como la co-propiedad. Pero es claro que cuando un L. GALLOIS reacciona ante la tesis según la cual el accionista no sería el propietario de la empresa, con un «ésta, es una visión eminentemente contestable. Es ir fuertemente en contra del sentido común» [6], su experiencia en el mundo empresarial no podría ser suficiente para ganar nuestra adhesión. Un autor como ROBÉ, quien dedicó numerosos escritos a esta cuestión, se apoya sobre un haz de argumentos que deben ser analizados. Seguirlo sobre su calificación de las prerrogativas del accionista exige a la vez distinguir con claridad los argumentos que él y otros autores ponen en juego y responder a cada uno separadamente. No podremos hacer ese trabajo detallado aquí. Arriesgaremos, sin embargo, algunos elementos de reflexión sobre cuatro argumentos —parcialmente estilizados— de este debate jurídico, distintos de la idea mencionada antes de las prerrogativas insuficientes del accionista:

A) «La sociedad es una persona y no puede ser objeto de derecho de propiedad».

En derecho, una persona, ya sea física o moral, no podría ser objeto de un derecho de propiedad. Comprar o vender una persona física no es conceptualmente o prácticamente impensable, ya que ésta fue una práctica recurrente en el pasado. Pero es evidentemente moral y jurídicamente condenable en virtud de argumentos normativos sustanciales sobre los cuales no hay un desacuerdo significativo hoy por hoy. Sin embargo, si bien podemos aceptar la asimilación jurídica de las personas físicas y morales, en el plano ético, las razones que nos llevan a rechazar la apropiabilidad de las personas físicas no valen necesariamente y automáticamente para el caso de las personas morales. El que rechacemos firmemente la esclavitud no nos obliga necesariamente a abandonar la idea según la cual, de *lege ferenda*, la sociedad anónima puede tener un propietario —lo que, dicho sea de paso, no implica necesariamente un prejuicio en cuanto a que este propietario sea necesariamente y únicamente el accionista— [7]. Rechazar la asimilación automática de las personas morales a las personas físicas, nos permite también evitar el rechazo de la posibilidad de recurrir a un concepto de propiedad como descripción de la relación que se establece hoy entre el accionista y la sociedad, incluso si está claro que ésta no podrá ser una relación que se acople a la idea de propiedad plena en el sentido estrictamente jurídico del término.

B) «La empresa no existe como tal en derecho y no es posible, por tanto, que quienquiera que sea pueda ser su "propietario"» (ROBÉ, 1999: 85, comillas nuestras).

Podemos querer insistir en la distinción jurídica entre sociedad y empresa. Esta distinción puede tener todo el sentido, incluso si es difícil de precisar. Pero la dificultad está en saber lo que es permitido concluir de la existencia de esta distinción. Afirmar que la empresa no es sujeto de derecho no sería suficiente porque si rechazamos la posibilidad de que la sociedad pueda ser apropiada por ser un sujeto de

[5] Agradezco especialmente a J.-Ph. ROBÉ y H. CULOT por los nutridos intercambios sobre esta cuestión.
[6] L. GALLOIS, CEO EADS, 30 de abril de 2011, Collège des Bernardins (Paris).
[7] Cfr. SHRADER (1996: 123).

derecho, es evidente que el hecho de insistir sobre el que la empresa no es uno deja abierta la pregunta sobre la apropiabilidad de la empresa. ROBÉ es consciente de esto. Pero él va más lejos hasta afirmar que la empresa no es siquiera un objeto de derecho. Apoya esta tesis sobre la afirmación según la cual «para el derecho positivo, la empresa no puede más que descomponerse en un circuito de contratos no reconocido oficialmente en tanto tal» (1999: 85). Nos parece, sin embargo, que incluso sin un nombre «oficial», lo que hay aquí es una realidad caracterizable mediante calificaciones jurídicas que son susceptibles de ser objeto de derechos que se acercan significativamente a la propiedad. Incluso si aceptamos la idea según la cual «en tanto tal» la empresa no es una realidad jurídica, nos parece que lo que el sentido común identifica (vagamente) como empresa debe poder ser caracterizado jurídicamente, a través de múltiples nociones incluyendo por ejemplo la noción de «fondos comerciales». Notaremos también que la jurisprudencia francesa hace referencia, en el ámbito del derecho societario, a la noción de interés de la empresa desde finales de los años ochenta, lo que sugiere que la empresa debe ser considerada, sin lugar a dudas, como una realidad jurídica.

C) «Si no se puede vender una sociedad, no se puede ser llamado su propietario».

La intuición aquí es que si la sociedad pudiera efectivamente ser caracterizada como el objeto de un derecho de propiedad, debería ser posible venderla. La apropiabilidad de un bien supone su alienabilidad. Pero, tratándose de una persona moral, la sociedad no puede ser vendida. Un accionista puede ya sea vender sus acciones (si encuentra compradores), o disolver la empresa (si tiene un poder de voto suficiente), pero no vender la sociedad como tal. Esto nos parece una caracterización correcta del derecho societario. Pero no podemos olvidar que si nos ubicamos en el mundo empresarial, la tesis según la cual una empresa, entendida en particular como «fondo comercial», es alienable, y según la cual los accionistas, tomados en su conjunto, disponen de esta prerrogativa, no tiene nada de absurdo, incluso sobre el plano estrictamente jurídico. Sin duda, es exacto decir que es posible reemplazar a todos los accionistas de una sociedad o disolverla, pero no venderla. Pero tampoco es inexacto afirmar que es posible, sin disolver la sociedad, vender las máquinas, el portafolio de patentes, etc., de una sociedad, al punto que esta sociedad no detenta nada más que dinero como activos. En esta hipótesis, podríamos hablar de venta de la empresa, incluso si la sociedad sigue existiendo y si los accionistas siguen siendo los mismos.

D) «No se puede ser propietario y beneficiario del privilegio de la responsabilidad limitada».

Puede leerse la anterior aserción de dos maneras. Puede hacerse una lectura normativa: no sería justo que el accionista sea beneficiario de las prerrogativas de un propietario sin tener que soportar los inconvenientes de serlo. Pero esto sólo demostraría, eventualmente, que el sistema jurídico es injusto, pero no que el accionista no es el propietario. Da la impresión de que es en este sentido que podemos leer la cita siguiente de ROBÉ, donde la expresión «como es el caso hoy en día» da a sobreentender que un accionista mayoritario es propietario de una sociedad:

> Para un accionista mayoritario, actuar como propietario de la firma es abusar del privilegio de la responsabilidad limitada y tendría que ser sancionado con la responsabilidad

ilimitada por las consecuencias. Los accionistas mayoritarios no pueden las dos cosas, como es el caso hoy en día (ROBÉ, 2011: 73).

Podríamos preferir una lectura jurídica de la aserción estilizada, dándole el significado siguiente: «el accionista no puede ser jurídicamente calificado como propietario ya que su responsabilidad es limitada». Desde esta perspectiva podríamos leer la siguiente afirmación de ROBÉ:

> Para obtener la autonomía total del propietario, esta persona tendría que comprar todas las acciones y, al mismo tiempo, deshacerse de la corporación (disolverla). Entonces sería propietaria de los activos y pasivos directamente —ser el verdadero dueño del negocio— con todas las consecuencias siguientes: responsabilidad ilimitada, no separación entre los activos personales y los de la empresa, fragilidad del negocio debido a que todo el conjunto de contratos conectados a derechos de propiedad estarían centrados en un individuo, potencialmente afectado por todos los incidentes de la vida (enfermedad, divorcio, muerte, etc.) (ROBÉ, 2011: 60).

Podríamos también querer elevar el argumento según el cual si el accionista fuese el propietario de la sociedad, esta propiedad sería incompatible con la idea de responsabilidad ilimitada, y esto en virtud del principio de unidad patrimonial. Sin embargo, un defensor de la tesis de la propiedad podría simplemente responder que el principio de unidad patrimonial puede ser objeto de excepciones, y que este es precisamente el caso.

8. No es el objeto de este artículo el de defender una tesis particular sobre la pregunta relativa a la propiedad de la sociedad/empresa. Podemos, sin embargo, afirmar al menos tres cosas de alguna importancia para el debate que nos ocupa. PRIMO, ROBÉ, STOUT y otros tienen razón en pretender que si nos atenemos a un concepto jurídico de propiedad en sentido estricto, el accionista no podría ser considerado como propietario de la sociedad/empresa. El precio de esta estrategia es que está obligada a atenerse a un concepto muy específico de propiedad. Recurrir a un concepto muy específico de propiedad, tiene el costo de impedirse considerar como propietarios a los copropietarios o a los propietarios de servidumbres. Esto nos lleva a un segundo punto. Si un no jurista quiere caracterizar la realidad a la que se confronta mediante conceptos imprecisos de propiedad y de empresa (de los cuales fuera posible encontrar correlatos jurídicos), los argumentos invocados por ROBÉ y STOUT no le dirían nada. Podría decirse que el único concepto pertinente de «propiedad» es el concepto estrictamente jurídico». Pero ni ROBÉ ni STOUT dirían algo así. El derecho no tiene el monopolio de la definición de persona, diligencia o buen padre de familia. Por tanto no deja de ser pertinente describir una situación a través de conceptos que no se corresponden perfectamente con el lenguaje jurídico, como lo hacen PUTTERMAN, HANSMANN o BOATRIGHT (*supra* núm. 5). Caracterizar al accionista como propietario exclusivo no significa que esa prerrogativa esté justificada. Y esto deja la puerta abierta para —como lo dijo el mismo FRIEDMAN (1970)— tratar de reconocer a otras partes involucradas como copropietarios de la empresa, tales como los empleados [8].

[8] *Cfr.* «No parece excesivo admitir que una fábrica no es una propiedad como las otras, y que quienes trabajan en ella tienen hipotecas sobre ella» (DETOEUF, 1938: 57). DETOEUF habla de fábrica más que de empresa/sociedad. Y habla de hipotecas sobre la propiedad más que de co-propiedad entre accionistas y trabajadores. Pero la idea de propiedad de la empresa que parece estar implícita es compatible con el reconocimiento de ciertos derechos en cabeza de los trabajadores, aunque no es claro si se trata de derechos de control.

La definición de ROBÉ y STOUT es estricta incluso en el plano jurídico, como lo mostramos antes (núm. 7). Y es aún más estricta si aceptamos la legitimidad de utilizar conceptos no-jurídicos, incluido el concepto de propiedad, aunque fuera con fines estrictamente descriptivos. Ha llegado el momento de introducir nuestro tercer punto. Es tentador establecer en el nivel de los hechos el carácter infundado de una tesis normativa como la de la primacía del accionista. Pero esta estrategia se enfrenta con serias dificultades. Sobre todo, aceptemos la tesis según la cual el accionista no es el propietario de la empresa. Esto deja la puerta abierta para seguir defendiendo la tesis de la primacía accionarial en el plano normativo. Obviamente, si fuera posible mostrar, con base en un concepto suficientemente amplio de propiedad, que la idea de propiedad del accionista debe ser rechazada, rechazaríamos automáticamente el argumento según el cual la propiedad es capaz de establecer la primacía de la cual estamos hablando. Creemos haber mostrado que incluso si la idea de propiedad de la empresa fuera sostenible, ésta no sería suficiente para establecer la primacía accionarial. Este último argumento nos parece más robusto que el argumento descriptivo, aunque son complementarios.

Estamos ante la escogencia de una estrategia argumentativa comparable a la situación a la cual se confrontan los militantes anti-racistas o anti-machistas. ¿Debemos convencer a los racistas de que la «raza» es una unidad taxonómica sin sustancia o es mejor convencerlos de que incluso si las razas fueran categorías capaces de describir una cierta realidad, recurrir a ellas para fundar diferencias de trato sería en cualquier caso imposible de defender? ¿Debemos convencer a los machistas de la ausencia de diferencias entre hombres y mujeres o es mejor convencerlos de que incluso si existen diferencias significativas en el terreno de los hechos, éstas no son suficientes para justificar, de ninguna manera, las diferencias de trato que sufren las mujeres aún hoy en día? Por analogía, ¿debemos convencer a los accionistas de que no son los propietarios de la empresa en el sentido estrictamente jurídico del término, o es mejor tratar de mostrarles que la afirmación de dicha propiedad —aunque sea en el sentido menos jurídico del término— no podría en todo caso justificar la primacía accionarial que le viene aparejada (o con la que coincide, según algunos)? Hemos mostrado la importancia de no olvidar esta última opción.

9. Tengamos en cuenta otro elemento importante en cuanto a la estrategia propuesta de separar la calificación de la justificación. PUTTERMAN (1988) enumera tres visiones de la empresa, una como «mercancía» según la cual la empresa es considerada como un bien que puede ser vendido, otra como «asociación» según la cual la empresa es «una organización al interior de la cual el poder de control sobre las opciones y comportamientos de los miembros debe estar distribuida de alguna manera» (1988: 246). Nos interpela su afirmación según la cual «la visión de la firma como una asociación es bastante inconsistente con la noción jurídica de la firma como entidad apropiable o como conjunto de derechos, donde la inconsistencia más fuerte se manifiesta en algunos defensores de la «democracia en el lugar de trabajo» (1988: 247). Si esta tesis es exacta, habría sin duda alguna dificultad en aceptar una descripción de la empresa/sociedad como un bien apropiable y fungible y al mismo tiempo rechazar la idea según la cual los derechos de control no deberían ser el privilegio exclusivo de los accionistas.

Parece, sin embargo, que la afirmación relativa al carácter apropiable y fungible del tejido de derechos que constituye la empresa/sociedad no prejuzga la identidad

de quienes deberían poder ser sus titulares. PUTTERMAN trata de explicitar la naturaleza de la tensión entre las dos aproximaciones antedichas de la empresa para adentrarse en un análisis en el cual se limita a afirmar que esperar de los trabajadores un aporte en capital, como el que se pide de los accionistas, sería como pedirles que pusieran todos sus huevos en la misma canasta (capital financiero y humano), lo cual, teniendo en cuenta su aversión al riesgo, elevaría el costo de financiación de la empresa (1988: 258). Esto parece plausible. Pero esto indica más bien que podría ser ineficaz extender los derechos de control sobre la empresa de esta manera. PUTTERMAN no considera la posibilidad de un otorgamiento de derechos de control a los trabajadores sin aporte en capital financiero, una posibilidad materializada —aunque de manera imperfecta— por el sistema de la co-determinación. Más esencialmente, el argumento no aborda una tensión profunda entre la idea según la cual sería bueno que la empresa fuese apropiable y fungible y la idea según la cual quienes son hoy en día sus «propietarios» deberían compartir sus derechos de control con otras categorías de partes involucradas, por ejemplo con los trabajadores en tanto que trabajadores más que en tanto que aportantes financieros, como es el caso del accionariado asalariado.

4. PROPIEDAD MOBILIARIA Y VOTO CENSITARIO

10. A estas alturas, nos hemos referido a tres ideas relativas a la propiedad de la empresa ($PROP^{EN}$). Dos de ellas partían de la calificación de la situación de la empresa y del accionariado. ¿La empresa/sociedad carece necesariamente de propietario? ¿No dispone acaso el accionista de prerrogativas demasiado limitadas para poder ser caracterizado como propietario de la empresa? No hemos respondido afirmativamente a estas dos preguntas. Nuestra posición no presupone aceptar las de STOUT y ROBÉ, por ejemplo. En cambio, hemos insistido sobre una tercera idea: la propiedad de la empresa, suponiendo que ésta constituya una caracterización adecuada de la primacía accionarial, no podría constituir su justificación.

Para explorar el potencial justificatorio de la idea de propiedad, quisiéramos en esta última parte interesarnos, ya no en la idea de la propiedad de la empresa/sociedad, sino más simplemente en aquella de la propiedad de la acción. Supongamos que se rechaza la idea de la propiedad de la empresa/sociedad como justificación y como caracterización de la primacía accionarial. Esta última, no podría acaso ser justificada con recurso a la noción de propiedad de la acción? Precisemos nuestra pregunta: supongamos que encontramos una justificación para la primacía accionarial, ¿no es acaso muy posible que esta justificación haga referencia principalmente a que el accionista es propietario de su acción? ¿O hará más bien referencia a la naturaleza de la relación jurídica que une al accionista con la empresa?, ¿o a las características de su activo y de los mercados en los cuales se intercambia? Nuestra hipótesis: es por referencia a estos últimos elementos, más que a la calidad de propietario de la acción, lo que —en el mejor de los casos— es capaz de justificar la primacía accionarial.

11. Con el fin de ganar claridad sobre estos elementos, hagamos un desvío por el final del siglo XVIII, para inclinarnos sobre tentativas —tan torpes como sintomáticas— para preservar los privilegios unidos al voto censitario en los Estados. Se trata de

regresar sobre algunos argumentos antiguos, guardando en mente una analogía entre la primacía accionarial en la empresa y el voto censitario. La idea es la siguiente: ¿no es acaso comparable la situación de los propietarios mobiliarios en las SA con la de los propietarios inmobiliarios en los Estados en la época del sufragio censitario? Estas dos situaciones son el resultado, en parte, de simples relaciones de fuerza. Pero también dieron lugar a intentos de justificación. En lo que tiene que ver con el voto censitario, que fue defendido por los padres fundadores a finales del siglo XVIII ¿hay algo que aprender de los tipos de justificación elevados en pro del voto censitario para comprender mejor el debate sobre la primacía accionarial en la empresa? Podemos aprender dos cosas. Primero, de manera directa, podemos aplicar los argumentos concernidos a los dos campos de aplicación. Segundo, de manera indirecta, analizando bien la medida en que estos argumentos confieren una importancia a la idea de propiedad como tal, más que a las características de su objeto —respectivamente inmobiliario y mobiliario—.

Cada uno de los tres argumentos analizados arriba para defender la legitimidad del voto censitario, asocia una calidad «x» específica a la propiedad inmobiliaria:

Argumento justificativo derivado de la propiedad (inmobiliaria).

— Cuanto más una persona es «x», mayor debe ser el peso relativo de su voto (PRIM).

— La calidad de la propiedad inmobiliaria ($PROP^{IM}$) puede ser asociada a «x».

— El peso relativo del voto de los propietarios inmobiliarios debe ser elevado ($PRIM_{IM}$).

Notaremos enseguida que este tipo de argumento no justifica los privilegios electorales en virtud de la idea según la cual los propietarios inmobiliarios fueran los propietarios del Estado ($PROP^{ET}$). Permite una analogía, incluso con argumentos que renunciasen a la idea según la cual el accionista sería el propietario de la empresa ($PROP^{EN}$). Y asocia a la propiedad inmobiliaria una característica interesante en términos del voto, como toda una serie de justificaciones de la primacía accionarial trata de hacerlo con la propiedad mobiliaria.

12. Presentemos sucesivamente tres argumentos que adoptan esta forma:

Argumento de la independencia.

— Es esencial que el elector pueda votar en total independencia.

— Ser propietario inmobiliario ($PROP^{IM}$) te hace más independiente con respecto a otros.

— El peso relativo del voto del propietario inmobiliario de ser elevado ($PRIM_{IM}$).

Encontramos este argumento en HAMILTON (1775), por ejemplo:

> Si fuera probable que cada persona diera su voto libremente y sin influencia alguna, entonces, dentro de la verdadera teoría y los principios genuinos de la libertad, cada persona miembro de una comunidad, aunque pobre, debería tener un voto... Pero en la medida en que es difícil que esto pase en personas con pírricas fortunas, o en personas que están bajo el dominio inmediato de otras, todos los estados populares se han visto obligados a establecer ciertas calificaciones, según las cuales, aquellos de quienes se puede sospechar que no tienen voluntad propia son excluidos del voto. Esto con el objetivo de poner a los demás individuos, cuyas voluntades se suponen independientes, en un nivel de mayor igualdad (Hamilton, 1775).

Consideremos el argumento siguiente:

Argumento de la competencia.
— Es esencial que el elector pueda votar de manera competente.
— Un propietario inmobiliario ($PROP^{IM}$) es generalmente más competente.
— El peso relativo del voto del propietario inmobiliario debe ser elevado ($PRIM_{IM}$).

Lo encontramos por ejemplo —junto con el de la independencia— en ADAMS (1776):

> ¿No es acaso igualmente cierto que las personas en general, en toda sociedad, que están totalmente desprovistas de propiedad, están también menos familiarizados con los asuntos públicos como para formarse un criterio correcto, y que son demasiado dependientes con respecto a otros como para tener voluntad propia? (ADAMS, 1776).

Analicemos un tercer argumento:

Argumento del largo plazo.
— Es esencial que el elector vote teniendo en cuenta el largo plazo.
— Un propietario inmobiliario ($PROP^{IM}$) suele estar atado al futuro de largo plazo.
— El peso relativo del voto del propietario inmobiliario debe ser elevado ($PRIM_{IM}$).

Lo encontramos por ejemplo en JEFFERSON (1776) [9]:

> Fue para extender el derecho al voto (o en otros términos los derechos de ciudadanía) a todos aquellos que tuvieran la intención permanente de vivir en el país. Toma las circunstancias que te plazcan como evidencia para esto, ya sea haber residido por un cierto tiempo, o tener una familia, o tener propiedad, alguna o todas juntas. Quienquiera que pretenda vivir en un país debe querer el bien para el país, y tiene el derecho natural de participar en su preservación (JEFFERSON, 1776).

13. ¿Cómo reaccionar ante argumentos que justifican una práctica que es chocante para muchos hoy en día? ¿Qué enseñanzas podemos sacar para la cuestión de la primacía accionarial? Podemos comenzar por evaluar su validez intrínseca, incluyendo en aquello su aplicación para el caso de la empresa. Iniciemos con el argumento de la independencia. Es cierto que, todo lo demás siendo igual, ser propietario inmobiliario es un factor de independencia. Y si miramos a la empresa, en nuestras economías, el factor trabajo está más sometido al capital que a la inversa. Sin embargo, es posible garantizar la independencia del elector por medios distintos al de su exclusión, en particular por el secreto del voto. Este argumento es muy frágil, tanto en el caso del Estado como en el de la empresa.

El argumento de la competencia es más interesante. Es visible que Adams valora el voto censitario en tanto forma indirecta de voto capacitario. La importancia de la idea de competencia está lejos de ser rechazada por los teóricos de la democracia. Aunque

[9] Y la encontramos más de un siglo más tarde en boca de un parlamentario belga, el señor Woeste (1881), defendiendo la extensión del voto censitario a los ricos residentes en Bélgica: «Si el extranjero paga quinientos francos, se habrá demostrado que tiene un vínculo con el país; si no los paga, ¡no tiene vínculo alguno! Si paga quinientos francos, habrá que hacer cesar el antagonismo entre su situación política y sus intereses materiales; si no los paga, el antagonismo tendrá que subsistir» (DEFUISSEAUX, 1887: 256).

se encuentran vestigios a través de la exclusión —poco discutida— de los menores de 18 o 16 años del derecho al voto. Se ha intentado también descubrir por otros caminos la idea de competencia, por ejemplo insistiendo en la idea de competencia colectiva y sobre las ganancias epistémicas asociadas a la idea de democracia representativa o deliberativa. El que la democracia pueda ser una epistocracia es una cosa (ESTLUND, 2007). Pero lo que está en juego aquí es la afirmación según la cual una categoría particular (los titulares de capital inmobiliario en el caso del Estado, y por analogía los titulares de acciones) sería más competente que otra (respectivamente los arrendatarios y los titulares de capital humano). En otros términos, la idea es que el accionista tendría una mejor comprensión de la actividad de la empresa y de las limitaciones de su entorno que el mismo trabajador.

Existen distintas formas de replicar este tipo de argumento. En particular, se tiene la idea según la cual la experticia del trabajador es cuando menos complementaria a la del accionista, y en muchos casos incluso superior, por ejemplo porque en el contexto de un accionariado disperso, el tiempo que el trabajador ha pasado en su empresa es claramente más significativo que el que haya pasado el accionista sobre la misma. Habría muchas más cosas que decir al respecto —por ejemplo en relación con la idea de eficiencia de los mercados o de la naturaleza más «reactiva» del activo poseído por los accionistas—. Pero lo esencial es que el argumento de la competencia, incluso tomado en serio, no parece poder justificar la primacía accionarial.

El argumento del largo plazo también es interesante. No es para nada evidente que privilegiar el largo plazo sobre el corto plazo siempre sea adecuado, en particular cuando se acepta la hipótesis según la cual es muy probable que los más desfavorecidos de hoy lo sean aún más que los más desfavorecidos de mañana. En cambio, es totalmente exacto decir que desinteresarse por el largo plazo es problemático e injusto.

En cuanto a esto, en relación con la empresa, ¿existen razones para pensar que el accionista sea más largo placista que el trabajador? Una alta liquidez de capital permite al accionista ser mucho más móvil que el trabajador. Por tanto, puede durar menos tiempo en la empresa y podríamos concluir que el trabajador es más largo placista que el accionista. La relación del propietario con su tierra o del trabajador con su empresa sería más estable que la del accionista con su empresa. La comparación entre la primacía accionarial y el voto censitario invitaría a pensar que desde la perspectiva del largo plazo, el trabajador está más cercano al propietario inmobiliario que el titular de activos mobiliarios.

Maticemos lo anterior: el accionista no suele quedarse mucho tiempo «en» la empresa, sobre todo si no se trata de un accionista de control. Sin embargo, no es indiferente al valor futuro de la acción, en la medida en que puede afectar su reventa actual (PUTTERMAN, 1988: 251). Si podemos mostrar que el valor de la acción tiene un cierto vínculo con el valor esperado de la empresa a largo plazo —lo que está lejos de ser siempre el caso—, el accionista tiene una razón para preocuparse por el valor de la empresa en el largo plazo. A la inversa, el capital humano del trabajador que deja la empresa, si no es específico de la firma, está menos directamente afectado por las perspectivas de largo plazo de la empresa en cuestión. Entonces, en un mercado en el cual el trabajador dispusiera de tantas opciones de salida como el accionista en el caso de las sociedades cotizadas —hipótesis heroica—, y en el cual el capital humano fuera muy

poco específico de la firma, habría una razón para pensar que el accionista fuese más largo placista que el trabajador. Aún así, esta descripción tendría que corresponder efectivamente con el mundo económico tal como lo conocemos y tendría que justificarse el que el hecho de preocuparse más por el largo plazo fuera una razón suficiente para excluir completamente del derecho al voto a quienes cuya preocupación por el largo plazo fuese hipotéticamente menos fuerte.

14. Una cosa es examinar la plausibilidad de este tipo de argumentos, tanto en cuanto la veracidad de sus premisas empíricas como en cuanto a su validez lógica. Otra cosa es preguntarse si, suponiendo que de cada uno de estos argumentos deriva una conclusión verdadera —lo que es, al menos, dudoso—, la idea de propiedad juega algún rol en absoluto. Pues es éste el asunto que nos preocupa aquí principalmente. Si retomamos nuestros tres argumentos a título de ejemplo, ¿qué constatamos? El argumento de la independencia se apoya a la vez sobre las características de la propiedad (en particular sobre su carácter perpetuo) y sobre la naturaleza del activo, del objeto de esta propiedad (en particular sobra la capacidad de los bienes inmobiliarios de contribuir a cubrir necesidades básicas tales como el alojamiento y la comida). El argumento de la competencia no se apoya tanto sobre las características de la propiedad como tal ni sobre las del activo concernido. En cuanto al argumento del largo plazo, éste puede estar ligado tanto a las características de la propiedad (en particular su carácter perpetuo) como a las de su objeto (en particular al carácter generalmente más duradero de los bienes inmobiliarios). Constatamos entonces que no se puede negar que la idea de propiedad en tanto tal, es decir independientemente de la naturaleza de los activos concernidos, pueda tener un papel en la justificación de la primacía accionarial.

Pensamos que es primeramente la naturaleza de los activos concernidos o de los mercados sobre los cuales éstos son intercambiados lo que tiene un rol decisivo en los argumentos que pretenden justificar la primacía de una categoría particular (respectivamente los propietarios inmobiliarios y mobiliarios). Uno de los argumentos más frecuentemente invocados para justificar el otorgamiento exclusivo del derecho al voto al accionista tiene que ver con el carácter, no muy claramente definido, de las prestaciones que él puede esperar de la empresa, en su calidad de *residual claimant*. Y tales prestaciones no están ligadas al hecho de ser propietario de la acción, sino a la naturaleza de los derechos asociados a la acción. Así mismo, supongamos que el accionista es quien está epistémicamente mejor ubicado para definir los ejes principales de la política de la empresa porque el valor de las acciones fluctúa más en función de las evoluciones de la economía que el monto de las remuneraciones de los trabajadores o que la evolución de las tasas de desempleo. Pero suponiendo que este sea el caso, esto no tiene nada que ver con el hecho de ser propietario de la acción, sino más bien con —por ejemplo— la mayor liquidez de las acciones.

Incluso si una conclusión más sólida requeriría una examen más detallado del conjunto de los argumentos invocados para defender la primacía accionarial, el análisis que acabamos de hacer sugiere que, incluso si aceptamos la idea de propiedad de la acción, abandonando la de propiedad de la empresa, el concepto de propiedad como tal no tendría ningún rol —o uno sólo marginal— en la justificación posible de la primacía accionarial.

CONCLUSIÓN: ¿DESCRIPCIÓN INEXACTA O JUSTIFICACIÓN INOPERANTE?

15. Pusimos en tela de juicio la idea según la cual la posibilidad de que una empresa tenga un propietario deba ser necesariamente rechazada. Pusimos en duda, igualmente, la idea según la cual la situación de un accionista en una SA no pueda ser descrita como una relación de propiedad, teniendo en cuenta que definimos al accionista como un propietario de una empresa/sociedad, aunque esta noción de propiedad está lejos de otorgarle prerrogativas tan extensas como las que tiene un propietario en un contexto sin servidumbres. Lo que nos ha preocupado tiene que ver con la justificación más que con la calificación.

Podemos admitir que la idea de propiedad pueda tener un rol en la justificación de la primacía accionarial. Es claro que el aporte del accionista debe estar constituido por un bien de su propiedad. Pero además de este rol trivial de la noción de propiedad, hay dos más cuyo uso es importante rechazar. El primero consiste en justificar la primacía accionarial por referencia a la idea según la cual el accionista sería un propietario de la empresa. El segundo consiste en justificar la primacía accionarial por referencia a la calidad de propietario de la acción. Tratamos de mostrar que lo que tiene un rol decisivo en este último caso es la naturaleza del activo concernido (la acción, el bien inmobiliario, el capital humano) o del mercado en el cual se intercambia, y no de las características del derecho de propiedad asociado a la acción.

Se dibujan dos posibles vías para debilitar la fuerza retórica del concepto de propiedad en el debate sobre la primacía accionarial. La primera discute su uso en tanto descripción de la situación del accionista en la SA. La segunda se remite a su uso para justificar la primacía accionarial. Esperamos haber demostrado que si es que existen argumentos a favor de la primacía accionarial, no es por el lado de la propiedad que hay que buscarlos.

Notaremos que en este debate se delinean dos maneras muy diferentes de unir propiedad y derecho al voto. Si nos interesamos en la idea de propiedad de la empresa, las definiciones al estilo PUTTERMAN, HANSMAN, BOATRIGHT utilizan explícitamente el derecho al voto como componente del derecho de propiedad. La pregunta es si toda aproximación que considere al accionista —o a cualquier otra parte involucrada— como propietario de la empresa está obligada a considerar el derecho al voto como componente del derecho de propiedad.

En sentido inverso, la analogía con el voto censitario pone a la propiedad mobiliaria o inmobiliaria como condición de acceso al voto, sin que esto implique presuponer que el propietario inmobiliario sea propietario del Estado, o que el accionista sea propietario de la empresa. Esta condición subsiste en el caso del accionariado asalariado. En cambio, la separación entre el derecho al voto y el aporte financiero ha sido introducida, hasta un cierto punto, en la cooperativa y, especialmente, en la co-determinación. Mientras en la SCOP se pide un aporte financiero como condición de que la igualdad en el peso del voto sea mantenida, aún si los aportes son desiguales, en la co-determinación no se exige, en sí mismo, ningún aporte financiero como condición del voto. Sería posible, evidentemente, interpretar tales fórmulas como un

deslizamiento del objeto de la propiedad como condición de acceso al voto, más que como una separación completa entre poder y propiedad. En vez de exigir un aporte financiero, el aporte en capital humano vendría a ser considerado como algo tan precioso como el aporte financiero. Pero también podríamos interpretar allí la voluntad de separar completamente la propiedad del derecho al voto, como fue el caso en los Estados, ya que la justificación del derecho al voto no debía seguirse buscando en la idea de contribución. Pero esta es otra historia...

(Traducción de Diego Hernández)

REFERENCIAS

ADAMS J., 1776 (1987): «On women, the poor, and voting rights» (carta a J. Sullivan), 26 de mayo, en Ph. KURLAND y R. LERNER (dirs.), *The Founders' Constitution,* Chicago: University of Chicago Press.

BEBCHUCK, L., 2007: «The myth of the shareholder franchise», *Virginia L. R.,* 93(3), 675-732.

BLAIR, M., 1998: «For Whom Should Corporations Be Run?: An Economic Rationale for Stakeholder Management», *Long Range Planning,* 31(2), 195-200

BOATRIGHT, J., 2004: «Employee governance and the ownership of the firm», *Business Ethics Q.,* 14(1), 1-21.

CADBURY, A., 1992: *The Financial Aspects of Corporate Governance,* London: The Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance and Gee & Co. Ltd., 60 pp. + app.

CHAMPAUD, C., 1962: *Le pouvoir de concentration de la société par actions,* Paris: Sirey, VIII + 315.

COHEN, M. R., 1927: «Property and Sovereignty», *Cornell L. Q.,* 13, 8-30.

COIPEL, M., 1996: «Le droit de propriété des associés dans les sociétés dotes de la personnalité juridique», en P. WÉRY y H. VUYE (dirs.), *Eigendom-Propriété,* Bruges: La Charte, 31-59.

DE SAINT-EXUPÉRY, A., 1943: *Le petit prince,* Paris: Gallimard (folio), 97.

DEFUISSEAUX, L., 1887: Les hontes du suffrage censitaire, Bruxelles: Plapied, 404.

DETOEUF, A., 1938: *Construction du syndicalisme,* Paris: Gallimard, 63.

DONADA, C., y NOGATCHEWSKY, G., 2008: «Le client est roi!», en A. PEZET y S. SPONEM (dirs.), *Petit bréviaire des idées reçues en management,* Paris: La Découverte, 68-77.

ESTLUND, D., 2007: *Democratic Authority. A Philosophical Framework,* Princeton: Princeton U. P., 312.

FRIEDMAN, M., 1970: «The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits», *The New York Times,* 13 de septiembre, 32 y ss.

GREENWOOD, D., 2005: «Introduction to the Metaphors of Corporate Law», *Legal Studies Research Paper Series* (University of Utah) (available through SSRN), 17.

HAMILTON, A., 1775 (1961): «The Farmer Refuted», en H. C. SYRETT (ed.), *Papers of Alexander Hamilton,* New York: Columbia University Press.

HANSMANN, H., 1996: *The Ownership of Enterprise,* Cambridge (Mass.): Harvard U.P., 372.

HAYEK, F., 1960 (1967): «The Corporation in a Democratic Society: In Whose Interest Ought It To and Will It Be Run?», en *Studies in philosophy, politics and economics,* London: Routledge & Kegan (cap. 22).

HOHFELD, W., 1919 (2001): *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, D. CAMPBELL y Ph. THOMAS (eds.), Dartmouth: Ashgate, 112.

JEFFERSON, Th., 1776 (1950): «Letter to William Pendleton on requirements for voting» (26 de agosto), en J. P. BOYD (dir.), *Papers of Thomas Jefferson,* Princeton: Princeton U. P.

KALER, J., 2006: «Evaluating Stakeholder Theory», *J. of Business Ethics,* 69, 249-268.

NOZICK, R., 1974: *Anarchy, State and Utopia,* New York: Basic Books, 334.

PUTTERMAN, L., 1988: «The Firm as Association versus the Firm as Commodity. Efficiency, tights and ownership», *Economics & Philosophy,* 4(2), 243-266.

ROBÉ, J.-Ph., 1999: *L'entreprise et le droit,* Paris: PUF (Que sais-je?), 127.

— 2011: «The Legal Structure of the Firm», *Accounting, Economics and Law,* 1(1): 85.

SHRADER, D., 1996: «The oddness of corporate ownership», *J. of Social Philos.,* 27(2): 104-127.

STOUT, 2002: «Bad and Not-So-Bad Arguments for Shareholder Primacy», *Southern California Law Review,* 75, 1189-1209.

WALZER, M., 1983: *Spheres of Justice. A defense of pluralism and equality,* New York: Basic Books, 364.

DE LOS DERECHOS HUMANOS AL DERECHO AL ABORTO *

Alejandra Zúñiga Fajuri

Universidad de Valparaíso
Universidad Diego Portales

RESUMEN: Ninguna otra persona, en ninguna situación, es obligada a realizar el acto supererogatorio que se exige a la mujer embarazada. Aun cuando una adecuada aplicación de la teoría general de los derechos humanos permite reconocer el derecho al aborto durante los dos primeros trimestres del embarazo sobre la base de que los derechos sólo pueden restringirse *por mor* de los propios derechos. En esa línea, se intenta responder a quienes sostienen que el problema del aborto no puede resolverse pues no existe forma de identificar un momento exacto a lo largo del desarrollo del embrión que permita diferenciar entre un aborto legítimo y uno ilegítimo. Se defiende que existen potentes argumentos morales para definir una postura que reduzca la incertidumbre y permita fundamentar reformas legislativas de despenalización.

Palabras claves: Derechos humanos, aborto, plazos.

From Human Rights to Abortion Rights

ABSTRACT: No one, in no other situation, is compelled to perform the supererogatory acts required of pregnant women. This article intends to show that an adequate reading of general human rights theory should include abortion rights through the first two trimesters of pregnancy, noting that basic liberties can only be limited for the sake of liberty itself. It also intends to respond to those who claim that the abortion issue cannot be resolved, since the exact point in embryonic development that separates legitimate and illegitimate abortion cannot be determined. Potent moral arguments exist for an approach capable of reducing uncertainty and establishing a basis for legal reforms.

Keywords: Human rigths, abortion, deadlines.

* Fecha de recepción: 15 de enero de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.
Este artículo forma parte del Proyecto Fondecyt núm. 1120022.

INTRODUCCIÓN

En general la teoría de los derechos humanos —por la que se ha vertido un mar de tinta— no suele utilizarse para defender el derecho al aborto. Ello parece un error que se funda, probablemente, en la muy extendida (y a veces velada) convicción de que la mujer embarazada ya no es, por esa sola condición, titular legítima de derechos humanos puesto que, debido a su estado, debe ceder e incluso renunciar a ellos a favor de un «otro». Esta creencia, que de alguna manera sustenta la mayoría de las legislaciones sobre el aborto en el mundo, pone en cuestión la completa «humanidad» y dignidad de la mujer embarazada, olvidando que, a la luz de una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano, nunca debiéramos usarla como medio para satisfacer los fines de otros.

En las líneas que siguen quisiera evidenciar cómo una adecuada aplicación de la teoría general de los derechos humanos nos permite reconocer el derecho al aborto durante los dos primeros trimestres del embarazo teniendo presente que —como sostenía J. Rawls— los derechos sólo pueden restringirse *por mor* de los propios derechos [1]. Junto con ello intentaré responder a quienes sostienen que el problema del aborto no puede resolverse pues no existe forma de identificar un momento exacto a lo largo del desarrollo del embrión que permita diferenciar entre un aborto legítimo y uno ilegítimo. Creo que existen potentes argumentos morales para definir una postura que reduzca la incertidumbre y permita fundamentar reformas legislativas de despenalización que, dejando atrás las indicaciones, se centren en la importancia moral de los plazos.

1. LA MAYOR DESIGUALDAD DEL MUNDO EN MATERIA SANITARIA

La Organización Mundial de la Salud, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Amnistía Internacional, Human Rights Watch, entre otros, han condenado unánimemente la vigencia en Chile, Nicaragua y El Salvador de normas que penalizan el aborto en todos los casos, esto es, aun cuando la vida o salud de la madre corren peligro o cuando el embarazo es producto de una violación. Para el Comité contra la Tortura, la aplicación de esas normas constituye un acto de tortura que viola los derechos humanos básicos de las mujeres [2].

Las muertes maternas están estancadas desde hace 20 años, con más de 500.000 al año. La mortalidad materna es la principal causa de muerte entre mujeres en edad fértil en los países en desarrollo y la inmensa mayoría de estas muertes son evitables, lo que

[1] J. Rawls, *A Theory of justice*, Harvard University Press. 1971, 204.

[2] El Comité contra la Tortura ha dejado claro que la política de Chile de retrasar el tratamiento para forzar confesiones de las mujeres que buscan «tratamiento para salvar la vida en hospitales públicos después de abortos ilegales, negándoles tratamientos confidenciales o usando sus declaraciones contra ellas en un procedimiento constituye una contravención de la Convención contra la Tortura», CCT, Observaciones concluyentes, Chile, U.N.Doc. CAT/C/CR/32/5, 14 de junio de 2004.

evidencia que se trata de «la mayor desigualdad del mundo en materia sanitaria»[3]. Las causas de estas muertes siguen siendo las mismas: hemorragias postparto, infecciones, parto prolongado y, como sabemos, los abortos clandestinos, que constituyen un 30 por 100 de la tasa anual de mortalidad materna. Ello resulta especialmente alarmante si se tiene en cuenta que se trata de uno de los factores más fáciles de eliminar si se promueve la planificación familiar, se despenaliza la interrupción voluntaria de la gestación y se democratiza el acceso al cuidado sanitario. Cerca de 200 mujeres mueren al día en todo el mundo al someterse a un aborto sin las mínimas condiciones de higiene[4]. La tendencia a la baja en el número de hijos no ha evitado que aún *hoy cerca del 50 por 100 de los embarazos sean no deseados,* por lo que cada año se practican 20 millones de abortos en condiciones insalubres, con métodos peligrosos o autoinducidos, lo que significa que este año unas **80.000 mujeres morirán a consecuencia de este tipo de abortos**. Además, más de cinco millones ingresarán en un hospital, quedarán estériles o sufrirán alteraciones durante el resto de su vida[5] (aproximadamente 800.000 latinoamericanas son hospitalizadas anualmente debido a estas complicaciones)[6].

Sostener la ilegalidad del aborto es una forma sumamente costosa, en vidas humanas, de distribuir recursos médicos escasos. «La pregunta no es si estamos de acuerdo o no con el aborto porque, ya sea legal o no, las mujeres se practican abortos —como lo demuestran las estadísticas—. Por el contrario, la alternativa es escoger entre la vida y la muerte de estas mujeres. Actualmente, mantener las leyes penalizantes vigentes significa escoger la muerte»[7]. Por cierto, como política criminal la penalización del aborto ha demostrado ser extraordinariamente ineficaz. Hacer que el aborto sea ilegal no reduce el número de abortos pues, sólo en América del Sur, aproximadamente 30 de cada 1.000 mujeres (de entre 15 y 45 años) se hacen un aborto por año. En Holanda, donde el aborto es legal, la cifra es 8 de cada 1.000. Penalizarlo sólo discrimina a las mujeres sin recursos pues donde el aborto es legal, el riesgo de muerte es menor de 1 por cada 500.000 mujeres. Esto significa que un aborto legal es más seguro que ningún otro tipo de procedimiento médico y que tiene un menor riesgo de muerte que un tratamiento con penicilina.

Dar a luz es uno de los eventos más peligrosos en la vida de una mujer. En Europa una de cada 10.000 mujeres muere en el parto. Dar a luz es mucho más peligroso que un aborto seguro, de modo que no hay motivos aceptables para que una mujer de escasos recursos muera, enferme o quede infértil como resultado de un aborto clandestino. En Chile los abortos inseguros son la tercera causa de muerte materna y, al igual que las víctimas de las sanciones penales derivadas, son un peligro sólo para quienes no pueden financiarse, en el sistema sanitario privado, una interrupción del embarazo sin riegos de manera clandestina[8].

---

[3] UNICEF. *State of the World's Children,* Informe del año 2011.

[4] United Nations Population Fund. *Making reproductive rights and sexual and reproductive health reproductive rights and sexual and reproductive health a reality for all*. UNPF, mayo de 2008.

[5] Organización Mundial de la Salud. *Unsafe abortion: Global and regional estimates of incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2000*, 4.ª ed., Ginebra, OMS, 2004.

[6] Childbirth by Choice Trust, *Abortion in Law, History and Religion*, Toronto, 1995, 39.

[7] De la Barreda Solórzano, *El delito de aborto, una careta de buena conciencia,* México, Instituto Nacional de Estudios Criminales, 1991.

[8] *Perfil de Salud de Mujeres y Hombres en Chile 2003*. Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, 2003.

Además, es muy importante reconocer que la penalización del aborto supone obligar a las mujeres a elegir entre el aborto clandestino y la maternidad bajo coacción, es decir, la prohibición penal de abortar no se limita a prohibir un hacer, sino que obliga además a una opción de vida que es la maternidad. Pero, como sostiene FERRAJOLI, el derecho penal puede únicamente imponer un *no hacer*, prohibir comportamientos, y no imponer conductas u opciones de vida. «Con la prohibición del aborto y con la consiguiente constricción penal a convertirse en madres se impone a las mujeres no tanto y no sólo el no abortar, cuanto una conmoción vital de incalculable alcance. No sólo la gestación y el parto, sino la renuncia a proyectos de vida diversos, la obligación de educar y mantener a un hijo, en una palabra, la constricción a una **especie de servidumbre**» [9].

2. ABORTO Y DERECHOS HUMANOS

Se afirma que los derechos humanos, defendidos por la teoría y filosofía política desde, al menos, el siglo XVIII, son derechos subjetivos que reconocen a su titular prerrogativas que sólo pueden ser limitadas con el fin de proteger otros derechos humanos detentados por quienes pertenecen «a la clase de los seres humanos» o, lo que según veremos parece ser lo mismo, por personas humanas. Ello acarrea, entonces, al menos dos importantes consecuencias: primero, que los derechos humanos no pueden restringirse o anularse con el fin de salvaguardar intereses colectivos, utilitarios o consecuencialistas, ni tampoco valores como el de «la vida humana» en abstracto o «la vida humana potencial» sustentados por grupos religiosos o ideológicos, aún cuando ellos sean mayoritarios. En segundo lugar, implica que, para decidir sobre la legitimidad moral y legalidad del aborto, debemos ser capaces de identificar, en contraposición con los derechos humanos de las mujeres, un derecho del embrión o feto en tanto *persona humana* o, si esto no es posible, **al menos como *ente independiente* con algún interés jurídicamente protegible (no como valor).**

Una primera aproximación a la noción de «derechos humanos» requiere analizar las dos unidades semánticas que la componen. Por una parte, la palabra «derecho» —que admite al menos tres sentidos— se utiliza en este caso para aludir a alguna forma de facultad o potestad que le asiste a una persona; y, por otro lado, la palabra «humanos» se refiere a la única propiedad relevante para ser titular de estos derechos. Esta formulación, aparentemente simple, ya tiene dos grandes dificultades asociadas a cada una de las palabras escindidas: qué significa tener un derecho y qué significa «ser humano» [10].

Prestemos atención a este último problema. La palabra «humanos» alude a que la única propiedad que ha de satisfacerse para ser titular de estos derechos es la de per-

---

[9] L. FERRAJOLI, «La cuestión del embrión: entre el derecho y la moral», en *Jueces para la democracia, información y debate*, núm. 44, Madrid, 2002. Destacado agregado.

[10] C. NINO, *Ética y Derechos Humanos,* Buenos Aires, Paidós, 1984, y del mismo autor, «Los Titulares de los Derechos Humanos: El Concepto de Persona Moral», en *Filosofía del Lenguaje, de la Ciencia, de los Derechos Humanos y Problemas de su Enseñanza,* Sociedad Filosófica Iberoamericana, Universidad Autónoma de México, 1987. También, L. VILLAVICENCIO, «¿Derechos humanos para quienes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas», en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXI, núm. 2, 2008, 35-36.

tenecer a la «clase de los seres humanos» de modo que los derechos humanos serían aquellos derechos morales de que gozan las personas sólo por el hecho de ser tales. Pero ¿significa esto que la única circunstancia fáctica relevante para la fundamentación de los derechos humanos es el hecho de ser de la «especie humana», biológicamente hablando? Caracterizar el concepto de humano en términos de rasgos orgánicos muy elementales, tales como la estructura del cromosoma celular, supone en principio que todos los seres humanos tendrían necesariamente un título igual a tales derechos. Con todo, recuerda NINO, en este caso no se advierte de qué manera esos rasgos biológicos, que aparecen desvinculados del contenido moral de los derechos, pueden servir como único fundamento para concederlos. «Suponer que ello es así parece involucrar un burdo "especísmo" análogo a posiciones racistas» (además de plantean problemas respecto de las personas con síndrome de Down, cuyas células tienen un cromosoma de más) [11]. Tampoco debiéramos vulnerar el famoso *axioma de Hume*, que nos inhabilita lógicamente para deducir prescripciones —como el deber de conceder un derecho— de meras descripciones —como lo es la constatación de que se poseen determinadas características biológicas. En fin, como sostiene SINGER, la ciudadanía moral no es una cuestión de teoría biológica (ni de ningún tipo de teoría descriptiva), sino de la teoría moral en un sentido amplio [12].

La otra alternativa es caracterizar el concepto de ser humano sobre la base de propiedades que se consideran como moralmente relevantes para su titularidad: esas propiedades —siguiendo a KANT— son la racionalidad y la capacidad de proponerse fines o, en palabras de RAWLS, la capacidad de tener un sentido de la justicia y un sentido del bien [13]. Ahora, dejando de lado que esta hipótesis nos obliga a admitir la conclusión algo antipática de que hay miembros de la especie humana que no pertenecen a la «clase» de los seres humanos, podemos centrarnos en la idea de que los derechos humanos serían aquellos derechos morales de que gozan todos los seres con capacidad para tener conciencia de su identidad como titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor. La clase de seres a la que alude esta caracterización de los derechos humanos estaría compuesta, entonces, por todas las *personas morales*, siendo un hecho contingente (no necesario) que esa clase esté constituida principalmente por seres «biológicamente» humanos.

Avancemos ahora hacia la caracterización de los derechos humanos en un sentido analítico [14]. En primer lugar se dice que los derechos humanos son *intrínsecos*, lo que quiere decir que su posesión no depende de ninguna otra propiedad que el hecho de «pertenecer a la clase de los seres humanos» en el sentido que hemos descrito más arriba y que, en adelante, resumiremos con el término «persona humana» (lo que significa que existirían, también, «personas no humanas»). A continuación se sostiene que los

---

[11] NINO, *Ética y derechos humanos*, Paidós, 1984, 44. Tampoco debiéramos vulnerar el famoso *axioma de Hume*, que nos inhabilita lógicamente para deducir prescripciones —como el deber de conceder un derecho— de meras descripciones —como lo es la constatación de que se poseen determinadas características biológicas—.

[12] SINGER, *Ética práctica*, Cambridge University Press, 1995.

[13] RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1971.

[14] *Vid.* P. DE LORA, *Memorias y frontera, el desafío de los derechos humanos*, Madrid, Alianza, 2006; F. LAPORTA, «El concepto de derechos humanos», *Doxa,* núm. 4, 1987; C. PEÑA, «Sobre el Concepto y el Fundamento de los Derechos Humanos», en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, núm. 27, Santiago, Universidad Diego Portales, 1993, y L. VILLAVICENCIO, *La Constitución y los Derechos Humanos*, Santiago, Conosur, 1998.

derechos humanos son *universales*, pues se trata de derechos de los cuales son titulares todos quienes sean personas humanas, sin excepción. Son además igualitarios, lo que quiere decir que todos quienes pertenecen a la clase de los seres humanos poseen un título igual a tales derechos.

Los derechos humanos son *prioritarios o absolutos*, pues se trata de exigencias morales fuertes y esa fuerza descansa en que son la concreción de bienes de particular relevancia para las personas. Luego, cuando se sostiene que los derechos humanos son derechos absolutos lo que queremos decir es, precisamente, que se trata de requerimientos morales que al entrar en conflicto con otros requerimientos morales los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer en todo caso» [15]. En este sentido se afirma que los derechos humanos tienen un carácter «prima facie», en principio no pueden ser vulnerados y sólo pueden verse limitados por los derechos de otras personas. En la línea de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley». Lo importante, para una teoría ética basada en los derechos humanos, es determinar las razones por las que podríamos, en esos supuestos, sacrificar los derechos; «especificar las circunstancias que nos permitan acabar con los bienes más importantes de la persona» [16].

Otra importante característica es que se trata de derechos *individualizados* y no agregativos. Esto es, **ningún ente que no pertenezca a la clase de los seres humanos, individualmente considerado, puede detentar tales derechos**. Por lo tanto, ni la mayoría, ni el Estado, ni el bien común o cualquier otra denominación similar, tienen derechos concurrentes que puedan justificar moralmente su violación o excepción y podemos incluir aquí, ni valores de tipo religioso o metafísico como el «sagrado valor de la vida humana» o el valor abstracto de «la vida humana en potencia». Por último, se trata de derechos *contramayoritarios* que se comportan como límite, umbral o «carta de triunfo» en contra de medidas fundadas en la consecución de objetivos sociales colectivos [17]. Si un derecho cediera —arguye NINO— cada vez que se demostrase que su ignorancia conduce a una situación socialmente valiosa, no sería un genuino derecho sino una concesión precaria que sólo se hace en vista del interés colectivo. Entonces, los derechos humanos son derechos fuertes en el sentido que no admiten restricciones justificadas en la obtención de objetivos sociales o comunes, aunque sean deseables de alcanzar [18].

---

[15] F. LAPORTA, «El concepto de derechos humanos», *Doxa,* 4, 1987, 39.

[16] P. DE LORA, *Memorias y frontera, el desafío de los derechos humanos*, Madrid, Alianza, 2006, 120.

[17] R. DWORKIN, *Los Derechos en Serio*, Barcelona, Ariel, 1989, 58 a 162.

[18] Si bien hay autores que sostienen que, además, los derechos humanos son inalienables o irrenunciables, la mayoría de los teóricos políticos rechazan este concepto por su carácter paternalista y, en cierto modo, autoritario, pues sostener la irrenunciabilidad de un derecho lo transformaría, por definición, en un «derecho-deber», lo que es un contrasentido que no se justifica moralmente. Por lo mismo, esta tesis —que cae en la contradicción derivada de suponer que los derechos humanos son irrenunciables hasta por sus propios titulares— puede superarse siguiendo a Laporta quien distingue entre la «titularidad» de los derechos y su «ejercicio». En general, la titularidad de los derechos humanos sería inalienable, pero su ejercicio puede ser voluntariamente limitado por el propio titular. *Ibid.,* LAPORTA, 1987, 44.

En conclusión, considerar «en serio» los derechos humanos de las mujeres, exige aceptar que se trata de derechos que sólo pueden ser limitados con el fin de proteger **otros derechos humanos individualmente detentados por otra persona**, de modo que resulta forzoso descartar como ilegítimos los fundamentos que distintas legislaciones y tribunales han esgrimido para justificar la penalización del aborto: la protección del «valor abstracto de la vida humana»[19]. En cambio, la única manera de limitar los derechos de las mujeres —compatible con el concepto y características que se han apuntado— requiere partir de los siguientes supuestos: primero, se precisa analizar si el feto posee las características que usualmente atribuimos a las personas, únicas titulares de derechos. Segundo, de no ser posible lo anterior, debemos analizar si es factible que, a partir de cierto momento de su desarrollo, el feto despliegue particularidades que ameriten que le atribuyamos derechos.

¿Significa lo anterior que la única manera de limitar legítimamente los derechos humanos de las mujeres en materia reproductiva sería aceptando que el feto es una persona? Para algunos ni siquiera así sería posible. El clásico argumento, desarrollado por J. J. THOMSON, que defiende la idea de que, aun considerando al feto como persona, la madre tendría, en ciertas circunstancias, el legítimo derecho de abortar, es el siguiente: «Permítanme pedirles que se imaginen que una mañana despiertan en la cama de un hospital, conectados de alguna manera a un hombre inconsciente que se encuentra en la cama contigua. Le dicen que ese hombre es un violinista famoso que tiene una enfermedad renal y su única forma de sobrevivir es manteniendo su sistema circulatorio conectado al de otro individuo con el mismo grupo sanguíneo y usted es la única persona con la sangre adecuada. Así, una asociación de amantes de la música le ha secuestrado y llevado a cabo la operación de conexión. Como se encuentra en un hospital de buena reputación podría, si quisiera, solicitar a un médico que le desconectara del violinista, en cuyo caso él moriría irremediablemente. Por otra parte, si permanece conectado durante "sólo" nueve meses, el violinista se recuperaría y podría luego usted ser desconectado sin poner en peligro su vida»[20].

La autora considera que si nos viéramos inmersos en esta situación inesperada, no estaríamos moralmente obligados a permitir que el violinista utilizara nuestros riñones durante nueve meses. Ayudar al violinista sería, claro, un acto muy generoso de nuestra parte, pero decir esto es bastante distinto de decir que haríamos mal si actuáramos de otra manera y nos desconectáramos. La conclusión, por tanto, es que, aún considerando que el violinista sea un ser humano inocente, con el mismo derecho a la vida que el de cualquiera, *ello no significa que pueda utilizar el cuerpo de otra persona para sobrevivir.* La idea es mostrar el paralelismo de este caso hipotético con algunos casos de embarazos no deseados. Por ejemplo, resulta evidente que una mujer que ha quedado embarazada como resultado de una violación se encontraría a sí misma, de un momento a otro, «conectada» a un feto del que no es, de manera alguna, más responsable que lo que lo sería de la vida del violinista.

---

[19] *Vid.,* por ejemplo, Tribunal Constitucional Español, sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985; Corte Constitucional Alemana, sentencia del 25 de febrero de 1975, 39 BVerfGE 1; Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-133, de 1994.

[20] J. J. THOMSON, «Una defensa del aborto», en *Debate sobre el aborto, cinco ensayos de filosofía moral*, Madrid, Cátedra, 1992.

Ahora, el ejemplo de THOMSON nos permite identificar y destacar de qué modo la regla de oro formulada por KANT a modo de imperativo moral curiosamente no parece a la mayoría de los filósofos morales susceptible de vulneración, salvo en el caso de la mujer embarazada. En efecto ¿existe alguna situación bajo la cual, con o sin responsabilidad de por medio, la legislación obligue a una persona a sacrificarse con el fin de salvar la vida de otros?[21] Podemos empezar con el famoso caso de la bomba programada o *«the ticking bomb case»* que nos pide que imaginemos que un terrorista que acaba de ser capturado confiesa que ha puesto una bomba que estallará de modo inminente y matará a cientos o miles de personas. En tal escenario ¿debiéramos torturar al terrorista para que nos diga dónde ha colocado la bomba? La mayoría de los filósofos morales (salvo los utilitaristas) consideran que, aun en este caso, por medio de la aplicación del principio de dignidad derivado del imperativo de KANT, sacrificar la integridad de una persona para salvar a otras, sería inmoral. Con independencia de su responsabilidad en la creación de la situación que coloca su vida e indemnidad en oposición a las de otras personas, se defiende el derecho del terrorista a seguir siendo tratado como «persona con dignidad», lo que implica no consentir en utilizarle como medio para lograr un fin legítimo. ¿Por qué no se razona igual con la mujer embarazada? Aun cuando ella pudiera ser totalmente responsable de su embarazo (aunque, en verdad, siempre lo será, como máximo, en un 50 por 100), y aun cuando considerásemos que el embrión es una persona con derechos humanos, no debiéramos sacrificar su indemnidad física para salvar al embrión. No debiéramos tratarla como medio para obtener ningún fin, por muy legítimo que pueda parecer.

Veamos otro ejemplo. Imagine usted que va conduciendo un coche y que, por ir hablando por móvil, no alcanza a frenar en la luz roja y atropella a un niño. Suponga que ese niño ha sufrido, a consecuencia del accidente, una fuerte hemorragia que le hace necesitar con urgencia una transfusión de sangre y que usted —le ha dicho la doctora— es la única persona que hay en el pueblo (se trata de un lugar relativamente aislado) que posee el mismo tipo de sangre. Al momento llega un policía que le pide que le acompañe para iniciar el procedimiento de rigor y le comunica que hay varios testigos de los hechos que le culpan del accidente por lo que debe usted conseguir a la brevedad un abogado si quiere tener alguna oportunidad con su defensa. La doctora le ruega que se quede y «done» sangre, pero usted —asustado— decide que es mejor no demorar más su reunión con su abogado, por lo que, sin considerar la gravedad del niño, se despide y abandona el hospital. Luego de unas horas, le informan que el niño ha muerto por la hemorragia. ¿Ha violado usted la ley por no *donar* su sangre? Usted me dirá que, evidentemente, no pues toda donación es, por definición, voluntaria y la donación de sangre —así como de órganos— se considera que debe ser siempre libre, aun cuando de ello pueda depender la vida de una persona. Esto, de nuevo, se deduce del derecho a la integridad física y psíquica del donante, del **derecho a la inviolabilidad de su cuerpo,** de modo que no hay delito ni reproche legal.

Parece inevitable, de nuevo, preguntarse por qué ese derecho a la libertad e inviolabilidad del propio cuerpo, que las legislaciones de todo el mundo occidental reconocen sin excepción a las personas, se pone en cuestión solo cuando se trata de una mujer

[21] Sobre el problema de la responsabilidad en el embarazo, *vid.* A. RUIZ MIGUEL, *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 44 y ss.

embarazada. ¿Por qué ella sí debe prestar su cuerpo a otro si no quiere terminar en prisión? Además, sabemos que una maternidad no deseada puede destruir la vida de una mujer al obligarla a dejar de estudiar o trabajar, enfrentarla a la propia familia, reducirla a la miseria o ponerla en situación de no ser capaz de proveer al mantenimiento de sí misma y de su propio hijo. La punición del aborto es el único caso en que se penaliza la omisión no ya de un simple acto —como en el caso, por lo demás bastante aislado, de la «omisión de socorro»— sino de una opción de vida: la que consiste en no querer convertirse en madre [22]. A diferencia de lo que sucede con las restantes prohibiciones penales, la prohibición del aborto equivale también a una obligación: la obligación de convertirse en madre, de llevar a término un embarazo, de alimentar y educar a un hijo etc., todo ello en contraste con el principio de igualdad, que supone tratar a las mujeres con igual consideración y respeto, tutelando su identidad. *La penalización del aborto despoja a la mujer la autonomía sobre su propio cuerpo y la reduce a cosa o instrumento de procreación sometida a fines que no son suyos y violando el imperativo de* KANT.

3. EMBRIONES, FETOS Y PERSONAS

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que existen serias dificultades para considerar al feto como perteneciente a la «clase de los seres humanos» en el sentido que hemos descrito más arriba, es decir, como persona moral. En esta línea, debemos acordar algún concepto de persona que sintetice las dos nociones que suelen superponerse, la de persona legal y la de persona moral. Sobre el concepto de *persona legal* no hay gran discusión pues tanto la legislación española, chilena como la comparada expresan que sólo quienes han nacido son, técnicamente, «personas» para los efectos de la titularidad de derechos subjetivos.

¿Sin embargo, es el feto una *persona moral*? El concepto de persona moral ha sido especialmente desarrollado por J. RAWLS en base a la teoría de KANT sobre el actuar autónomo, el actuar ético. Desde este punto de vista los requisitos para ser considerados persona son más estrictos que el solo hecho de haber nacido. Las personas morales, según vimos, son aquellas capaces de detentar dos virtudes morales: por una parte, un *sentido de la justicia* y, por la otra, una cierta *concepción del bien.* El primero exige la capacidad de entender, aplicar y actuar según la concepción pública de la justicia que caracteriza a los términos equitativos de la cooperación social. La segunda, la capacidad de adoptar una cierta concepción del bien, esto es, «una familia ordenada de fines y objetivos últimos que definen la concepción que tiene la persona de lo que tiene valor en la vida humana» [23]. Y concluye RAWLS: «**sólo los que pueden hacer justicia tienen derecho a la justicia**» [24] de modo que no parece posible considerar al feto como persona moral puesto que ni siquiera un recién nacido o un discapacitado mental sería

[22] L. FERRAJOLI, 2002, *op. cit.* El derecho español dispone que se incurre en un delito de omisión del deber de socorro cuando no se ayuda a una persona que se encuentra desamparada y en peligro manifiesto y grave, sin que exista ningún riesgo ni para sí mismo ni para terceros. También se castiga con la misma pena la conducta de aquella persona que, aunque no puede prestar directamente socorro, no solicita la ayuda de un tercero (art. 95 del Código Penal).

[23] J. RAWLS, *La Justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002, 43.

[24] J. RAWLS, *A Theory of justice*, Harvard University Press, 1971, 510.

capaz de responder a la noción de persona desarrollada a partir del ideal kantiano de autonomía moral.

Lo anterior resulta de vital importancia para la regulación del aborto. Desde ya parece ineludible aceptar que, puesto que no hay «otra persona» —sea legal o moral— que pueda oponer sus derechos a los de la mujer, no habría justificación alguna para limitar o excluir sus derechos humanos. Además, se trata de derechos prioritarios e individualizados, por lo que sólo pueden verse coartados, en caso de conflicto, *por mor* de los derechos de otras personas pues ningún ente o valor que no sea una «persona moral individualmente considerada» detenta tales derechos. Esto, sin embargo, no significa que no podamos encontrar argumentos que permitan regular e incluso restringir el derecho al aborto, pero debemos hacerlo demostrando *cómo es posible identificar en el feto, individualmente considerado, y en atención a sus distintas etapas de desarrollo, ciertas características morales compartidas con las personas, que ameriten que le atribuyamos derechos por sí mismo*. Se requiere identificar cuándo el propio feto adquiere un interés relevante digno de ser protegido y capaz de desplazar el derecho fundamental de la mujer a la autonomía reproductiva. Aquí hay dos caminos posibles, primero, atender a la capacidad del feto de sentir dolor o de ser consciente de sufrimiento y, segundo, prestar atención al momento de la viabilidad fetal, esto es, a la capacidad del feto de vivir fuera del útero materno.

Empecemos por el segundo argumento. El problema asociado a la tesis de la viabilidad —utilizada, como se sabe, por la Corte Suprema estadounidense para despenalizar el aborto ya en el año 1973 [25]— está en que debido al rápido desarrollo de la ciencia el plazo de la viabilidad —que hoy ronda en las 24 semanas de gestación— podría ir variando obligándonos a restringir cada vez más los derechos de las mujeres. Dicho de otra forma, el criterio de la viabilidad sería arbitrario pues su fijación dependería de un factor variable en el tiempo y en el espacio, como es el estado de la técnica en un determinado país [26]. Con todo, RUIZ MIGUEL ha sostenido que esta no es una objeción suficiente pues habría abundantes campos donde las variaciones en los avances técnicos hacen variar también la aplicación de los criterios valorativos sin convertirlos en arbitrarios: «la única crítica decisiva al criterio de la viabilidad es que la dependencia, por sí sola, no es una razón justificativa suficiente para disponer libremente de la vida de un ser que se reconoce diferente» [27]. Ahora, como se anotó más arriba, el hecho de que se trate de un ser diferente y viable no le hace titular de derechos humanos pues no poseería, en principio, las características necesarias para pertenecer a la «clase de los seres humanos».

Luego, parece preferible argumentar en torno a si es posible que el feto —aun no siendo persona moral— posee algún interés *independiente* jurídicamente protegible, sustentado teóricamente en la convicción de que no es lo mismo un aborto temprano que uno tardío, tesis que ha venido a validar las reformas legislativas de varios países en Europa [28]. En palabras de VALDÉS «las obligaciones morales que se tienen frente a una

---

[25] *Vid. Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113, 1973. Revisada en *Planned Parenthood vs. Casey,* 505 U.S. 833, 1992.

[26] SINGER, 1995, *op. cit.*

[27] A. RUIZ MIGUEL, *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

[28] En el último tiempo se han reemplazado las «leyes de indicaciones» por las «leyes de plazo» como sistemas de regulación del aborto en Europa y, en particular, en España. El «sistema de indicaciones», que permite

persona ya nacida no son las mismas que las que se tienen frente a un óvulo fecundado. Por ejemplo, a este último no lo podemos lastimar ya que carece de toda sensibilidad. Tampoco parece como algo cuyos deseos o intereses personales o planes de vida podamos contrariar, porque simplemente no posee ninguno [...] [29]». Los óvulos fecundados resultan ser distintos de las personas precisamente en aquellos aspectos que importan a la moralidad (dolor, deseos o intereses).

La ciencia ha probado que el desarrollo del ser humano es un proceso gradual. «El óvulo fecundado es una célula individual que, después de unos días, sigue siendo un diminuto conjunto de células sin ningún rasgo anatómico del ser en el que se convertirá posteriormente [...] hasta los 14 días después de la fertilización, ni siquiera podemos saber si el embrión va a ser uno o dos individuos» [30] ¿Es verdad que no existiría ninguna línea divisoria moralmente significativa entre el óvulo fecundado y el niño? Como vimos, las sugeridas normalmente —el nacimiento, la viabilidad y el movimiento— no parecen pertinentes. Sí parece importante, en cambio, la capacidad del feto de sentir dolor o de ser consciente de sufrimiento. Por ello, autores como SINGER consideran que si el feto es capaz de sentir dolor entonces «tendría interés en no sentirlo y a ese interés se le debería dar igual consideración que a los intereses similares de cualquier otro ser» [31]. En la misma línea, para DWORKIN resulta muy difícil defender la idea que postula que el feto tiene intereses propios, en particular, un interés en no ser destruido desde el momento mismo de la fecundación [32]. Pero, en cambio, sí es posible atribuir interés al feto cuando éste es capaz de sentir dolor. «Infligir dolor al feto, que está dotado de un sistema nervioso suficientemente desarrollado para sentirlo, es también muy desfavorable a sus intereses. Pero un feto no puede ser consciente del dolor hasta el final del embarazo porque hasta entonces su cerebro no está lo suficientemente desarrollado» [33].

Las últimas investigaciones médicas publicadas en diversas revistas científicas indican que los fetos sólo son capaces de sentir dolor a las 29 o 30 semanas, entre 6 y 7 meses de embarazo, puesto que las estructuras cerebrales donde se reconoce un estímulo desagradable, son las últimas que se forman durante la gestación. El dolor viaja por el sistema nervioso y en el feto lo último que se forma son las células más especializadas del cerebro, la corteza cerebral. «La percepción del dolor requiere el reconocimiento

---

el aborto en determinadas situaciones, parte del esquema regla-excepción: la regla es el castigo del aborto; la excepción, permitir el aborto en ciertos supuestos expresamente regulados. Las indicaciones más frecuentes son la terapéutica, la ética o criminológica, la eugenésica y la económico-social. El «sistema de los plazos» supone que el aborto es completamente libre hasta que se llega a un momento determinado de la gestación que suele fijarse en torno a las doce primeras semanas del embarazo (como ocurre en España). Hasta que se cumpla dicho plazo, la madre puede decidir con entera libertad sobre la continuación o interrupción del embarazo, con la sola condición de que sea realizada por un médico en un hospital o consultorio que garantice un aborto seguro y, a veces, se suma la exigencia de una consulta previa médico-social de los profesionales correspondientes. A partir del plazo que señala la ley el aborto puede ser lícito siempre que se den alguna de las indicaciones recién vistas, en ROMEO CASABONA, «*El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana»,* Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

[29] M. VALDÉS, «El problema del aborto: tres enfoques», en *Bioética y Derecho, fundamentos y problemas actuales*, R. VÁSQUEZ (ed.), México, Fondo de Cultura Económica, 1999, 131 y ss.

[30] SINGER, 1995, *op. cit.,* 69.

[31] *Id.,* SINGER, 203.

[32] R. DWORKIN, *El Dominio de la Vida,* Barcelona, Ariel, 1994, 19.

[33] *Id.*, DWORKIN, 27.

consciente o conciencia de un estímulo nocivo. Ni los reflejos de retirada, ni las respuestas hormonales de estrés para procedimientos invasivos prueban la existencia de dolor en el feto, ya que pueden ser provocadas por estímulos no dolorosos y producirse sin el procesamiento cortical consciente. La conciencia del feto ante estímulos nocivos requiere conexiones funcionales tálamo-corticales. Las fibras tálamo-corticales comienzan a aparecer entre las 23 a 30 semanas de gestación, mientras que la electroencefalografía indica que la capacidad de percepción del dolor funcional en los recién nacidos prematuros no existe, probablemente, antes de las 29 o 30 semanas»[34].

Así, por lo demás, ha argumentado el *Colegio de Bioética de México* durante las discusiones originadas a propósito de la despenalización del aborto en dicho país. «Los conocimientos científicos sobre el genoma, la fertilización, el desarrollo del embrión humano y la fisiología del embarazo indican que el embrión de 12 semanas no es un individuo biológico ni mucho menos una persona, porque: *a)* Carece de vida independiente, ya que es totalmente inviable fuera del útero; *b)* Si bien posee el genoma humano completo, considerar que por esto el embrión de 12 semanas es persona, obligaría a aceptar como persona a cualquier célula u órgano del organismo adulto, que también tienen el genoma completo. La extirpación de un órgano equivaldría entonces a matar a miles de millones de personas; *c)* A las 12 semanas el desarrollo del cerebro está apenas en sus etapas iniciales y no se ha desarrollado la corteza cerebral ni se han establecido las conexiones nerviosas hacia esa región que son indispensables para que puedan existir las sensaciones; *d)* Por lo anterior, el embrión de 12 semanas no es capaz de experimentar dolor ni ninguna otra percepción sensorial, y mucho menos de sufrir o de gozar»[35].

Esta evidencia científica parece haber sido uno de los principales fundamentos de la mayoría de las legislaciones del mundo desarrollado que han transitado desde las leyes de indicaciones a las leyes de plazos, pues parece razonable y coherente con la teoría de los derechos humanos que he venido analizando que, si la restricción de derechos requiere ser justificada sobre la base del dualismo «persona-persona», las legislaciones que regulen el aborto debieran limitarlo sólo cuando sea posible reconocer en el feto mismo alguna de las características relevantes compartidas por las personas humanas: percepción y conciencia del dolor. Es por ello que el límite legal para realizar abortos, en la mayoría de los países de Europa, es de 12 semanas. El país donde el límite es mayor es Chipre (con 28 semanas, pero sólo en ciertas circunstancias). Le siguen con 24 semanas Finlandia, el Reino Unido y Holanda. El resto de los países oscila entre

---

[34] S. J. Lee, H. J. P. Ralston, E. A. Drey, J. C. Partridge y M. A. Rosen, «Fetal Pain. A Systematic Multidisciplinary Review of the Evidence», *Journal of the American Medical Association* (JAMA), agosto 24/31, 2005, vol. 294, núm. 8: 947-954. Los resultados de este estudio vienen a corroborar las conclusiones de estudios realizados en las décadas de los 80 y 90 del pasado siglo. *Vid.* S. W. G. Derbyshire y A. Furedi, «Fetal pain is a misnomer», *British Medical Journal*, vol. 313:795, septiembre, 1996; X. Giannakoulopoulos, W. Sepulveda, P. Kourtis, V. Glover y N. M. Fisk, «Fetal plasma cortisol and (beta)-endorphin response to intrauterine needling», *Lancet*, 1994, 9 de julio, 344 (8915): 73-74; P. Wall, R. Melzack y M. Fitzgerald, «Neurobiology of fetal and neonatal pain», en P. Wall y R. Melzack (eds.), *Textbook of pain*, Edinburgh, Churchill Livingstone, 1994; M. Fitzgerald, *Fetal pain: an update of current scientific knowledge*, London, DoH, 1995; L. Mrzljak, H. B. M. Uylings, I. Kostovic y C. G. van Eden, «Prenatal development of neurons in prefrontal cortex: a qualitative Golgi study», *Journal of comparative neurology*, 1988, vol. 271, 3: 355-386.

[35] Informe del Colegio de Bioética de México, en *Revista Proceso. Semanario de información y análisis,* núm. 1590, 22 de abril de 2007, 8.

las 12 y 22 semanas. En la misma línea, en los Estados Unidos resulta inconstitucional prohibir el aborto durante los dos primeros trimestres de embarazo [36].

CONCLUSIÓN

Una interpretación adecuada de los conflictos que emanan de las normas constitucionales que reconocen derechos a las personas —las mujeres— y las normas legales que determinan el estatuto del embrión, debiera ir en la línea de aquel principio kantiano que defiende que los individuos son fines, no medios que puedan ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines, principio que ha tenido un importante reconocimiento por la Corte Constitucional de Colombia que ha distinguido dos posiciones posibles: 1) La que asume la vida como algo «sagrado» y 2) aquella que estima que es un bien valioso pero «no sagrado», pues las creencias religiosas o las convicciones metafísicas que fundamentan la sacralización son apenas una entre diversas opciones [37]. Para el constitucional, estos dilemas se deben resolver desde una perspectiva secular y pluralista, que respete la autonomía moral del individuo y las libertades y derechos que inspiran el ordenamiento jurídico, pues las demandas heroicas fundadas en creencias religiosas sólo pueden revestir el carácter de opción, aun cuando «una inmensa mayoría de la población las estime intangibles» [38].

Se trata, como ya se adivinará, de lo que RAWLS denominaba el «uso público de la razón», es decir, la evitación en el debate público de aquellos argumentos propios de doctrinas morales, filosóficas o religiosa «comprehensivas», que demandan a las autoridades del Estado que justifiquen sus decisiones sobre la base de razones intersubjetivamente válidas, razones que todos los miembros de la comunidad política puedan aceptar [39]. Legislaciones como la de Chile, El Salvador y Nicaragua, donde se penaliza el aborto en todas las circunstancias, sustentan la completa preminencia de uno de los bienes jurídicos en juego y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, desconociendo su dignidad y reduciéndola «a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección» [40]. La mujer no puede jurídicamente ser obligada a adoptar comportamientos heroicos y el legislador no puede desconocer que, como ser humano plenamente digno, no se la puede convertir en un simple instrumento de reproducción de la especie humana.

Quienes argumentan a favor de la penalización del aborto suelen hacerlo en base a la idea de que las mujeres, una vez que quedan embarazadas, pierden su condición de personas, en el sentido que lo ha entendido occidente a partir de las grandes revoluciones del siglo XVIII, es decir, individuos dotados de derecho a la libertad, dignidad e igualdad. No se puede dejar de reconocer que el reclamo de las mujeres con un embarazo no deseado es un reclamo asociado a una apelación más amplia por la igualdad de

---

[36] *Roe vs. Wade,* 410 U.S. 113 1973.
[37] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-239/97.
[38] *Ibid.,* Sentencia C-239/97.
[39] J. RAWLS, *Justicia como equidad*, Madrid, Tecnos, 1999, 132-133.
[40] Sentencia C-355/06. Bogotá, D. C, 10 de mayo de 2006.

trato. Después de todo **ningún otro individuo en ninguna otra situación es obligado a realizar el acto supererogatorio al que son obligadas las mujeres embarazadas.**

La teoría general de los derechos humanos demanda coherencia en su aplicación práctica al problema bioético del aborto de modo que resulta imprescindible que las legislaciones que regulen el aborto lo restrinjan solo cuando sea posible reconocer en el nasciturus alguna de las características relevantes compartidas por las personas morales, como por ejemplo, la percepción o conciencia del dolor. Como la evidencia científica de los últimos 30 años ha confirmado que esa característica, que ameritaría una consideración jurídica, solo aparece en la última etapa del embarazo, entonces las legislaciones restrictivas debieran, no sólo despenalizar el aborto en aquellos casos calificados por las organizaciones de derechos humanos como graves (peligro para la salud y vida de la madre y violación) sino que además proponer una ley que dé debida importancia a los plazos en materia de desarrollo intrauterino y consideración moral y que, finalmente, reconozca que las mujeres no pierden su derecho a la libertad y dignidad con el embarazo.

CUATRO MODOS DE DEBATIR *

Josep Aguiló Regla
Universidad de Alicante

RESUMEN. El trabajo trata de exponer cuatro modos (tipos ideales) de debatir, de argumentar dialogando. Individualizados y ordenados a partir de la variable conflicto/cooperación, los cuatro modos de debatir son los siguientes: la **disputa** (debate conflictivo y actoral), la **controversia** (debate conflictivo y temático), el **diálogo racional** (debate cooperativo y temático) y el **consenso** (debate cooperativo y actoral).

Palabras clave: Modos de debatir, tipos de debate, debate, disputa, controversia, diálogo racional, consenso.

Four Types of Debating

ABSTRACT. The paper tries to expose four types (ideal types) of debating, of arguing through dialogue. Individualized and organized along the conflict/cooperation dimension, the four types of debating are the following: **dispute** (conflictive and actoral debate), **controversy** (conflictive and thematic debate), **rational dialogue** (cooperative and thematic debate) and **consensus** (cooperative and actoral debate).

Keywords: Types of debating, types of debate, debate, dispute, controversy, rational dialogue, consensus.

* Fecha de recepción: 28 de octubre de 2013. Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2013.
Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Argumentación y constitucionalismo» (DER2010-21032), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología español.

1. INTRODUCCIÓN

Debatir es argumentar en forma de diálogo. Naturalmente no en todos los diálogos la argumentación tiene el mismo peso. Hay muchos diálogos cuyo sentido no gira en torno a dar y quitar razones en defensa de tesis, acciones, afirmaciones o creencias. En este texto me propongo exponer cuatro modos de debatir, es decir, cuatro modos de argumentar dialogando. Ahora bien, antes de proceder a dicha exposición quiero dejar claras tres cosas que me parece importante advertir. En primer lugar, la finalidad que persigo no es, en realidad, intervenir en las eruditas discusiones académicas relativas a los géneros del debate propias de los estudios de dialéctica y de retórica. El análisis que aquí presento es, en este sentido, mucho más modesto y, además, responde a necesidades estrictamente instrumentales. En efecto, los cuatro modos de debatir tal como aquí se han perfilado pretenden resultar útiles en relación con un proyecto más amplio en el que estoy inmerso y que involucra la argumentación, la negociación y la mediación [1]. El carácter instrumental de dicho análisis no impide sin embargo pensar que lo que aquí se va a decir a propósito del debate pueda resultar útil más allá del ámbito del referido proyecto.

En segundo lugar, y a efectos de contextualizar el discurso sobre los modos de debatir, conviene apuntar siquiera la idea general que inspira ese proyecto más amplio. La idea es esta: Entender bien la mediación supone entender bien la negociación; y entender bien la negociación supone entender bien los aspectos argumentativos presentes en la misma. Por ello, los modos de debatir que voy a destacar tienen que resultar fácilmente reconocibles como propios, e incluso típicos, de diferentes fases posibles en una negociación. Para que un proyecto así resulte viable hay que aceptar tres presupuestos. El primer presupuesto es que si bien la negociación no es reducible a diálogo, sí puede decirse que sin diálogo, la negociación resulta inconcebible. Toda negociación implica diálogo [2]. El segundo presupuesto que hay que aceptar es que el

---

[1] Este artículo reproduce —imagino que con pocas variaciones— una parte del texto que será el cap. II de un libro que estoy elaborando y cuyo subtítulo será (el título todavía no está decidido) «Argumentación, negociación y mediación». En el cap. I del referido libro, siguiendo la distinción propuesta por ATIENZA entre la concepción formal de la argumentación, la material y la pragmática (M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, 61 y ss.; y también, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, 107 y ss.), se muestra que para analizar adecuadamente las relaciones entre argumentación y negociación hay que situarse en el dominio de la concepción pragmática de la argumentación; donde la argumentación es contemplada esencialmente desde la perspectiva de la relación entre los sujetos de la argumentación. De este modo, «argumentación» y «negociación» comparten la noción de «relación social» como género común.

[2] Algunos expertos en negociación hacen un uso idealizado de la palabra «diálogo», de forma tal que dicha noción aparece como opuesta a la de «negociación». Este es el caso, por ejemplo, de J. R. DE PÁRAMO, que de manera bien sucinta estipula de la siguiente manera la tesis de la separación entre «diálogo» y «negociación»: «Cuando alguien acepta el diálogo con otro sujeto reconoce su capacidad de argumentar y la posibilidad de verse atrapado por sus razonamientos y convertirse a su causa. El diálogo implica asumir la condición del otro como un sujeto que actúa conforme a razones, aceptar el compromiso de escucharlo y reconocer que es posible que tenga razón en sus apreciaciones [... Por el contrario,] negociar es un proceso entre las partes de un conflicto que tiene como objetivo la resolución de éste mediante la conformación de un acuerdo que se constituye a partir de la interacción entre las propuestas de solución que cada una de ellas presenta en la mesa. Los fundamentos del acuerdo son la voluntad de las partes y su nivel de satisfacción con respecto a las expectativas que tengan los negociadores. Es una estrategia voluntaria de adaptación y equilibrio, un método inteligente

diálogo que tiene lugar en una negociación tiene un alto contenido argumentativo; en consecuencia, el diálogo propio de una negociación es un debate. En toda negociación, como mínimo, cada parte trata de **persuadir** —con razones o no [3]— a la otra parte para que cambie o modifique sus posiciones o pretensiones iniciales. El tercer presupuesto que hay que aceptar parte del dato de que tanto debatir como negociar son actividades que implican al menos a dos sujetos que interactúan entre sí; es decir, dos sujetos cuyas conductas se condicionan recíprocamente, dos sujetos que se hallan en una situación de interdependencia. Solo metafóricamente pueden entenderse frases del tipo de «estoy negociando conmigo mismo» o «Luisa está dialogando/debatiendo sola». En consecuencia, tanto la negociación como el debate pueden conceptualizarse como «relaciones sociales». Como es bien sabido, en función de la compatibilidad o incompatibilidad de los objetivos perseguidos por los sujetos que interactúan, las relaciones sociales en general pueden clasificarse en relaciones cooperativas (de cooperación) y conflictivas (de conflicto). Pues bien, el tercer presupuesto es que la variable cooperación/conflicto juega un papel fundamental en la comprensión tanto del debate (y sus formas) como de la negociación.

Finalmente, y en tercer lugar, conviene advertir que los cuatro modos de debatir que voy a exponer están directamente inspirados por la lectura de la obra de A. Cattani *Los usos de la retórica* [4]. Ahora bien, lo que viene a continuación no es una exposición de las tesis de Cattani relativas al debate ni tampoco una aplicación de las mismas; exponer y aplicar exigen un grado de fidelidad a la «fuente» que yo no voy a practicar.

2. DEBATIR ES...

Debatir es —ya lo hemos dicho— argumentar en forma dialogada y, por definición, exige al menos la intervención de dos sujetos. Las figuras dialécticas conceptualmente próximas al debate son muchísimas. Por ejemplo (la siguiente relación en absoluto pretende ser exhaustiva): controversia, polémica, disputa, discusión, indagación, exploración, deliberación, diatriba, contienda verbal, tertulia, diálogo racional, entrevista, trato, etc. Ante tantos conceptos próximos, de tan difícil precisión y casi imposible distinción unos de otros, ¿cómo proceder?

Para huir del ruido y del desconcierto, recurramos a las metáforas como forma de iniciar la tarea de composición de tipos ideales de debate. Consideremos las siguientes cuatro:

1. Debatir es combatir. Metáfora bélica.
2. Debatir es competir. Metáfora deportiva.

---

para asignar o repartir recursos, integrar eficientemente intereses y preferencias relativamente divergentes entre sí y dirimir el conflicto de una forma cooperativa [...]», J. R. de Páramo, «Carta abierta al Sr. Ministro de Educación», *Nuevatribuna.es*, 6 de junio de 2012. Naturalmente, aquí no voy a asumir una concepción del diálogo tan idealizada como la que refleja el texto de J. R. de Páramo.

[3] Con la palabra «razones» ocurre algo muy semejante a lo que sucedía con la palabra «diálogo»; pues «razones» es susceptible de recibir también una interpretación idealizada de manera que aluda exclusivamente a las razones de corrección, a las razones últimas, imparciales...

[4] A. Cattani, *Los usos de la retórica* (trad. J. Linares), Madrid, Alianza Editorial, 2003.

3. Debatir es explorar y/o diagnosticar. Metáfora médica.
4. Debatir es construir. Metáfora constructiva[5].

A continuación, trataré de perfilar cada uno de estos modos de debatir en la confianza de que nos resulten fácilmente reconocibles (proyectables sobre la realidad) y distinguibles unos de otros. Para proceder a su caracterización pondré algunos ejemplos que puedan operar como paradigmas y trataré de explicar cosas tales como el tipo de relación que se da entre los sujetos que debaten, la finalidad que persigue cada uno de ellos, algunos resultados posibles y las reglas, formales e informales, que rigen en cada uno de esos tipos de debate. Esto último será muy importante porque permitirá mostrar que las falacias que pueden cometer los interlocutores variarán según el tipo de debate en que se hallen involucrados, es decir, la noción de falacia será relativa al tipo de debate, al modo de debatir.

Pero antes de entrar en todo ello, quiero llamar la atención sobre dos cuestiones que van a resultar de la máxima importancia. Primera cuestión; he evitado empezar poniendo un nombre a cada tipo ideal de debate. La razón para esta elusión es que la distinción de los modos de debatir es relativamente clara, pero la asignación de los nombres resulta altamente controvertida y problemática. Por ello, para evitar que la elección de las palabras bloquee la discusión de las ideas, he decidido aplazar hasta el final del texto la asignación de los nombres. Los introduciré en un cuadro que es una sistematización general de los modos de debatir. Segunda cuestión; la ordenación de estos cuatro modos de debatir no es azarosa ni caprichosa, responde a un criterio bien definido: Están ordenados a partir de la variable conflicto/cooperación entre los interlocutores[6]. Así, mientras que «1» representa el nivel mayor de conflicto, «4» representa el mayor nivel de cooperación. En consecuencia, «2» y «3» son graduaciones que representan respectivamente un descenso en la intensidad del conflicto y de la cooperación. En este sentido, «1» y «2» son formas conflictivas de debate y «3» y «4», formas cooperativas[7]. Es importante darse cuenta de que entre «2» y «3» queda un espacio intermedio que no representa un término medio entre el conflicto y la coope-

---

[5] CATTANI distingue los siguientes cinco modos de debatir y recurre a las siguientes metáforas: **Polémica**, metáfora bélica (debatir es luchar); **trato**, metáfora mercantil (debatir es comerciar); **enfrentamiento**, metáfora lúdico-deportiva (debatir es jugar); **indagación**, metáfora exploradora (debatir es viajar); **coloquio**, metáfora constructora (debatir es construir). *Cfr.* CATTANI, *op. cit.,* 74 y ss. En mi opinión, frente a lo sostenido por CATTANI y aunque aquí no lo voy a desarrollar, el trato (la negociación) no puede oponerse a los otros modos de debatir por la sencilla razón de que el debate que tiene lugar en una negociación puede adoptar cualquiera de las otras formas de diálogo argumentativo. Como se verá, las caracterizaciones y las asignaciones de nombres de los modos de debatir que voy a hacer tampoco coincidirán con las propuestas por CATTANI.

[6] Naturalmente hay muchísimas clasificaciones de diferentes tipos de diálogo argumentativo que usan diferentes tipos de variables. Por ejemplo, WALTON a partir de las variables «situación inicial», «finalidad» y «beneficios» construye los siguientes diez tipos básicos de diálogo: **Persuasión**, **debate**, **indagación**, **negociación**, **diálogo en comisión** (*planning committee*), **diálogo pedagógico**, **deliberación**, **disputa** (*quarrel*), **entrevista** y **consulta de expertos**. *Cfr.* D. N. WALTON, *Arguments from Ignorance,* The Pennsylvania State University, 1996, 190. M. DASCAL, por su parte, distingue tres tipos ideales de «diálogos polémicos». Así, recurriendo a las variables «objeto», «causa», «pretensión de los contendientes», «terminación del diálogo», «táctica preferente», «campo de aplicación» y «tipo de racionalidad», distingue entre **discusiones**, **disputas** y **controversias**. Sobre esta clasificación de DASCAL, *vid.* M. ATIENZA, *Curso ...*, *op. cit.,* 387 y ss.

[7] Cuando en un debate se habla de conflicto y de cooperación no sólo debe tenerse en cuenta el hecho de que los interlocutores tengan objetivos incompatibles (conflicto) o complementarios (cooperación), sino también la actitud abierta y/o cerrada con la que los sujetos se aproximan al problema (la cuestión) que es objeto de debate.

ración, pues tal término probablemente no exista. Trata, más bien, de dar cuenta de situaciones ambiguas, es decir, de relaciones en las que la combinación de elementos de cooperación y de conflicto no permite caracterizar la relación en su conjunto como cooperativa o como conflictiva. La ambigüedad de estas situaciones intermedias —a caballo entre el conflicto y la cooperación— se traduce en incertidumbre de cada participante respecto de las intenciones y actitudes que pueda mostrar su interlocutor.

2.1. Debatir es combatir

Los interlocutores que combaten se acometen, pelean, batallan, contienden, luchan, embisten, etc. Es así porque la finalidad de su interlocución es la destrucción del otro. Para cada interlocutor, el otro es un enemigo y su destrucción es sinónimo de la propia victoria. Si el interlocutor «sale vivo» del debate, la victoria no ha sido plena. La victoria se consigue cuando el otro queda desorientado, balbuciente, humillado, descalificado, lloroso, desarmado, es decir, derrotado. Ejemplos de este tipo de enfrentamientos son los debates erísticos, tales como los enfrentamientos políticos, las peleas de pareja, los diálogos de sordos, etc. Lo característico de este tipo de debate es que no es posible separar el objeto de discusión de los sujetos de la discusión. Y no es posible porque para cada interlocutor el problema central, en realidad, es el otro interlocutor. El objeto de discusión es en muchas ocasiones meramente accesorio y circunstancial. El sentido de la intervención es la descalificación. Es evidente, por ejemplo, que el sentido de «¡Váyase Sr. González!» pronunciado por Aznar combinaba con cualquier tema en discusión; valía lo mismo tanto si el debate versaba sobre el paro, sobre Europa o sobre las pensiones. El problema de Aznar era González, no el paro, Europa o las pensiones.

Naturalmente, las reglas formales e informales que rigen este tipo de debates tienen características propias. Por ejemplo, en este contexto discursivo nadie podría alegar que se está incumpliendo algo por el hecho de que uno de los interlocutores esté argumentando *ad hominem*; y no se podría alegar por la sencilla razón de que este tipo de debate va precisamente de eso. Imaginemos una pelea de pareja en la que uno de los miembros le dice al otro: «Eres un inútil. Todo lo haces mal. El mayor error de mi vida ha sido casarme contigo». El detonante de la discusión puede haber sido cualquier «objeto» de conflicto porque en realidad es accesorio en relación con la intervención. El cónyuge vilipendiado ha invertido los ahorros familiares en la estafa de las preferentes, o ha sido incapaz de arreglar un enchufe o es un vago que no hace nada en relación con las tareas de la casa. La finalidad de la intervención («eres un inútil...») es herir, dañar, castigar o, incluso, por qué no, hacer justicia («he puesto las cosas claras y le he dicho todo lo que se merece»). Hay un objeto de conflicto pero la atención se centra sobre todo en los sujetos del conflicto.

Podría dudarse del carácter argumentativo de estos debates e intercambios al considerar que un puro intercambio de descalificaciones no tiene contenido argumentativo. Naturalmente no toda descalificación verbal contiene un argumento, pero muchas de ellas sí. No entender esto supone no entender gran parte del lenguaje del conflicto, del diálogo que acompaña al conflicto. Imaginemos que un contendiente le dice al otro: «Eres un sinvergüenza, un cerdo traidor que ha filtrado información». Es eviden-

te que esta intervención tiene una clara intención de dañar, avergonzar, castigar, etc. pero tiene también un claro contenido argumentativo. Desde la dimensión formal de la argumentación, el argumento podría presentarse así: «Quien filtra información es un traidor»; «has filtrado información»; luego «eres un traidor».

Esta misma operación cabría hacerla en el caso de la esposa que «enfatizaba» la inutilidad del marido: «Eres un inútil porque te has dejado engañar», «... porque no sabes ni arreglar un enchufe», o «... porque nunca haces nada». Es decir, en cualquiera de estos tres casos hay una razón para el juicio de inutilidad, pero el énfasis no está puesto en eso, en el objeto de conflicto; sino en la actitud de combate del que habla, en la intención de derrotar al interlocutor. Es, en este sentido, un conflicto más actoral que objetual (temático). Pasemos ya al siguiente nivel de debate que va a suponer una transición de conflicto esencialmente actoral a conflicto esencialmente objetual.

2.2. Debatir es competir

Los interlocutores que compiten pretenden ganar y ello supone aceptar que la contraparte tiene que perder; el juego es, por tanto, ganar-perder. Los objetivos de los interlocutores son estrictamente incompatibles entre sí, por lo que seguimos en el ámbito propio del conflicto. En este aspecto no hay diferencia entre este modo de debatir y el anterior. ¿Dónde radica, pues, la diferencia entre combatir y competir como modos de debate? Esencialmente en dos puntos: Primero, quienes compiten se reconocen una legitimidad que no se reconocen quienes combaten. Este reconocimiento de legitimidad se traduce en que el objetivo de los actores es defender una tesis y/o rebatir una tesis opuesta, pero no destruir o descalificar al adversario. En este sentido y a diferencia de lo que ocurría en el debate combativo, el debate competitivo es temático, tiene tintes mucho más objetuales que actorales. Por ilustrarlo en lenguaje llano, aquí podrá alegarse «eso que dices es una tontería porque...» pero ya no valdrá decir al oponente «eres un imbécil porque...». Ahora hay un objeto de debate distinto y separado de los interlocutores. Una buena manera de mostrar este cambio discursivo es atender al papel de traductor del lenguaje del conflicto que desde siempre se ha atribuido al rol del abogado en relación con su cliente. El cliente, que es un actor del conflicto, tiende a personalizar el problema mientras que el abogado, que es un profesional del conflicto, debe tratar de despersonalizarlo, de objetivarlo. Segundo, combatir y competir como formas de debate se diferencian también por el papel que juegan las reglas. En general, «debatir es competir» es una actividad mucho más reglada que «debatir es combatir». Si bien se considera, una guerra sin reglas es concebible; una competición, no. En la propia definición de competición está la idea de regla; y conectada con ella la de competir respetando las reglas del juego limpio. Todos los ámbitos competitivos ordinarios están reglados: los mercados, los juegos, los deportes, los juicios, etc. En este tipo de debates es característica la denuncia de falacias en el sentido de trampas discursivas, de violación de las reglas del discurso, etc. Las reglas serán formales o informales dependiendo del grado de institucionalización y del contexto en que tenga lugar este tipo de debate, pero es consustancial al mismo la existencia de reglas. Naturalmente no es lo mismo una vista oral de un juicio, una mesa redonda sobre la despenalización del aborto o una discusión de bar sobre si Messi o Cristiano, pero en todos estos contextos

de debate hay reglas y los interlocutores están atentos al grado de cumplimiento de las mismas.

En «debatir es competir», la situación inicial es la dos sujetos que mantienen posiciones enfrentadas sobre una cuestión que resulta **controvertida**; es decir, los interlocutores mantienen posiciones incompatibles (hay antagonismo) pero se reconocen plena legitimidad. Por eso, en términos generales, las argumentaciones *ad hominem* se consideran falaces, porque no está en cuestión la legitimidad del interlocutor. La finalidad que persiguen los interlocutores es ganar. La forma más clara y contundente de ganar un debate de este tipo es derrotar al adversario: que el contrincante «arroje la toalla», que conceda la victoria, porque se ha quedado sin razones. Nótese que conceder la victoria no es estrictamente equivalente a dar la razón; en este modo de debatir, lo sujetos tienen una actitud cerrada respecto de la cuestión controvertida, no están dispuestos a cambiar de opinión. Este resultado óptimo es ciertamente infrecuente; tanto es así que bien puede decirse que la finalidad de los participantes no es ni mucho menos convencer al contrincante, sino definir de manera clara los puntos de acuerdo y desacuerdo. Fijar con precisión qué les une y qué les separa, porque una forma típica de proceder es delegar el juicio: que juzgue un tercero. Este rol del tercero puede estar más o menos institucionalizado, pero es bien claro. Retomando los tres ejemplos antes mencionados, el tercero puede ser el juez que preside la vista oral, el público que asiste a la mesa redonda sobre el aborto o los compañeros de la tertulia de café que son testigos de la controversia sobre si Messi o Cristiano.

2.3. Debatir es explorar y/o diagnosticar

En el ámbito de la medicina, diagnosticar es recoger y analizar datos para llegar a determinar el carácter de una enfermedad. «Debatir es diagnosticar» evoca la imagen de una sesión clínica. Un conjunto de médicos reunidos en torno a una historia clínica (es decir, en torno al conjunto de los datos recabados en los diferentes exámenes realizados a un paciente durante la exploración) con la finalidad de llegar a determinar qué enfermedad padece y qué tratamiento hay que aplicarle. Todos los participantes en la sesión clínica persiguen lo mismo: realizar un diagnóstico correcto y determinar el tratamiento adecuado. Esta profunda unidad de fines impregna toda esta forma de debatir. En efecto, es posible que en el desarrollo de una sesión clínica los interlocutores lleguen a formular hipótesis incompatibles entre sí, pero ello no altera la naturaleza de este tipo de debate; solo un observador muy superficial podría llegar a pensar que ese mero hecho hace que «debatir es diagnosticar» se transforme en «debatir es competir». La diferencia entre una forma y otra de debate no radica en eso, en que pueda haber contraste de opiniones. Estriba en que el punto de partida en «debatir es diagnosticar» no es un enfrentamiento en torno a una cuestión **controvertida** (como en «debatir es competir»), sino en torno a una cuestión que todos los interlocutores consideran **difícil**. En efecto, en «debatir es competir» (en las controversias) se trata de un choque dialéctico entre sujetos que tienen resuelta la cuestión controvertida: Para cada uno de los contendientes individualmente considerados la cuestión a debatir es **fácil**; su actitud en relación con el problema de fondo es **cerrada**, pues no están dispuestos a cambiar de opinión; y ocurre que consideran que el interlocutor está simultáneamente

equivocado y **cerrado** al cambio. Nada de esto ocurre en «debatir es diagnosticar»: La dificultad de la cuestión, la conciencia de la dificultad de la cuestión, es lo que dota de sentido cooperativo a la participación en esta forma de debate. En torno a los síntomas de un simple resfriado no tiene propósito organizar una sesión clínica. Nótese que la finalidad de una sesión clínica no es tanto ponerse de acuerdo en torno al diagnóstico y el tratamiento; sino poner en común los conocimientos de cada uno de los participantes para que, tras el debate, todos los que han participado en él entiendan mejor el problema y vean con más claridad su solución; es decir, estén en condiciones de hacer un diagnóstico mejor [8].

Ejemplos de debates de este tipo se dan en la investigación científica, en los seminarios universitarios, en las comisiones de asesoramiento, en los tribunales colegiados, etc. La situación inicial entre los participantes es de cooperación: Les une, por un lado, el hecho de compartir un problema que todos ellos consideran difícil y, por otro, la conciencia, también compartida, de que debatir el problema aumenta de manera sobresaliente las probabilidades de resolverlo satisfactoriamente o, al menos, de verlo con mayor claridad. Es decir, todos los participantes piensan que, con independencia de que se pongan de acuerdo o no respecto de la solución del problema difícil, el debate es, en sí mismo, productivo; es, en sí mismo, un bien. Coloca a todos los participantes en mejores condiciones de abordar el problema y de resolverlo. Coherentemente con ello, los interlocutores se reconocen plena legitimidad. Antes dije que «debatir es diagnosticar» exige un problema difícil (no tiene sentido una sesión clínica en torno a un simple catarro); pues bien, «pide» también interlocutores competentes: gente con capacidad para arrojar luz sobre el problema difícil. Por tanto, el reconocimiento de legitimidad entre los participantes en este tipo de debate pende sobre dos cosas: *a)* Competencia para aportar algo a la solución del problema; no se entabla este tipo de debate con alguien a quien se considera o bien un ignorante en la materia o bien un «zoquete». Y *b)* actitud cooperativa suficiente; en este sentido, la «gorronería», la reserva mental, la hostilidad, los complejos de superioridad, o de inferioridad, la pretensión de autoridad, la arrogancia, la vanidad, etc., son obstáculos para una actuación legítima en esta forma de debate.

---

[8] En este punto conviene llamar la atención respecto del llamado «**escepticismo**» en el ámbito de la razón práctica, en general, y de la interpretación del derecho, en particular. El ejemplo de la sesión clínica es plausible y aceptable para todo el mundo porque se trata de un problema teórico (de un problema de conocimiento sobre la enfermedad, de **incertidumbre** respecto de la enfermedad). En este ámbito, todo el mundo acepta que puede haber casos difíciles que generan incertidumbre, pero nadie piensa que haya casos de **indeterminación**. Por eso, en el ámbito teórico todo el mundo admite que tiene sentido «debatir es diagnosticar». Sin embargo, todos los escépticos en el ámbito de la razón práctica tienden a pensar que, en realidad, en este ámbito no hay casos de incertidumbre, sino más bien casos de indeterminación. En el ámbito de la razón práctica, los escépticos piensan que si hay convención (acuerdo), entonces no hay caso difícil; y si no hay convención entonces tampoco hay caso difícil, lo único que hay es caso controvertido. O, dicho en otros términos, para un escéptico la única fuente de dificultad provendrá de la controversia. Si el problema/caso está convencionalmente resuelto entonces el problema/caso no es difícil; y si el problema/caso no está convencionalmente resuelto entonces no hay una única solución para ese caso; y, por tanto, no tiene sentido debatirla como si la hubiera. Los **escépticos** en el ámbito de la razón práctica vendrían a sostener que más allá de la convención solo hay **controversia** («debatir es competir») e **indeterminación** («no hay una única respuesta correcta»); los **no escépticos** admiten la **deliberación** («debatir es diagnosticar») y la **incertidumbre** («puede haber una respuesta correcta, aunque no la conozcamos»). Sobre el escepticismo y la distinción entre incertidumbre e indeterminación, *vid.* R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011, 88 y ss.

Si se tiene claro lo anterior, es fácil de entender el papel específico que las reglas juegan en el ámbito de «debatir es diagnosticar». Al no tratarse de un debate competitivo, la finalidad de las reglas no es tanto garantizar los «derechos» de los participantes en el debate (pues no se oponen unos a otros), cuanto preservar el sentido cooperativo y productivo del mismo. Por ejemplo, si en un debate de esta naturaleza dos interlocutores se encastillan (ya sea por vanidad, cabezonería o, incluso, por creencia firme en que tienen razón), no tiene sentido empezar a pensar en términos de igualdad de derechos (de a tantas réplicas corresponden tantas dúplicas y cosas por el estilo); lo que procede, más bien, es cortar de raíz los intercambios improductivos y reordenar el debate para que vuelva a cumplir la función que se espera de él. Naturalmente, puede debatirse «fuerte», no hay ningún inconveniente en que la discusión sea intensa. Es más, puede pensarse que si no se es duro con el problema (si, por ejemplo, no se aguantan suficientemente las posturas encontradas), el debate pierde su sentido productivo, su sentido de «exploración». La tensión intelectual es fundamental para que el debate resulte fructífero; en consecuencia, las reglas no pueden (no deben) oponerse a la referida tensión intelectual, sino más bien favorecerla. Si bien se considera, las reglas que regulan «debatir es diagnosticar» son siempre un compromiso entre dos principios: el principio de productividad (el debate debe ser productivo, esclarecedor, provechoso, fructífero, etc.) y el principio de **cooperación** (debe ser un juego de ganar-ganar, no de ganar-perder).

Para acabar de perfilar «debatir es diagnosticar» tratemos de poner algunos ejemplos de conductas aquí prohibidas que, sin embargo, se consideran perfectamente permitidas, por ejemplo, en «debatir es competir». En un debate competitivo se considera lícito deformar «algo» (simplificar, caricaturizar, etc.) las tesis del contrincante con el fin de allanar el camino para la crítica. Naturalmente, puede ocurrir que alguien «se pase» en la deformación y que, en consecuencia, no consiga los efectos buscados. Habrá errado en su estrategia al realizar este lance de juego, pero no habrá incumplido ninguna regla del juego. La misma conducta —deformar para criticar— es estrictamente ilícita en «debatir es diagnosticar». La razón no es tanto salvaguardar los derechos del sujeto pasivo de la deformación, cuanto preservar el bien colectivo del debate y su carácter productivo; no se trata de ganar (quién gana) sino de aclarar un problema difícil. En definitiva, algo que resulta válido para un juego estratégico del tipo ganar-perder está estrictamente prohibido para un juego comunicativo del tipo ganar-ganar [9].

Otro ejemplo de conducta prohibida es la descalificación directa de tesis relativas al problema objeto de discusión sostenidas por algún interlocutor. Naturalmente no se trata de tolerar el puro ruido deliberativo o el mero error, sino más bien de que la dinámica del debate favorezca la «creatividad» en la búsqueda de las respuestas; y para

[9] En este ámbito, en «debatir es diagnosticar», el debate no es un mero marco para ganar; en consecuencia, la práctica del debate requiere más que una correcta distribución de derechos y deberes entre los interlocutores, el desarrollo de ciertas virtudes discursivas por parte de los participantes en el mismo. A propósito de la noción de virtud, escribe MACINTYRE: «[U]na virtud es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes [...] los bienes externos son típicamente objeto de una competencia en la que debe haber perdedores y ganadores. Los bienes internos son el resultado de competir en excelencia, pero es típico de ellos que su logro es un bien para toda la comunidad [en nuestro caso, para todos los participantes en el debate]», en A. MACINTYRE, *Tras la virtud* (trad. A. VALCÁRCEL), Barcelona, 1987, 237.

ello no hay que impedir que los interlocutores asuman ciertos «riesgos» en la formulación de propuestas. Así ocurre, por ejemplo, en las llamadas «tormentas de ideas», que son un caso paradigmático de forma cooperativa de debatir. Pero, más en general, si los interlocutores se reconocen plena legitimidad (no se olvide que aquí entraña reconocerse capacidad intelectual y actitud cooperativa, no se debate de este modo con incompetentes ni con zoquetes) frases del tipo de «eso que dices es una chorrada» están estrictamente fuera de lugar.

Si prescindimos de los elementos circunstanciales que limitan los debates reales (como, por ejemplo, el tiempo), «debatir es diagnosticar» se termina cuando se extinguen las condiciones de la cooperación; es decir, cuando todos los interlocutores emiten un «ya tengo un diagnóstico», un «ya tengo clara la solución del problema difícil». Lo que de entrada (la situación inicial) era un problema difícil para todos, en la salida (el resultado típico) es un «todos lo tenemos claro». Nótese que del hecho de que todos los interlocutores tengan clara la solución del problema no se sigue que todos ellos participen de la misma solución. Se sigue solo que para todos ellos (para cada uno de ellos) el problema deja de ser difícil y, en consecuencia, pierde sentido la cooperación. Naturalmente puede ocurrir que se produzca una concurrencia de «conciencias esclarecidas» por el debate; es decir, que todos alcancen el mismo diagnóstico. En tal caso, los participantes podrán felicitarse porque el debate habrá resultado doblemente productivo, pues se habrá generado, por un lado, el esclarecimiento de cada una de las conciencias de los participantes a propósito del problema difícil y, por otro, un consenso por concurrencia en relación con el mismo. Ahora bien, el sentido de este tipo de debate es contribuir a esclarecer las conciencias de los participantes en torno a un problema difícil, no resolver un problema de coordinación entre ellos. En consecuencia, una vez esclarecidas las conciencias, este tipo de debate se extingue. Si la interlocución argumentativa entre los participantes continúa (es decir, si el debate continúa), entonces necesariamente se abandona la forma «debatir es diagnosticar» y se transita hacia otra forma de debate. Básicamente, caben dos posibilidades. La primera es transitar a «debatir es competir». El final de la cooperación entre los interlocutores da comienzo a una competencia entre ellos para conseguir ganar. Nótese que lo que era un problema difícil en la entrada de «debatir es diagnosticar», se convierte en una «cuestión controvertida» en la salida, es decir, cuando todos «lo tienen claro» pero no están de acuerdo. La otra posibilidad, en términos de debate, es transitar al último tipo ideal que voy a desarrollar, es decir, transitar a «debatir es construir».

2.4. Debatir es construir

«Construir» es fabricar, edificar, crear algo dotado de unidad, separado y distinto de los constructores. Quienes construyen conjuntamente algo resuelven problemas de dos tipos. Por un lado, problemas de conocimiento y, por otro, problemas de coordinación de conductas (construir implica hacer, no basta con saber). Pues bien, transitar de «debatir es diagnosticar» a «debatir es construir» supone dar un paso más en el nivel de cooperación entre los sujetos que debaten. ¿En qué consiste este paso? Las reglas que rigen el **proceso** de este tipo de debate son prácticamente las mismas que las del anterior. Se trata también de un debate cooperativo que persigue esclarecer

las conciencias de los participantes, su conocimiento reflexivo. Aquí, además de los principios de productividad (el debate debe ser productivo, provechoso, fructífero, esclarecedor, etc.) y de **cooperación** (el debate debe ser un juego de ganar-ganar, no de ganar-perder), rige también el principio de **consenso**. ¿Qué entraña la incorporación de este nuevo principio? Más o menos lo siguiente: La legitimidad que se reconocen recíprocamente los interlocutores es de tal magnitud que todos ellos aceptan que no alcanzar el consenso en torno a una respuesta correcta significa para todos ellos que no han resuelto el problema. En tanto no hay consenso, avenencia, no hay solución del problema. Por ello, respecto de este tipo de debate suele decirse que el consenso es **constitutivo** de la solución del problema. La solución es, y solo puede ser, una «obra» de todos los interlocutores. Naturalmente si uno analiza este tipo de debate en términos de poder, el resultado que obtiene es realmente muy poco atractivo. En efecto, supone reconocer un «derecho de veto» a cada participante, lo que, al final, puede acabar resultando totalmente despótico e inoperante. Por ello, y porque en términos sociales los elementos de poder son ineliminables, suele decirse que no es recomendable seguir este esquema de debate en el diseño de instituciones sociales. Ahora bien, de ahí no se sigue que no haya contextos en los que esta forma de debate tenga pleno sentido. En efecto, antes dije a propósito del otro tipo de debate cooperativo («debatir es diagnosticar») que entender sus reglas en términos de derechos y deberes de los participantes era un error porque en el contexto de ese debate los sujetos no se oponen los unos a los otros; entre ellos hay una unidad de fines que hace innecesaria la apelación a derechos y deberes. Lo mismo ocurre aquí con la cuestión del poder. No tiene sentido decir que cada interlocutor reconoce un poder (derecho) de veto a los otros interlocutores. La situación es otra, los interlocutores mantienen entre sí tal grado de «necesidad recíproca» (se «necesitan» tanto), que para cada uno de ellos el hecho de que el otro no acepte la solución propuesta constituye una razón para creer que, en realidad, la propuesta no constituye realmente una solución. No olvidemos que el reconocimiento de la legitimidad depende del reconocimiento, por un lado, de competencia (capacidad) para contribuir a la solución del problema y, por otro, de actitud cooperativa. Pues bien, el reconocimiento máximo de legitimidad entre interlocutores lleva a reconocerse recíprocamente no un derecho de veto (pues en este tipo de debate no hay espacio para ese derecho), sino que si no hay consenso, no hay solución del problema. La metáfora constructiva expresa bien que la solución al problema difícil no es una cuestión de mero esclarecimiento de las conciencias individuales, sino de crear algo distinto y separado de las mismas. Aunque este tipo de debate se presta mucho a la idealización, aquí interesa sobre todo situarlo en contextos reales y cotidianos. Y para ello es fundamental darse cuenta de que cualquier posibilidad de alcanzar tan alto grado de cooperación discursiva pende más sobre la identidad (la relación) de los sujetos que sobre la naturaleza del problema a resolver. Explica más la peculiar necesidad (o, incluso, afecto) entre los interlocutores que la dificultad del problema que se trata de resolver. Es, en este sentido, una cooperación más actoral que objetual. Pongamos un ejemplo bien real y cotidiano de esta forma de debatir. Imaginemos una pareja bien avenida que tiene un hijo en edad de ser escolarizado. Los padres tienen diversas opciones y ambos piensan que, en los tiempos que corren, es difícil saber qué es lo mejor para su hijo. A pesar de que no se trata de una cuestión controvertida (porque ambos se mantienen abiertos) ocurre que, en principio, tienen

preferencias diferentes. Los dos se reconocen mutuamente plena capacidad para evaluar la situación y plena disposición a cooperar para determinar qué es lo mejor para su hijo. Ninguno de los dos piensa que la cuestión pueda abordarse en términos de un intercambio y, por tanto, desde el principio excluyen la posibilidad de un acuerdo del siguiente tipo: «Dado que no opinamos igual, los dos cedemos en algo: tú eliges el colegio y yo las actividades extraescolares». ¿Qué alternativas tienen? La mejor alternativa es entablar un diálogo cooperativo orientado no solo a esclarecer la conciencia de cada uno de ellos respecto de qué es lo mejor para su hijo, sino también a fraguar un consenso. Para que ello sea posible no se trata —como ya se ha dicho— de que ambos se otorguen recíprocamente un derecho de veto. Se trata, más bien, de que cada uno reconozca en su interlocutor un sujeto con tanta capacidad y actitud como las propias (tanta legitimidad como a uno mismo) de forma que cada uno pueda pensar que si el otro no ve clara la solución del problema es que, en realidad, la solución del problema no está clara. En estas condiciones, todo lo que no sea genuino consenso entre los participantes es pura pérdida para todos ellos.

Esta misma idea de pérdida para todos es la que está referida tras la noción, por ejemplo, de «consenso constitucional». En un proceso constituyente, siempre que una «facción política» abandona el «consenso constitucional» puede hablarse de fracaso constitucional. De la noción de fracaso constitucional no se sigue un deber de las otras facciones políticas de hacer concesiones para que la que se ha retirado regrese al consenso (eso sería reconocerle un derecho de veto), sino simplemente la idea de que o bien la constitución es obra de todos, o bien todos pierden en algún sentido.

3. LOS CUATRO TIPOS IDEALES DE DEBATE EN RESUMEN Y CON SUS NOMBRES

A continuación presento un cuadro que trata de resumir todo lo anterior. Sin embargo, el cuadro incorpora dos novedades respecto de lo ya expuesto. La primera es que el cuadro está dotado de una simetría de la que ha carecido la exposición anterior; y ello tiene la ventaja de que permite (facilita) la comparación entre los diferentes modos de debatir. La segunda novedad es que el cuadro asigna un nombre a cada modo de debatir. La cuestión de los nombres es controvertida pero no fundamental; por ello, sigo evitando su problematización.

CUATRO MODOS DE DEBATIR

1. Debatir es combatir. **DISPUTA**	**Ejemplos**: — Debates erísticos: enfrentamiento político, pelea de pareja, etc. **Relación entre los interlocutores**: — De conflicto (ganar-perder). — Debate actoral (el problema es el interlocutor, los temas son accesorios). — Hostilidad.

1. Debatir es combatir. **DISPUTA**	**Finalidad del Debate:** — Determinar qué interlocutor se impone al otro. **Situación inicial**: — Incertidumbre en relación con quién se va a imponer. — Certeza respecto de la actitud del interlocutor: rivalidad. **Tipo de racionalidad**: — Estratégica (orientada al propio éxito). **Posibles resultados:** — Un actor gana y otro pierde (uno se impone al otro). — Ningún actor gana (ninguno se impone). **Reglas:** — Procedimentales y neutrales que garanticen el principio de igualdad de derechos entre los interlocutores.
2. Debatir es competir. **CONTROVERSIA**	**Ejemplos:** — Debate legislativo, mesa redonda, ponencia y contra-ponencia, acusación y defensa. **Relación entre los interlocutores:** — De conflicto (ganar-perder). — Debate temático (hay una **cuestión controvertida**; el problema está separado de las personas). — Cabe tanto la hostilidad como la cordialidad. **Finalidad:** — Determinar qué opinión prevalece frente a otras a propósito de una cuestión controvertida. **Situación inicial**: — Incertidumbre respecto de qué opinión va a prevalecer. — Certeza respecto de la actitud competitiva (cerrada) del interlocutor. **Tipo de racionalidad**: — Estratégica (orientada al propio éxito). **Posibles resultados:** — Una opinión prevalece sobre las demás. — Exposición de las respectivas opiniones y delegación del juicio en un tercero (el público, un juez, etc.). **Reglas:** — Procedimentales y neutrales que garanticen el principio de igualdad de derechos entre los interlocutores. — Sustantivas que aseguren el carácter temático del debate, que el tema objeto de debate realmente se discuta y que los interlocutores no evadan la cuestión (principio de controversia).

3. Debatir es diagnosticar **DIÁLOGO RACIONAL, DELIBERACIÓN**	**Ejemplos**: — Sesión clínica, investigación científica, deliberación de un tribunal judicial o de un tribunal de oposiciones, comisión técnica, etcétera. **Relación entre los interlocutores**: — De cooperación (ganar-ganar). — Debate temático (sin **problema difícil** no hay diálogo racional, deliberación) — Cordialidad; la hostilidad está fuera de lugar. **Situación inicial**: — Incertidumbre sobre si se va a resolver el problema difícil. — Certeza respecto del valor del debate mismo. — Certeza respecto de la capacidad de los interlocutores y de su actitud cooperativa (abierta). **Finalidad:** — Resolver un problema difícil o, al menos, arrojar luz sobre el mismo. **Racionalidad**: — Comunicativa (orientada al entendimiento). **Posible resultado:** — Todos alcanzan una solución del problema («ya lo tengo claro», ganar-ganar). — La concurrencia en la misma solución es contingente, no definitoria. — Cuando todos lo tienen claro, se extinguen las condiciones de posibilidad de este tipo de debate. **Reglas:** — Todas las reglas, tanto las procedimentales como las sustantivas, responden a los principios de productividad (el debate debe ser fructífero) y el principio de cooperación (todos ganan). Es más una cuestión de virtudes que de derechos y deberes.
4. Debatir es construir **CONSENSO**	**Ejemplos**: — Debates constituyentes, equipos de trabajo, diseño de planes de vida compartidos, etcétera. **Relación entre los interlocutores**: — De cooperación (ganar-ganar). — Debate actoral (sin la aveniencia del otro, el problema no se resuelve) — Cordialidad; la hostilidad está fuera de lugar. De necesidad recíproca. **Situación inicial**: — Incertidumbre sobre si el debate va generar el consenso o no. — Certeza respecto de la competencia de los interlocutores y su actitud cooperativa (abierta).

4. Debatir es construir **CONSENSO**	**Finalidad:** — Alcanzar un consenso. **Racionalidad**: — Comunicativa (orientada al entendimiento). **Posibles resultados:** — Se alcanza el consenso: Todos llegan a la solución. Nadie cede nada. Todos ganan. — No se alcanza el consenso: Nadie alcanza una solución. Todos pierden. — Este tipo de debate se extingue cuando decae el reconocimiento recíproco del grado de legitimidad exigido para el mismo. **Reglas:** — Todas las reglas, tanto las procedimentales como las sustantivas, responden a los principios de productividad (el debate debe ser fructífero), el principio de cooperación (todos ganan) y el principio de consenso (el consenso es constitutivo de la solución). Es más una cuestión de virtudes que de derechos y deberes.

4. TRANSICIONES E INSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DEBATES

Todo lo anterior supone una reducción de complejidad y muchas cuestiones relevantes se han quedado fuera de nuestro discurso. Lo que hemos hecho, en realidad, es tratar los diferentes modos de debatir bajo el prisma de la relación social; y, a partir de ahí, hemos tomado la variable conflicto/cooperación como la clave esencial para componer nuestra caracterización. Así, nos han salido dos formas de debatir conflictivas (una actoral, **la disputa**, y otra temática, **la controversia**) y dos formas cooperativas (una temática, **el diálogo racional**, y otra actoral, **el consenso**). La utilidad de estos «tipos ideales» radica en que nos permiten reconocer e interpretar las distintas situaciones sociales de debate. Ahora bien, la realidad es compleja y continua, y puede ocurrir que haya situaciones concretas de debate que no se dejen encasillar en uno solo de los tipos propuestos. Los debates reales son fluidos y se producen, consciente o inconscientemente, transiciones de un tipo de debate a otro. Es más, ocurre con relativa frecuencia que las transiciones sean asimétricas, es decir, que no todos los interlocutores transiten simultáneamente y en la misma dirección. Por ejemplo, en un diálogo racional, un interlocutor evoluciona hacia una controversia mientras que el otro sigue guiándose por las reglas del diálogo cooperativo; o en una controversia, uno evoluciona hacia una disputa y otro hacia un diálogo racional. Pues bien, las transiciones unilaterales o desequilibradas constituyen una de las principales fuentes de falacias en un debate. Recuérdese, como ya vimos, que lo que no es falaz en un tipo de debate perfectamente puede serlo en otro [10].

[10] *Cfr.* D. N. WALTON y E. C. W. KRABBE, *Commitment in Dialogue. Basic Concepts of Interpersonal Reasoning*, Albany, State University of New York Press, 1995, 100 y ss. Sobre esta cuestión y, más en general, sobre las falacias pragmáticas *vid.* M. ATIENZA, *Curso de argumentación jurídica*, *op. cit.,* 404 y ss.

Los debates reales, los que tienen lugar en nuestra vida social, están más o menos institucionalizados, pero siempre están regulados por convenciones. Por ejemplo, dentro del tipo de las controversias, el debate de bar sobre si Messi o Cristiano está mucho menos institucionalizado que la mesa redonda sobre la despenalización del aborto. Eso es evidente. La institucionalización de un debate tiene la ventaja de la claridad: todos los interlocutores saben a qué juego están jugando. No quiero detenerme mucho en las formas institucionales de los distintos tipos de debate porque creo que, más o menos, todos las tenemos presentes. Sí quiero, sin embargo, llamar la atención sobre un punto especialmente importante: las dos formas de debate conflictivo «piden» que se institucionalice la presencia de terceros; mientras que la de las dos formas de debate cooperativo, no. Veámoslo brevemente.

Imaginemos un debate entre dos candidatos a la presidencia de un país. La desconfianza entre los dos contendientes hace que deban tomarse medidas que garanticen sus respectivos «derechos». Interponer entre los contendientes la presencia de un tercero neutral que vigile el cumplimiento de las reglas es una medida institucional tan básica que parece casi de «derecho natural». Alguien podría pensar que la presencia institucional de un tercero desvirtúa la metáfora bélica que hemos utilizado para caracterizar las «disputas», pero ello no es así. Un «duelo» no es otra cosa que la institucionalización de una pelea a muerte (o a primera sangre). El conflicto, la incompatibilidad de los objetivos de los interlocutores (o de los duelistas), es el que «pide» la institucionalización de un tercero neutral que vele por los derechos de los contendientes. Ahora bien, el sentido de este tipo de debates, de las disputas, nunca es «ganar por ganar»; sino, en realidad, «ganar para imponerse». Y ello, en términos institucionales, se traduce en la necesidad de contar con un público que sea testigo del desenlace, de la victoria y de la derrota. En las disputas, en realidad, el público no juzga; sólo lo hace en el caso de que no se haya producido un resultado claro. No se olvide que la cuestión no es quién tiene razón, sino quién vence. Igual ocurre en los duelos, los padrinos son **vigilantes** del cumplimiento de las reglas del duelo-proceso y **testigos** del desenlace del duelo-resultado. En resumen, hay disputas que no están institucionalizadas (una pelea de pareja); pero la institucionalización de las disputas suele conllevar la presencia de terceros que garanticen los derechos de los contendientes durante la disputa-proceso y que sean testigos del desenlace de la disputa-resultado.

La institucionalización de las controversias «pide» también la presencia de terceros. El carácter conflictivo y temático de las controversias dota de sentido a la presencia de un tercero neutral cuyo papel es, por un lado, garantizar que se respeten los derechos de los competidores y, por otro, que se discuta la cuestión controvertida (que no se evada la cuestión). Si bien se considera, este es el papel típico del moderador de un debate. Ahora bien, en las controversias cada interlocutor tiene clara la solución que propone para la cuestión controvertida y, en general, está poco dispuesto a cambiarla. Por ello, el sentido de este tipo de debate no es persuadir al otro (se asume que ambos interlocutores estarán cerrados a los argumentos), cuanto convencer a un(os) tercero(s) que será(n) quien(es) «juzgará(n)» la cuestión. La institucionalización de las controversias reclama el papel de un tercero que juzgue la cuestión controvertida, que evalúe el choque de soluciones incompatibles. Ese tercero puede ser un juez, un tribunal colegiado, el público asistente al debate, etcétera.

Por el contrario, el rol de los terceros pierde mucho de su sentido en los debates cooperativos. En efecto, en los debates cooperativos institucionalizados puede haber alguien que juegue un papel especial de coordinador o que ejerza de presidente del grupo de debate o algo por el estilo. Pero estos roles especiales o diferenciados no excluyen a quien lo ejerce como interlocutor dentro de ese mismo debate. El coordinador de una sesión clínica es un participante más, no es un tercero neutral. El presidente de un tribunal durante la deliberación es un deliberante más, no un tercero neutral. Estos roles están vinculados con resolver problemas de coordinación y con velar para que el debate sea productivo. La ausencia de conflicto hace superflua en gran medida la figura del tercero neutral que vigile el cumplimiento de las reglas. Además, el carácter cooperativo del debate hace innecesario también el rol de un tercero que sea testigo o que juzgue el resultado del debate. La cooperación rinde sus frutos sin necesidad de que intervengan terceros que den testimonio del resultado o que juzguen quién o qué tesis ha ganado. Ello es así porque en los debates cooperativos todos están llamados a ganar.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tomando como punto de partida la variable conflicto/cooperación entre los interlocutores y recurriendo a las metáforas, hemos glosado cuatro formas de debatir: «debatir es combatir», «debatir es competir», «debatir es diagnosticar» y «debatir es construir». Ello nos ha permitido caracterizar los siguientes cuatro tipos ideales de debate ordenados desde el máximo nivel de conflicto al máximo nivel de cooperación: la disputa (debate conflictivo y actoral), la controversia (debate conflictivo y temático), el diálogo racional (debate cooperativo y temático) y el consenso (debate cooperativo y actoral). Algunos autores incluyen la negociación como un tipo autónomo de debate (o de diálogo argumentativo) [11]. Sin embargo, aquí hemos evitado incluirla dentro de nuestra escala. La razón es clara: Una negociación puede recorrer cualquier combinación de los modos de debatir arriba destacados. Es decir, puede tener momentos de disputa, de controversia, de diálogo racional y de consenso. Por ello, su introducción en nuestra escala como un modo diferenciado de debatir hubiera reducido de manera drástica el potencial explicativo de la misma. La escala aquí asumida ha sido construida precisamente para poder explicar aspectos importantes de la negociación y de la mediación. Pero de ello nos ocuparemos en otra ocasión.

[11] En este sentido, *vid.*, por ejemplo, las notas 5 y 6.

LA EQUIDAD SEGÚN FERRAJOLI Y LA EQUIDAD SEGÚN ARISTÓTELES: UNA COMPARACIÓN CRÍTICA*

Jesús Vega

Universidad de Oviedo

RESUMEN. En este trabajo se hace un análisis crítico de la idea de equidad de Ferrajoli. Para discutir la concepción cognoscitivista de la jurisdicción defendida por el teórico italiano y el lugar que la equidad ocupa en ella (como «poder de connotación», junto a los poderes de «denotación», «comprobación fáctica» y «disposición») se propone una comparación crítica con la teoría clásica de la equidad de Aristóteles. Esta comparación contrasta ese modelo positivista con el modelo pragmático de las reglas y de la deliberación judicial como razonamiento práctico que se deriva de la idea aristotélica de «prudencia» y se encuentra en el trasfondo de la tesis de la *epieikeia* como «corrección de la ley». A partir de aquí se muestran, por un lado, las insuficiencias del planteamiento ferrajoliano de la jurisdicción basado en una idea de «verdad» deudora de la dicotomía positivista hecho-valor, argumentando que su tesis de la equidad como «connotación de lo que la ley denota» y «comprensión de las circunstancias de hecho del caso» mantiene en el fondo la misma posición del formalismo clásico ilustrado. Por otro lado, se destacan las inconsistencias que tal comprensión supone para el proyecto de constitucionalismo positivista de Ferrajoli, subrayando que la función judicial, y particularmente en el Estado constitucional, es indisociable de la idea de verdad como corrección práctica y de la coherencia como ideal metódico.

Palabras clave: Ferrajoli, Aristóteles, equidad, práctica, *praxis*, *epieikeia*, connotación, denotación, jurisdicción, dicotomía hecho-valor, corrección, razonamiento judicial, valores, legislación, coherencia, principios y reglas, positivismo jurídico, concepción argumentativa del derecho.

Ferrajoli's Equity and Aristotle's Equity: A Critical Comparison

ABSTRACT. The purpose of this paper is to elaborate a critical approach to Ferrajoli's conception of equity. Its author undertakes a critical analysis on the cognitivist conception of jurisdiction to be found in the Italian author, particularly on the role played by equity thereof (as «power of connotation» coming along with the «denotation power», «fact finding power» and «ethical-political disposition power» of the judge) using for this purposes Aristotle's classical theory on equity. In this comparison, Ferrajoli's positivist model is confronted with Aristotle's pragmatic model of rules and with judicial deliberation as practical reasoning, this latter derived from his notion of «prudence» underlying the concept of *epieikeia* as «correction of the law». It is then that the deficiencies of Ferrajoli's approach to jurisdiction, based on a conception of the notion of truth following the positivist fact-value dichotomy, are observed. The author argues that Ferrajoli's thesis on equity as «connotation of what is denoted by the law» and «understanding of the factual circumstances of the case» really tantamount to the classical formalist conception on jurisdiction. Moreover it is argued that holding this understanding of jurisdiction turns Ferrajoli's positivist constitutionalism inconsistent. For the judicial function, especially in the constitutional rule-of-law state, needs to be considered as inseparable from the notion of truth as practical correction and from the methodical ideal of coherence.

Keywords: Ferrajoli, Aristotle, equity, practice, *praxis*, *epieikeia*, connotation, denotation, jurisdiction, fact-value dichotomy, correctness, legal reasoning, values, legislation, coherence, rules and principles, legal positivism, argumentative conception of law.

---

* Fecha de recepción: 4 de noviembre de 2013. Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2013.

Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación *Constitucionalismo y argumentación* (DER2010-20132) financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1.

En *Derecho y razón* L. FERRAJOLI atribuye a la idea de equidad un papel que juzga decisivo en su concepción de la jurisdicción y que se manifestaría en lo que llama el «poder de connotación» del juez, entendido como «poder equitativo», «comprensión equitativa» o «discrecionalidad equitativa». La idea se mantiene en su obra posterior (incluyendo su gran *Principia iuris*) con denominaciones similares: ahora reformulada como «ponderación equitativa de las circunstancias de hecho», con intención distanciadora frente a la «ponderación de principios» de ALEXY [1]. El propósito de este trabajo es hacer un análisis crítico de esa concepción de la equidad en la medida en que se presenta como una superación tanto de la concepción tradicional de la equidad de raigambre iusnaturalista, que la liga a una normatividad superior al derecho positivo, como de la concepción moderna del legalismo ilustrado, el primer positivismo jurídico, que destierra por completo la equidad de la función jurisdiccional. Para desarrollar esta crítica adoptaré como marco de referencia la teoría de la equidad de ARISTÓTELES, a la que considero una teoría también irreductible a ambas tradiciones —iusnaturalista y iuspositivista— y que contiene no sólo una visión de la jurisdicción muy diferente a la defendida por FERRAJOLI sino también una concepción general del derecho en mi opinión filosóficamente mucho más adecuada.

Mi exposición se va a centrar, pues, en la teoría ferrajoliana de la jurisdicción: en su concepción de la función judicial y del razonamiento de aplicación del derecho por los jueces expuesta en *Derecho y razón*. Pero tiene, como digo, repercusión sobre el conjunto de la concepción filosófica del derecho subyacente. No ya porque la teoría de la jurisdicción (junto con la teoría de la legislación) constituya desde luego un ingrediente central de cualquier teoría del derecho, sino sobre todo porque la noción de «equidad» de cuyo uso por FERRAJOLI voy a ocuparme aquí puede mostrarse como una especie de concepto «parteaguas», un auténtico *experimentum crucis*, para discriminar y clasificar entre concepciones del derecho (tanto actuales como históricas). De cómo esa noción sea entendida depende mucho más que una determinada forma de aproximarse al razonamiento judicial: clasifica toda la teoría del derecho de referencia, por ejemplo, como positivista o iusnaturalista, formalista o antiformalista, logicista o pragmatista... y también, en nuestros días, como positivista o post-positivista. Ello se pone de manifiesto con claridad en los términos de la actual discusión sobre el «constitucionalismo» como nuevo paradigma de la filosofía jurídica: particularmente, en el debate que el propio FERRAJOLI (2012) plantea entre el constitucionalismo que llama «garantista» (el suyo), que entiende como «positivista» (la culminación y perfeccionamiento en realidad del positivismo jurídico) y el constitucionalismo que llama «principialista» o «argumentativo» al que concibe como anti-positivista o iusnaturalista. Una de las cosas que en este trabajo se intenta mostrar es que también la idea de equidad tiene mucho que decir en este debate.

Los supuestos desde los que va a discurrir mi crítica son sin duda, aceptando la clasificación de FERRAJOLI, los de una concepción «principialista» o argumentativa. Sin

[1] *Cfr.* FERRAJOLI, 2011a: I, 836; 2011b: 44 y ss.; 2011-2012: 21; 2012: 810 y ss.; 2013: § 4.

embargo, eso no significa que tenga que ser una concepción ni antipositivista ni iusnaturalista, como el gran teórico italiano sostiene. No es «antipositivista» si por tal se entiende un rechazo frontal de todas las tesis del positivismo jurídico, cosa que ninguna filosofía del derecho mínimamente seria —no metafísica— podría siquiera intentar. No cabe dejar de lado el acervo conceptual acuñado por esa corriente de la teoría jurídica desarrollada —digamos— desde la gran teoría kelseniana en adelante en su análisis del derecho como institución o sistema social apoyado en normas *positivas*, realmente existentes. Cuestión distinta es aceptar como suficiente el *método* positivista de abordar ese objeto positivo. Porque el principal déficit del iuspositivismo es precisamente de cariz metodológico o epistemológico: estriba en cómo construye o estima fundado el «hecho del derecho positivo». De ahí surge una concepción filosófica del derecho claramente insuficiente. En efecto, en la tesis de la positividad de la institución del derecho van incluidas (entre otras, como la del descriptivismo) dos subtesis mucho más discutibles: primero, su reducción exclusiva a norma (o sistema de normas: un sistema vinculado a la autoridad coactiva estatal), y segundo, su autorreferencia justificativa, que supone la insularidad de esa institución respecto de las demás categorías normativas conexas (fundamentalmente, las morales y políticas). La primera tesis (el normativismo) dejaba abierto el hiato entre normas y decisiones prácticas (hiato cerrado de formas diversas, desde el formalismo logicista al simple decisionismo voluntarista pasando por la tesis de la discrecionalidad). Según la segunda tesis, el derecho «como es» resulta ser una norma (un «deber ser») que, sin embargo, se comportaría al parecer como un «hecho» no sólo respecto de la realidad social sino también respecto de los demás dominios normativos con los cuales mantiene sin embargo innegables relaciones genéticas y de continuidad material o justificativa. Con ello el positivismo jurídico se autocondena a una desconcertante paradoja epistemológica: tener que desarrollar una metodología basada en la dicotomía hecho-valor —una dicotomía superada ampliamente ya en las demás ciencias sociales—, para probablemente el único ámbito —el derecho— en el cual no puede ser mantenida coherentemente. Y no puede serlo sencillamente porque es una metodología impotente para dar cuenta en términos científico-objetivos (tal como pretende) de la práctica real de los sistemas jurídicos positivos, que es eminentemente una práctica de producción de valores, indisociable por tanto de alguna concepción de la justicia. La paradoja, entonces, es que en el mejor de los casos una concepción positivista cumplirá funciones ideológicas (o de justificación endoprofesional) respecto de la realidad positiva jurídica. Y si la despolitización y la neutralización moral de la normatividad del derecho pudieron ser ideológicamente funcionales también en sentido positivo en relación con el proceso de formación del Estado de derecho moderno, no parece que pueda decirse lo mismo en relación con los Estados constitucionales de derecho contemporáneos. Una vez que éstos se caracterizan por la explícita incorporación en una constitución normativa de valores ético-políticos como los expresados en los derechos fundamentales para su irradiación a lo largo de todo su despliegue práctico, carece de sentido ya la operación ideológica de «blindaje» justificativo de las normas jurídicas en términos de autoridad. El énfasis se desplaza desde éstas al derecho como un sistema de prácticas institucionalizadas que se sirve de las normas para promover determinados fines y valores de carácter político-moral en las relaciones sociales: por tanto, también hacia el carácter esencialmente argumentativo y justificativo de esas prácticas (ATIENZA, 2005: 72 y ss.), que han de consistir en

tender puentes con la moralidad y con la política a la hora de resolver los conflictos y desacuerdos más prominentes que se plantean en una determinada sociedad. El modo como las instituciones jurídicas positivas se organizan en el Estado constitucional de derecho impone, por tanto, una metodología post-positivista, o —aceptando la terminología dominante— «constitucionalista». El propio constitucionalismo de FERRAJOLI reconoce ampliamente este hecho y, sin embargo, se concibe a sí mismo no sólo como «superación» sino también como «reforzamiento» de la corriente central del iuspositivismo, en vez de considerarlo un ciclo agotado. Así, la epistemología de FERRAJOLI sigue siendo esencialmente la misma epistemología positivista y conserva por lo tanto las dos tesis anteriores. Por un lado, mantiene la operación de blindaje estructural de la normatividad jurídica, sólo que ahora reiterada y reaplicada al nivel constitucional (los valores han dejado de ser el deber ser *del* derecho para convertirse en el deber ser *en* el derecho). Por otro lado, las normas (incluyendo los principios) siguen siendo «hechos» autoritativos, es decir, reglas asumidas como axiomas preestablecidos que se comunican con las decisiones jurídicas *ex opere operato*, mediante procedimientos esencialmente lógico-semánticos, subsuntivos o clasificatorios, y no en términos de algún tipo de argumentación práctica que haga intervenir principios y valores (como la ponderación). Consecuentemente, queda suprimida toda conexión de naturaleza justificativa entre derecho y moralidad crítica, sea ética o política[2].

Las insuficiencias de la epistemología positivista se conservan en las tesis de FERRAJOLI sobre la jurisdicción. La asunción de la dicotomía hecho-valor es visible en dos postulados básicos mutuamente inseparables y realimentados. En primer lugar, el postulado de la exclusión o eliminación de los juicios de valor del núcleo de la jurisdicción, que lleva a centrar la racionalidad de ésta en los juicios fácticos: el proceso judicial es fundamentalmente cognoscitivo, presidido por la idea de verdad y campo de acción de la lógica en términos de esquemas lingüístico-semánticos centralmente subsuntivos. En segundo lugar, la consideración de los valores, de los juicios de valor[3], como un ámbito esencialmente irracional o a-racional, ajeno a la verdad y la logicidad, perteneciente a la esfera de lo puramente subjetivo, preferencial o discrecional. El primer postulado da por sentado que si la jurisdicción es racional, lo será en la medida en que responda a una racionalidad tendencialmente teorética (en el límite, científica). El segundo postulado asume que si los valores quedan fuera de la racionalidad es precisamente por ser de naturaleza «práctica»: lo práctico para la epistemología positivista queda fuera del conocimiento, de lo teórico; los juicios de valor no son sino «válvulas de escape» de las subjetivas tomas de posición morales y políticas del juez (por ejemplo, de sus ideologías, concepciones de la vida, etc.).

Lo que defenderé es que estas premisas epistemológicas positivistas en torno a la jurisdicción que derivan de la mencionada dicotomía hecho-valor —cuya presencia es fácil rastrear en tesis del iuspositivismo del siglo XX como la *Reinheit* kelseniana, la distinción hartiana entre puntos de vista interno y externo o las tesis de las fuentes sociales

[2] Es la manera «dualista» de enfocar las relaciones del derecho con la ética y la moralidad política a la que se refiere DWORKIN (2011: 402 y ss.). *Cfr.* FERRAJOLI (2000: 868 y ss.) (en adelante todos los números entre paréntesis sin mención de autor serán referencias a esta obra).

[3] Asumo en lo que sigue la definición de «juicios de valor» (*Werturteile*) o «valoraciones» (*Wertungen*) propuesta clásicamente por M. WEBER [1917 (1973): 489]: «Todas aquellas "apreciaciones prácticas" de un fenómeno en el cual pueden influir nuestras acciones al aprobarlo o reprobarlo».

y la discrecionalidad— componen una visión de la función judicial que, en esencia, sigue siendo la misma que la del viejo positivismo legalista, habitualmente considerada «formalista» (y clásicamente representada en formulaciones ilustradas muy conocidas de BECCARIA o MONTESQUIEU que no hace falta repetir aquí: las relativas al «silogismo perfecto» y al poder judicial «nulo» porque es «boca de la ley»). Constituye, por lo tanto, como tantas veces se ha dicho, cuando menos una concepción enormemente simplificadora, epistemológicamente errónea e ideológicamente deformadora de lo que usando una expresión del propio FERRAJOLI podemos llamar la «fenomenología del juicio». Sin embargo el jurista italiano da por evidente que su modelo de jurisdicción se distancia decisivamente, superándolo, del formalismo legalista y de su «tosca» y «obtusa» epistemología (158, 165, 201). Es aquí donde entra en juego el concepto de «equidad». FERRAJOLI estima que este aludiría precisamente a un aspecto fundamental de la aplicación del derecho erróneamente ignorado por ese primer positivismo y que su propia teoría, en cambio, recupera como elemento intrínseco e insuprimible de la jurisdicción. Sin embargo, lo cierto es que la concepción ferrajoliana de la equidad no supone avanzar un paso sobre la metodología del formalismo legalista clásico: mantiene intacto su método y no añade realmente nada novedoso (como pretende) a la forma de entender la *racionalidad* de la jurisdicción. Ésta sigue teniendo que ver solamente con la verdad, como racionalidad fundamentalmente semántica, relativa a la denotación de la ley, mientras que la equidad es ajena a la verdad, es un asunto meramente pragmático, relativo a la connotación o valoración del juez. La dicotomía hecho-valor se alza como el obstáculo insuperable que impide que la equidad pase a formar verdaderamente parte de las reglas de racionalidad de la jurisdicción. Con ello el intento de superación del «paleopositivismo» emprendido por FERRAJOLI está condenado a resultar fallido.

Tal superación sí es, sin embargo, posible si retomamos con rigor el concepto aristotélico (adviértase: no «iusnaturalista») de equidad. Este concepto cuenta con una tradición milenaria tras de sí, documentable en todas las tradiciones jurídicas (pensemos en la *aequitas* romano-canónica, o en la *equity* anglosajona). Desde un punto de vista filosófico-jurídico, está en efecto históricamente asociado a la tradición iusnaturalista, pues la equidad (al menos desde TOMÁS DE AQUINO) fue enlazada a lo «justo natural» [4] y posteriormente (en el iusnaturalismo deontológico y en el neotomismo) a la moral. De ahí el rechazo visceral que generó por parte del primer positivismo, cuando pudo verse en la equidad (al igual que en la actividad misma de interpretación por parte del juez) un compromiso de la soberanía del legislador y una suerte de vía abierta al «funesto arbitrio de los jueces» (por usar la expresión clásica de FILANGIERI) o (según la equivalente y no menos clásica en el ámbito anglosajón de SELDEN) el peligro de «convertir los zapatos del juez en la unidad de medida de la ley». Similares razones lo desterraron de la corriente central del positivismo del siglo XX, ya que —además de su rancia herencia iusnaturalista, que lo hacía incompatible con la tesis de la separación— la equidad venía a poner en cuestión la tesis de la discrecionalidad judicial (estrechamente vinculada al «modelo de las reglas»), lo que para el positivismo hartiano o raziano la situaba más allá de los límites del derecho (SHINER, 1994: 1248 y ss.). Ahora bien, lo que importa destacar es que la noción de equidad es en realidad

[4] TOMAS DE AQUINO, *In dec. Eth.*, V, 16, 774.

anterior a la dicotomía iusnaturalismo-positivismo y conceptualmente independiente de sus avatares históricos. Se remonta a la vieja idea aristotélica de la *epieikeia* como «corrección de la ley» de ARISTÓTELES expuesta en la *Ética a Nicómaco* y en la *Retórica*. Y cabe defender que esta teoría contiene ya una superación de la controversia iusnaturalismo-positivismo (VEGA, 2010).

FERRAJOLI hace una interesante y documentada reconstrucción del periplo histórico de la noción —«atormentada pero fundamental» (156)— de equidad. Es muy sugestiva la manera en que presenta esa historia como repleta de equívocos y malentendidos, como corresponde al tópico en que se convirtió, especialmente al ser ideológicamente interpretada desde dicotomías tales como formalismo-antiformalismo y iuspositivismo-iusnaturalismo. Sin embargo, en esa reconstrucción FERRAJOLI comete en mi opinión dos graves errores de fondo. En primer lugar, atribuye equivocadamente el origen de esos equívocos a la propia teoría de la equidad de ARISTÓTELES. En segundo lugar, su aproximación al concepto (y a su historia) sigue presa de la disyuntiva que él mismo critica entre interpretaciones iuspositivistas y iusnaturalistas. Ambos errores provienen sencillamente del hecho de que su concepción de la equidad es ella misma positivista y, en el fondo, sigue siendo idéntica a la del legalismo clásico ilustrado, lo cual le lleva a desfigurar la doctrina aristotélica y a articular una teoría de la equidad que al cabo no desempeña papel sustantivo alguno en la racionalidad de la aplicación judicial del derecho. Es esto lo que termina lastrando con insuperables inconsistencias teóricas —como intentaré mostrar— su proyecto garantista y constitucionalista.

Así, después de analizar el texto aristotélico y reconocer que «sigue siendo todavía hoy la explicación más clara y penetrante que nunca se haya ofrecido de la noción de equidad» (156), FERRAJOLI concluye que la concepción de ARISTÓTELES es sin embargo «insatisfactoria» y «errónea» por cuanto se basa en la idea de que el carácter general y abstracto de la ley entraña su condición incompleta, omisiva o constitutiva de un error (del legislador), y con ello en la idea de que la equidad es una «corrección» *extra*, *ultra* o *contra legem* a cargo del juez. De aquí arrancaría, a su juicio, el equívoco arrastrado (nada menos que) a lo largo de toda la historia del pensamiento jurídico, según el cual la equidad se contrapone a la legalidad, dado que comportaría ir «más allá de la ley escrita» para concebirse como un «modelo de juicio complementario, supletorio o alternativo», como «fuente de derecho alternativa a la legalidad, o bien como instrumento más o menos excepcional de interpretación y de integración de la ley»: «con la consecuencia de que mientras su aceptación sirve para favorecer orientaciones sustancialistas y decisionistas contrarias al principio de legalidad [...], su rechazo resulta engranado con orientaciones obtusamente formalistas y abstractamente legalistas» (157-158). Frente a tal concepción heredada, que FERRAJOLI considera fruto de una teoría inadecuada de la jurisdicción —«y más a menudo de la ausencia de cualquier teoría» (158)—, elabora su propia propuesta: una «noción semántica de la equidad» basada en la distinción entre legalidad como denotación y equidad como connotación (entre lengua legislativa y lenguaje judicial).

Pues bien, lo que voy a intentar mostrar en las páginas que siguen es cómo FERRAJOLI malinterpreta a ARISTÓTELES al atribuirle semejante contraposición entre legalidad y equidad, y que su planteamiento no capta el verdadero significado epistemológico de la equidad como *corrección* (donde se encuentra el verdadero núcleo de la idea

aristotélica) y su importancia para una cabal concepción filosófica del derecho. Debido a ello, su propia propuesta de la equidad como connotación no ofrece en realidad ningún enfoque novedoso sino que es una manera sofisticada y artificiosa de mantener la *misma* concepción subsuntiva clásica del silogismo judicial propia del positivismo legalista ilustrado (cuyo «obtuso» rechazo de la equidad pretende sin embargo haber superado). Es esta concepción positivista en realidad la que se caracteriza por enfrentar entre sí legalidad y equidad como dimensiones contrapuestas y mutuamente excluyentes del juicio, algo que la teoría de la *epieikeia* de ARISTÓTELES no sólo no sostuvo nunca sino que expresamente rechazó en su reconstrucción del funcionamiento de la «justicia legal» (*nomikon dikaion*) que rige la racionalidad de la función judicial, en la que se hace presente la equidad como «corrección de la ley» representativa de una forma «superior» de justicia. En esa medida, la concepción positivista habría sido ya reconocida y criticada por ARISTÓTELES (naturalmente, como opción teórica y metodológica, no como doctrina histórica, pues sólo figuradamente puede decirse que sea un «post-positivista: *cfr.* ATIENZA, 2013: 96 y ss.; VEGA, 2013a). Que las insuficiencias del positivismo jurídico quedan perfectamente diagnosticadas y superadas desde el marco conceptual aristotélico se comprueba cuando contrastamos la teoría de la equidad de FERRAJOLI con la teoría de la equidad de ARISTÓTELES y las respectivas concepciones del derecho que representan.

La comparación crítica entre ambas visiones de la equidad permite mostrar también —y este es el segundo punto que antes subrayaba— que la teoría de la *epieikeia* no es tampoco iusnaturalista (ni menos aún «premoderna»). La concepción aristotélica revela más bien una comprensión pragmática y constructivista de las reglas jurídicas directamente conectada con su concepción política del imperio de la ley y su concepción moral de la prudencia, ambas confluyentes por un lado en la teoría del *nomos* y del «gobierno de las leyes» y, por otro, en la «justicia legal» como *orthos logos* o justificabilidad racional de la ley. A esta concepción subyace toda una compleja teoría filosófica de la práctica, de lo que ARISTÓTELES llama *praxis* (moral, política y jurídica), que resulta solidaria de una «razón práctica» (reflejada en el concepto de *phronēsis*, «prudencia») que actúa no sólo en función de reglas sino también de valores (y sobre cuya relevancia filosófica para la *iurisprudentia* es, creo, innecesario insistir). Bajo este modelo de racionalidad práctica queda desbordada la contraposición dicotómica hecho-valor tal como ésta se proyecta sobre la metodología judicial: las normas jurídicas no se comprenden ya como «hechos» que *deban* marginar los juicios de valor del juez (por ejemplo como «límites» o «controles» o «garantías» frente a sus tomas de posición) sino como piezas de un razonamiento práctico que debe estar justificado en términos de corrección o validez sustantiva y, por tanto, en términos de valores. Las propias normas jurídicas son proposiciones prácticas *per eminentiam* cuyo fundamento no deja de responder a principios y valores ni siquiera cuando se analizan como hechos «autoritativos». Y precisamente en esa referencia a los valores operativos en la práctica de aplicación judicial, en la prudencia judicial (*dikastikē*) —valores de justicia, materiales, y no solamente valores lógicos o formales ligados a la generalidad de las reglas— se encuentra una clave fundamental de la tesis de la unidad de la razón práctica —que no es otra que la unidad del valor, como apunta DWORKIN (2011: 1 y ss., 255 y ss., 402 y ss.)—, tesis que conduce a conectar interna y necesariamente el derecho con la moral y la política (en términos dialécticos, no armonistas, esto es, presuponiendo el conflicto

y el desacuerdo entre concepciones valorativas en vista de su resolución más bien que postulando sin más su separación). Esta idea es un hilo rojo del postpositivismo o constitucionalismo contemporáneo (DWORKIN, NINO, ALEXY, ATIENZA) que no cabe ya calificar como iusnaturalista (excepto justamente desde las premisas positivistas). ARISTÓTELES no es obviamente un «constitucionalista», como decía, pero sí un defensor de una concepción racionalista del Estado de derecho mucho más próxima a lo que nuestros Estados constitucionales están demandando hoy de lo que a menudo tiende a suponerse. En su filosofía jurídica, y particularmente en sus tesis sobre la *epieikeia*, antes que una arcaica doctrina iusnaturalista, cabe encontrar aquella teoría del derecho como práctica que podría permitir al constitucionalismo desarticular algunas de las dicotomías heredadas de la tradición iuspositivista. Veamos si ello es así a propósito de un planteamiento positivista de la jurisdicción como el de FERRAJOLI.

2.

Resumamos rápidamente, para empezar, las ideas principales de la concepción de la jurisdicción trazada en *Derecho y razón*. Para FERRAJOLI la jurisdicción es un poder al que caracteriza como «saber-poder». Serían cuatro las dimensiones que conforman el poder judicial: i) el poder de denotación, ii) el poder de comprobación, iii) el poder de connotación y iv) el poder de disposición.

El poder de denotación tiene que ver con la determinación de la ley aplicable, la calificación jurídica de los hechos y la interpretación de la ley, donde rige el principio *auctoritas, non veritas facit legem*. El poder de comprobación tiene que ver con la dimensión probatoria del juicio: la determinación de los hechos del caso, donde rige el principio *veritas, non auctoritas facit iudicium*. El poder de connotación va referido a la consideración y apreciación de lo singular de cada caso por el juez. El poder de disposición remite a valoraciones de naturaleza ético-política del juez.

Para FERRAJOLI estos cuatro poderes son magnitudes no independientes sino correlacionadas entre sí en términos de proporción inversa: cuando unos aumentan, otros disminuyen correlativamente. Además, hay una gradación jerárquica entre ellos: el poder de denotación y el de comprobación conforman el núcleo «irreducible» (166) de la jurisdicción, por ser aquellos que le proporcionan su carácter cognoscitivo como «saber», mientras que el poder de connotación deja de ser ya *iuris-dictio* para pasar a ser *iuris-prudentia*, en razón de su naturaleza intrínsecamente valorativa y discrecional y, por último, en el extremo del polo, el poder de disposición, deja de ser ya propiamente jurisdicción como «saber» para pasar a ser nudo «poder»: un poder «patológico» que crece a expensas de los demás («fisiológicos»), de manera que si se reducen éstos la vinculación a la legalidad que define a la jurisdicción deja paso al arbitrio decisionista del poder judicial: un poder ético-político descontrolado y no sometido ya al poder legislativo ni, por tanto, al derecho.

Resulta muy claro cuáles son los valores que rigen esta gradación. Los dos primeros poderes (denotación y comprobación) responden al valor de *verdad*: son poderes de *verificación*. Se trata de la verdad jurídica (la denotación) y la verdad fáctica (la comprobación). Son por ello los únicos que responden propiamente a logicidad

(deducción e inducción, respectivamente) y, *por tanto*, a racionalidad. Tienen una dimensión *semántica*. Conforman el «saber» en la dualidad «saber-poder». En cambio, los dos últimos son poderes para los que no rige el valor de verdad, sino *otros* valores: valores morales y políticos. Se trata de los valores desde los cuales el juez aprecia las circunstancias específicas del caso concreto (connotación) y aquellos que presiden genéricamente el ejercicio de su función como poder decisorio estatal (disposición). *Por tanto*, son intrínsecamente irracionales, ajenos a toda logicidad. Tienen una dimensión puramente *pragmática*. Conforman el «poder» en la polaridad «saber-poder».

Los «por tanto» subrayados en el párrafo anterior expresan la perfecta incorporación de la dicotomía hecho-valor en la concepción ferrajoliana de la jurisdicción. La cual se ve amplificada *ad libitum* en una cadena de dicotomías correlativas: cognoscitivismo/no cognoscitivismo, objetivo/subjetivo, conocimiento/acción, teórico/práctico, saber/poder, semántica/pragmática, determinación/discrecionalidad, subsunción/valoración, reducible/irreducible... Estos dualismos, como veremos, tienen mucho de retórico y sirven fundamentalmente para extremar las cosas en términos de falsas oposiciones. Porque cuando se desciende a los detalles de cada uno de los cuatro poderes se ven obligados a atenuarse notablemente: así, tanto la denotación como la comprobación contienen elementos de decisión o elección valorativa, mientras que la connotación y la disposición, que son esencialmente valorativas (sobre todo la última), resultan sin embargo finalmente por fuerza reconducidos al ámbito de lo «argumentable» racionalmente (120, 173). Esto sugiere ya que en la descomposición analítica de la jurisdicción en ese cuadro de poderes está ausente una teoría de la práctica que los muestre unitaria y adecuadamente ordenados: hay una inconsistencia de fondo en presentarla como fundamentalmente cognoscitiva (teórica: un «saber») cuando desde el principio tiene que ser concebida como una actividad eminentemente práctica o valorativa (un «poder»). Una tal teoría es la que, en cambio, sí nos ofrece la concepción aristotélica de la praxis judicial.

Pero donde el dualismo básico hecho-valor, característico del esquema metódico positivista, se hace sobre todo transparente es en la distinción metafórica ferrajoliana entre lo «fisiológico» y lo «patológico». Los tres primeros poderes son fisiológicos *porque* no deben contener en rigor juicios de valor (sólo la connotación los comprende, pero veremos enseguida que no compiten con la verdad, es decir, con los hechos). Los hechos son el centro del razonamiento judicial: el hecho de la ley (o sea, la norma) y los hechos del caso (o sea, las circunstancias a las que ésta se aplica por el juez). Mientras que los valores (es decir, los valores distintos de la verdad: los valores morales y políticos; llamémoslos «valores prácticos») quedan *segregados* de ambas clases de hechos. El criterio de esta segregación parece ser la presencia de procedimientos lógicos que introducen la requerida objetividad teórica: la subsunción deductiva bajo las pautas generales de la norma (verdad jurídica) y el razonamiento inductivo por el que se prueban los hechos del caso (verdad fáctica). A la lógica se le supone, pues, la capacidad para neutralizar los juicios de valor, y de su operatividad resulta que el juicio sea fundamentalmente una actividad lógico-cognoscitiva, un razonamiento teórico. La verdad es el valor que opera como género rector del razonamiento judicial, subordinante de los demás. Este es el efecto del primer postulado metodológico positivista al que hacíamos referencia más arriba.

Y así —segundo postulado— los valores prácticos, fuera de este marco, quedan confinados al espacio de lo irracional. Los juicios de valor son subjetivos y arbitrarios *porque* no poseen valor de verdad: los términos valorativos carecen de significado veritativo, no son verificables ni refutables, no connotan ni denotan nada objetivo, no sólo son «indeterminados» sino en realidad «indeterminables», pues «no connotan propiedades objetivas sino que sólo expresan las actitudes y valoraciones subjetivas de quien los pronuncia» (120). De manera que representan aquello que debe ser limitado, controlado, reducido: los juicios de valor son la fuente de indeterminación del razonamiento judicial, del cual deben ser expulsados. Su presencia señala el comienzo de la «patología» del razonamiento judicial: precisamente en la medida en que el juez quede «libre» para valorar, pues en ese momento dejará de actuar racionalmente. Por eso el poder de disposición, intrínsecamente ético-político, es siempre y por estructura patológico. Los juicios de valor no representan sino la potencial arbitrariedad, irrestricta discrecionalidad e irracionalidad del juez, un peligro siempre acechante que «infiltra» peligrosamente, casi se diría que «infecta» (siguiendo con la metáfora) la labor jurisdiccional y que debe ser combatido y neutralizado a toda costa. Y esa es la función que cumple la verdad (la denotación y la comprobación), que opera como una suerte de muro de contención —racionalizador— de los juicios de valor irracionales del juez (un «antibiótico» contra el virus en potencial expansión que éstos suponen). La verdad —el poder de verificación del juez, fáctica y jurídica— es «el espacio mínimo irreducible» de la racionalidad judicial[5]. Sin él no hay poder que pueda llamarse jurisdiccional, sino sólo poder o nuda valoración discrecional. Cuando ese reducto mínimo comience a ceder por efecto de las «carencias e imperfecciones» de la decidibilidad en términos de verdad que ofrezca la ley (como las indeterminaciones semánticas o las antinomias, en lo que respecta a la ley, o la ausencia de garantías en lo que respecta a la prueba), simultáneamente aumentará el *quantum* de irracionalidad de la aplicación del derecho, al abrirse la compuerta a las valoraciones del juez. Hasta el punto de que superado un cierto grado dejaría de ser ya jurisdicción para pasar a constituir simple imposición de las opiniones morales o políticas del juez (en lugar de las del legislador, que es el único a quien en el Estado de derecho se reserva *legítimamente* un tal poder de disposición o de decisión política, cuyos términos el juez sólo puede constatar y verificar)[6]. Volvemos a toparnos aquí con la inconsistencia básica antes referida: si los juicios de valor del juez son el ejercicio de un poder delegado por el legislador y en tal medida sólo son *jurídicamente* racionales en cuanto controlados o limitados por sus reglas sustantivas y procesales, entonces de algún modo deben ser asumidos como el centro de la decisión judicial, no su residuo. Dicho de otro modo: aun cuando la lógica (sea deductiva, si hablamos de la universalidad lógica de la ley, sea inductiva, si hablamos de su taxatividad) sea necesaria para canalizar racionalmente los juicios de valor del juez, no sería *suficiente* para producir la decisión misma. Ésta no puede ser asegurada solamente por procedimientos lógicos: no se explica cómo se pasa de la ley a la decisión sin mediación valorativa. La función «subjetivizante» del valor pasaría a ser entonces un factor

[5] «Las sentencias son, en cambio, comprobaciones y exigen por tanto una motivación fundada en argumentos cognoscitivos en los hechos y re-cognoscitivos en el derecho, de cuya verdad, aun aproximativa como lo es toda verdad empírica, depende tanto su validez o legitimación jurídica, interna o formal, como su justicia o legitimación política, externa o sustancial» (FERRAJOLI, 2011a: II, 209).

[6] *Cfr.* FERRAJOLI, 2011a: II, 198 y ss.

positivo y no negativo. Tampoco el objetivo del método podría ser «neutralizar» los juicios de valor, si resulta que la operatividad de la lógica en la decisión no puede ser ella misma desligada de las valoraciones ético-políticas *del legislador*. Estas objeciones, como veremos, encuentran su solución desde la perspectiva aristotélica.

De cualquier modo, si la intrínseca y correcta fisiología del juicio, tal como FERRAJOLI la presenta, está ligada de ese modo a una actividad centralmente cognoscitiva (o recognoscitiva), aun cuando su ejercicio comporte siempre la intervención inevitable y patológica de juicios de valor más o menos «reducibles», la pregunta previa que cabe plantear es en qué difiere esta teoría de la teoría del «silogismo perfecto» del formalismo ilustrado en donde, fijada la norma y asegurado el hecho, quedaba «mecánicamente» resuelto el juicio [7]. La respuesta de FERRAJOLI es que la diferencia estriba precisamente en la equidad. Veamos si es realmente así.

3.

Aunque FERRAJOLI, naturalmente, no desconoce los problemas de indeterminación, vaguedad y textura abierta del lenguaje legislativo (puestos de manifiesto por el iuspositivismo contemporáneo) ni la distancia que separa a la determinación judicial de los hechos de una reconstrucción teórico-objetiva como la que es propia de la ciencia, sigue manteniendo la tesis central de que tanto el poder de denotación como el de comprobación constituyen esencialmente inferencias teóricas, verificables o falsables. La actividad judicial es originariamente un «poder» (y de ahí que su ejercicio suponga valoraciones), pero un «poder de cognición» (40), un «saber-poder», es decir, «una combinación de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*)» en la que «cuanto mayor es el saber tanto menor es el poder (y viceversa)» (45-46, 14) [8]. De ahí que su posición en cuanto al poder de denotación y de comprobación sea que ambos están esencialmente orientados a la verdad objetiva (168). Una idea ésta —la de vincularlo a la idea de verdad— que resulta incontestable, por supuesto, desde cualquier posición racionalista en torno al proceso judicial (TARUFFO, 2002: 80 y ss., 327 y ss.). Como apunta FERRAJOLI la aplicación judicial se caracteriza por ser un «razonamiento», no un simple decisionismo (64), y ello marca el paso de la mera a la estricta legalidad y jurisdiccionalidad (35 y ss., 539 y ss.). Sin embargo, lo que no está tan claro es que esta orientación a la verdad deba consistir en que el nexo entre ambos principios, legalidad y jurisdiccionalidad estrictas, se base en «excluir las valoraciones en lo más posible», sobre todo después de reconocer que la decisión judicial necesariamente ha de ser un razonamiento práctico.

Pero FERRAJOLI sigue entendiendo esas dos inferencias como «teóricas» (65) en la medida en que están regidas por el valor de la verdad. La solución al problema de cómo están conectadas con la decisión del juez (que es práctica) viene dada en su modelo por el poder de connotación, la tercera inferencia, a la que califica como

[7] «Donde las leyes son claras y precisas el oficio de juez no consiste más que en asegurar un hecho», C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1774), XIV; *cfr.* IV (1968: 49, 31-32).

[8] «En suma, el poder judicial es un poder-saber: tanto más legítimo cuanto mayor es el saber y tanto más ilegítimo cuanto mayor es el poder» (FERRAJOLI, 2011a: II, 210).

inferencia práctica. Así tras la inferencia probatoria inductiva («Ticio ha cometido el hecho H», cuyas premisas son el conjunto de las pruebas recabadas) y la inferencia normativa subsuntiva («Ticio ha cometido el delito G», cuyas premisas son la conclusión anterior y la definición legal del delito en cuestión y cuya conclusión es la clasificación del hecho probado dentro del concepto jurídico clasificatorio en cuestión), viene —y por este orden— la inferencia propiamente práctica o decisoria (la disposición o fallo): «Ticio debe ser castigado con la pena P». Pues bien, afirma FERRAJOLI: «De estos tres silogismos sólo el tercero incluye normas y por eso es calificable —se piense lo que se piense sobre su naturaleza lógica o para-lógica— como «práctico» o «deóntico» (64). Sólo en este momento —en la derivación del fallo— aparecerían «premisas y conclusiones normativas», pues hasta ahora todo lo que teníamos eran inferencias lógicas (a partir de enunciados descriptivos: de hechos y de normas), es decir, teóricas. De nuevo esta limpia disección analítica resulta controvertible, pues obviamente ya la subsunción y la inferencia probatoria envuelven premisas normativas y conclusiones normativas (en la interpretación, en la imputación), y de ello derivan en buena medida los problemas epistemológicos que exhibe la «verdad jurídica formal» (cuyas condiciones de construcción objetiva no son homologables a las del saber científico *incluso* cuando se dispone de pruebas de base científica). Es insatisfactorio plantear las relaciones entre la epistemología procesal y la científica exclusivamente en términos del valor de verdad (por ejemplo, oponiendo incertidumbre y plausibilidad a objetividad: 141 y ss.). De nuevo, aunque éste sea un ideal regulativo irrenunciable, necesario, no es sin embargo suficiente para dar cuenta de la inferencia judicial. Sobre ello volveremos después a propósito de las relaciones entre saber teórico (*epistēmē*) y saber práctico (*praxis*) en ARISTÓTELES.

Lo que nos importa subrayar ahora es que, en el modelo de FERRAJOLI, este es el momento en que el razonamiento del juez comienza a ser reconocido como un razonamiento efectivamente «normativo» o «práctico» en sentido estricto. Es decir, ahora comenzamos a comprender qué significa que la jurisdicción se considere desde el inicio como un «poder». En realidad está aflorando el poder de disposición del juez, al que FERRAJOLI llama «ético-político» y que, si en su modelo se ve relegado al trasfondo, en realidad como podremos ver está operando desde el principio en primer plano. Se desvela en efecto ahora que el juez no sólo hace afirmaciones verdaderas acerca de la existencia de ciertos hechos y de ciertas normas relativas a ellos sino que también *valora*. En otros términos: su interpretación se vuelve «operativa» (a diferencia de la «doctrinal», que sería teórica) (53 y ss., 83, 160; *cfr.* FERRAJOLI, 2011a: I, 221, 533). La jurisdicción aparece como un «saber» *al servicio de* un «poder». La importancia de la equidad tiene que ver, pues, con la introducción en el juicio del aspecto valorativo, decisorio o justificativo. Y es esta dimensión la que según FERRAJOLI el positivismo formalista ilustrado habría oscurecido con el esquema del «silogismo perfecto», que habría sido pensado en términos indistinguibles de un «silogismo teórico». El error del formalismo positivista es pretender la negación de la dimensión valorativa del juicio (reduciendo el juicio a un mero «saber»), así como el error del decisionismo sustancialista es sobredimensionarla (reduciendo el juicio a mero poder de disposición, a pura decisión ético-política: el poder desnudo, diríamos). El *tertium quid* que FERRAJOLI nos ofrece para escapar de esta que en su opinión es una falsa disyuntiva es precisamente la equidad como poder de connotación.

FERRAJOLI retoma aquí la idea básica de la que arranca el tópico de la equidad en ARISTÓTELES según la cual muchas propiedades del caso juzgado no hallan encaje en el marco abstracto y genérico de la norma (156). De ellas no puede predicarse en consecuencia la verdad jurídica. La ley no puede prever todas las connotaciones posibles de los hechos por ella denotados. Estas tienen que ser individualizadas y comprendidas en su concreción particular en cada caso, y eso es la equidad: el poder de connotación del juez.

En opinión de FERRAJOLI esta manera de entender la equidad permite superar todos los «desorientadores malentendidos políticos y estériles contraposiciones teóricas entre equidad y legalidad» (157) que han ido asociados históricamente a este concepto. Malentendidos de los que en última instancia, como se adelantó, viene a responsabilizar a la propia idea aristotélica según la cual la equidad envuelve una «corrección» por el juez de los yerros u omisiones de la ley o del legislador [9], idea que habría sido acríticamente asumida por la tradición, pues «la reflexión sobre ella no ha progresado mucho de ARISTÓTELES en adelante» (198). De este modo, desde el lado formalista la equidad habría sido entendida como una especie de «derecho supralegal», como un juicio supletorio o alternativo a la legalidad (y por ello proscrito), como discrecionalidad del juez, etc., mientras que por el lado sustancialista se habría visto en ella una remisión al «derecho natural», a la «ética», al «derecho justo», a la «justicia del caso concreto», etc. (197-198). FERRAJOLI no llega a hacerlo, pero podríamos formular esta oposición mediante los lemas *dura lex, sed lex* (formalismo, textualismo) y *summum ius, summa iniuria* (antiformalismo, intencionalismo). El equívoco planteado por estas oposiciones queda perfectamente dilucidado, en cambio, dice FERRAJOLI, en cuanto adoptamos una «noción semántica de la equidad». Esta queda sintetizada en la conocida fórmula: «La ley connota lo que el juez denota, y denota lo que el juez connota; e, inversamente, el juez denota lo que la ley connota, y connota lo que la ley denota» (157).

De acuerdo con esa fórmula, la ley determina las propiedades o «características esenciales» que forman la connotación o intensión de las normas y que «determinan la extensión de la clase de los casos individuales denotados por el juez como aquellos de los que la figura legal es predicable en aserciones judiciales aceptadas como verdaderas» (158); mientras que el juez «connota las *características accidentales* y las *circunstancias específicas*, no connotables ni denotables legalmente, que forman la intensión de los casos individuales denotados por la ley como miembros de la clase cuya extensión está determinada por la figura de delito por ella connotada» (158, subrayado en el original). Fijémonos en que esta quiasmática fórmula revela de entrada cierta contradicción. Se dice que las circunstancias de cada caso no son «connotables ni denotables legalmente», esto es —en las palabras de ARISTÓTELES— que «no quedan cubiertas por la norma universal»: el problema puesto al descubierto por la equidad es, pues, que las situaciones de la práctica desbordan toda norma preexistente mediante la cual pretenden ser gobernadas, desafiando así a la práctica de aplicación (se superpone en

[9] Recordemos el texto aristotélico: «Así pues, cuando la ley se pronuncia en términos universales y surge un caso particular que no queda cubierto por la regla universal, debe corregirse el defecto en que incurre el legislador, es decir, el error que resulta del carácter absoluto de la ley. Esta corrección tiene lugar recurriendo a lo que el legislador mismo hubiera establecido en la ley si estuviera presente y hubiera conocido el caso» (*Ética Nicomáquea*, V, 10, 1137b, 20-24).

buena medida, pues, con el problema wittgensteiniano del *rule-following*) a llevar a cabo una labor interpretativa de índole constructiva (y en los «casos difíciles», a poner en cuestión la norma misma). Y sin embargo, siendo por definición las circunstancias del caso no «denotables», FERRAJOLI define la equidad como connotación de lo que el legislador *denota.* Lo que subyace a esta contradicción es de nuevo la pretensión de situar a la inferencia lógico-veritativa en el centro del razonamiento judicial para así erigirla en instancia de neutralización de cualquier valoración de índole extralógica, esto es, práctica. En otras palabras, el intento de *reducir* lo más posible la connotación a la denotación, de subordinar —en suma— la equidad a la legalidad en la construcción epistemológica del juicio. Lo cual, en realidad, no es sino plantear una solución legalista al problema o, lo que es lo mismo, dejarlo en el fondo irresuelto.

En efecto, legalidad y equidad, dice FERRAJOLI, son «dos aspectos distintos del conocimiento judicial»: el juicio de legalidad es la verificación por el juez «de las características esenciales y comunes que permiten afirmar que un determinado caso individual entra en una determinada clase de delitos connotada por la ley», mientras que el juicio de equidad es «la comprensión de las características *accidentales* y particulares del caso individual *verificado* y no connotadas por la ley» (158-159). Subrayo en esta última frase las palabras «accidentales» y «verificado»[10] porque en ellas radica de algún modo la clave del enfoque ferrajoliano sobre la equidad. Advirtamos cómo esta operación de «comprensión» es residual, parasitaria y, por así decir, inane respecto de la operación de subsunción. Pues, primero, presupone que *ya se ha producido* esa subsunción (sobre lo cual volveré enseguida) y, segundo, que se ha producido de manera avalorativa (pues es una inferencia puramente lógica). De modo que si nos preguntamos cómo afecta la connotación del juez a su denotación, la respuesta es bien clara: de ninguna manera. La equidad no pone ni quita nada a la denotación, es una suerte de «negativo fotográfico» valorativo de la previa operación lógico-subsuntiva en que dicha denotación se hace consistir y perfectamente inocuo con respecto a ella. Inocuo porque la «comprensión valorativa» de las circunstancias del caso concreto sólo tendría verdadera relevancia para el razonamiento judicial si los juicios de valor que comporta tuviesen algo que decir —como veremos sucede en ARISTÓTELES— respecto de la *corrección* o *adecuación* de la norma al caso y afectasen así a las propias condiciones de subsunción e interpretación de la misma. Es decir, cuando se reconociera que el razonamiento judicial tiene un carácter *interpretativo* en el sentido de DWORKIN —interpretativo de proposiciones prácticas y de prácticas sociales con arreglo a fines o valores— que predetermina las operaciones lógico-subsuntivas involucradas en la aplicación de dichas proposiciones y con ello sus condiciones de verdad, al mostrarlas como una actividad constructiva (DWORKIN, 1986: 47 y ss.; LIFANTE VIDAL, 2013). Dicho de otro modo, cuando la *verdad* se entienda precisamente como *corrección* (DWORKIN, 2011: 23-96). Pero no es esto lo que sucede con la connotación de FERRAJOLI, que juega un papel enteramente accesorio desde el momento en que las eventuales valoraciones ético-políticas o de moralidad que pueda involucrar son precisamente «accidentales» en la elaboración del juicio. La equidad se subordina enteramente a la subsunción, la connotación a la denotación (es decir, a la cognición veritativa), que es la operación «esencial» y que, al entenderse en términos de un «lenguaje observacional» al modo neopositivista, expurgado de juicios

[10] En el original sólo aparece subrayado el término «comprensión».

de valor[11], queda perfectamente inmunizada como operación puramente lógica. Y así puede concluir nuestro autor: «La equidad no puede ser invocada para sobrepasar a la ley, sino sólo para aplicarla» (164). El argumento ferrajoliano de la equidad, pese a que en apariencia incorpora el momento valorativo del razonamiento judicial, nos devuelve en realidad (circularmente, describiendo una suerte de petición de principio) a la misma teoría legalista del «silogismo perfecto», en la que el razonamiento judicial queda reducido a simple justificación interna o subsunción.

Ese círculo queda paradójicamente evidenciado en las palabras de censura que FERRAJOLI dirige al legalismo positivista, cuestionando su «tenaz» pretensión de reducir el juicio a un silogismo y su consiguiente desconfianza hacia la equidad: «pues la equidad no tiene nada que ver con el silogismo judicial, al no afectar —y por tanto al no comprometer— al procedimiento de búsqueda y de formación de la verdad procesal, que como se ha visto se refiere a la denotación y no a la connotación judicial» (163). En realidad la teoría ferrajoliana de la equidad reedita, de manera más sofisticada (pero no menos «mecanicista»), el mismo y simplificador esquema de la teoría legalista del silogismo que está criticando. Parte de esa sofisticación proviene del hecho de que envuelve la subsunción lógica bajo la distinción entre «lengua» y «lenguaje», es decir entre, por un lado, la lengua legislativa que —como un «diccionario» o una «gramática»— establece reglas convencionales de uso a ser empleadas en el lenguaje judicial y, por otro, este mismo lenguaje que es una especie de «habla» (o «reescritura» metalingüística) del primero (pues el juez es quien «dice el derecho») (*cfr.* 127, 156). Así, el principio de equidad es una «regla semántica sobre la formación del lenguaje judicial», sólo que no referida a la denotación (como el principio de legalidad, dirigido al legislador) sino a la connotación judicial. Una regla que prescribe que el juez connote «de la manera más precisa y penetrante los hechos denotados por la ley», comprendiendo en ellos «todas las circunstancias accidentales, específicas o particulares» (160).

Ahora bien, el juego de la distinción entre denotación y connotación, analizado de cerca, no responde realmente a reglas semánticas, sino en rigor a reglas *sintácticas*, es decir, lógico-formales. No se trata, dice FERRAJOLI frente a ARISTÓTELES, de que la ley incurra en «defecto» o «yerro» alguno ni que aparezca como «incompleta» cuando emerge un caso que queda fuera de la fórmula universal. Se trata «simplemente de la *naturaleza lógica* de la connotación (y la denotación) judicial respecto de la denotación (y la connotación) legal o del lenguaje respecto de la lengua» (161, subrayado mío). Es exclusivamente un nexo lógico el que comunica entre sí denotación y connotación. Así, todos los casos de robo son denotativamente iguales y al tiempo connotativamente distintos. Tendrán, dice FERRAJOLI, «caracteres accidentales necesariamente distintos, de modo que las dos tesis que enuncian su comisión expresarán contenidos informativos diferentes en relación con las diferentes e irrepetibles connotaciones de los dos hechos denotados ambos por la ley como «robos». Las distintas características accidentales de los dos robos, esto es, sus connotaciones específicas, forman precisamente el objeto de comprensión y de valoración en el juicio de equidad» (159). De manera que «el juez,

[11] *Cfr.* FERRAJOLI, 1994: 88 y ss., 116 y ss. Algo que, no obstante, FERRAJOLI cree compatible con la asunción de que toda teoría comporta elecciones valorativas prácticas —el «papel normativo de la teoría», manifestado en la función crítica de la dogmática y la teoría del derecho—, lo que en su opinión permitiría la superación de la tesis ideológica «paleopositivista» de la neutralidad (*id.*: 109 y ss., 136).

en un sistema de legalidad, connota de manera distinta lo que la ley denota, y denota de manera igual lo que la ley connota». No hay nada de misterioso en todo esto, dice FERRAJOLI: «Al connotar equitativamente un hecho concreto, el juez no corrige, integra, sobrepasa y ni siquiera interpreta la ley más de lo que yo corrijo, integro, sobrepaso o interpreto el significado de la palabra «mesa» definido por el diccionario cuando la uso para denotar la mesa sobre la que ahora estoy escribiendo y para connotar sus características específicas e irrepetibles que la hacen distinta de todas las demás mesas del mundo» (162).

En efecto, nada de misterioso tiene esta manera de entender la equidad. Simplemente sucede que la connotación (la valoración del caso a cargo del juez que ésta comporta) opera exclusivamente *dentro* del espacio cerrado por el juicio denotativo previo, juicio que a su vez queda agotado en la inclusión lógica de un individuo bajo una clase y que se mantiene pacíficamente idéntico, al parecer, en todos los casos. Es así como FERRAJOLI puede concluir que carece de sentido «contraponer legalidad y equidad, como si las dos cosas pudieran ir por separado o incluso una como alternativa a la otra», que «ni la legalidad es posible sin equidad ni la equidad [...] es posible fuera de la legalidad», que «todavía tiene menos sentido decir —como ARISTÓTELES y cuantos han copiado su pensamiento— que la ley es «incompleta» o que «el legislador omite y yerra» y concebir por ello la equidad como «correctivo», «integración» o «derogación del derecho formal», o como «lo justo que va más allá que la ley», según «el espíritu del legislador», el «derecho natural», la «conciencia social», la «discrecionalidad del juez» o similares»... y tantas y tantas otras afirmaciones que podrían reproducirse en el mismo sentido» (161).

Ahora bien, resulta evidente que esta manera de definir la equidad se limita a replicar el esquema formalista clásico al dar por sentado igualmente que la aplicación judicial del derecho —una vez determinados los hechos— es un simple asunto de inferencia deductiva (*dabo mihi factum, dabo tibi ius*). Ahora ello queda reforzado, como hemos visto, por la aceptación acrítica de la dicotomía hecho-valor plasmada en la combinación de una concepción descriptiva-observacional del lenguaje jurídico, el presupuesto metódico de la neutralización de los juicios de valor y un enfoque llanamente logicista del razonamiento judicial. Para comprobarlo, consideremos las dos siguientes aseveraciones de FERRAJOLI:

> «La paradoja del carácter a la vez igual y distinto de los infinitos casos concretos subsumidos en una misma norma abstracta se deshace con sólo considerar que la igualdad de los casos se refiere a su denotación, mientras que la diferencia se refiere a su connotación; y que no se da una connotación sin denotación, ni a la inversa» (162).

> «Todos los juicios sobre un mismo tipo de delito, aunque legalmente coextensos [...] nunca [son] equitativamente coextensos, sino cada uno siempre nuevo y distinto del precedente» (159).

En ambas se revela con nitidez la petición de principio a que antes nos referíamos en relación con la operación de denotación o subsunción: el postulado de que «el juez denota de manera igual lo que la ley connota» (es decir, que «los infinitos casos concretos subsumidos en una misma norma» son «iguales», que «todos los juicios son legalmente coextensos») tiene por misión sencillamente la elusión del problema central de la jurisdicción suscitado por la equidad, a saber: *si y cuándo* dos casos *dis-*

tintos pueden considerarse subsumibles bajo la *misma* norma, si y cuándo dos hechos *diferentes* constituyen el *mismo* tipo de delito. Es decir, el problema de si la operación lógica de subsunción misma es *legítima* o está *justificada* en términos de aplicación de una regla. Y esta es evidentemente una operación que excede de la lógica formal por cuanto es de naturaleza esencialmente valorativa: depende de juicios de valor que sólo el aplicador puede poner mediante un razonamiento de naturaleza práctica. Tales juicios de valor son los que llevan a justificar precisamente por qué el caso presente *es* un «caso de» la regla general y abstracta (tal es la tarea de la calificación e interpretación del juez), algo que no puede determinarse exclusivamente por medios lógicos —como subraya HART, la lógica nada dice por sí misma acerca de la forma de clasificar casos particulares [12]— sino que es una decisión *práctica* guiada por razones que trascienden la regla en aplicación y son por ello solidarias de una justificación externa o material acerca de su propia aplicabilidad y corrección. Pretender que estos juicios de valor —que constituyen el núcleo del razonamiento judicial— pueden ser reducidos a la relación de subsunción o justificación interna caso genérico-caso específico es dar por resuelto tautológicamente el problema de la equidad. El problema del formalismo y el antiformalismo no depende, por tanto, de «la naturaleza lógica de la denotación», sino que es esencialmente una cuestión del valor y de la justificación de la propia operación de denotación. Sólo puede resolverse, pues, desde una concepción no semántica ni sintáctica sino *pragmática* o constructiva del juicio, que es la adecuada a enunciados y razonamientos normativos y valorativos como son los judiciales, en los que —a diferencia de los razonamientos teóricos— es epistemológicamente insuprimible, no ya la referencia justificativa a valores prácticos, sino el compromiso *en primera persona* con ellos por parte de quien lleva a cabo dichos razonamientos.

Veamos ahora cómo se plantea la cuestión desde la perspectiva de un modelo pragmático de la jurisdicción —que pone los valores ético-políticos en primer plano— como el que está presupuesto en la teoría de la equidad de ARISTÓTELES.

4.

Lo que sigue es una reconstrucción de las ideas fundamentales de la teoría de la práctica judicial que se deducen de la noción aristotélica de *epieikeia*. Si tuviéramos que expresar lo esencial de esas ideas usando los conceptos del modelo ferrajoliano de jurisdicción que hemos visto hasta aquí, podríamos decir que la equidad aristotélica ilumina una relación que en ese modelo queda en la oscuridad, a saber: la relación entre el poder de connotación del juez y el poder de connotación del legislador. Si el lenguaje del juez es valorativo e interpretativo, lo es fundamentalmente porque se da en continuidad con el lenguaje legislativo. Esto implica entender lo que FERRAJOLI llama «denotación» (el vínculo central que según él conecta al legislador con el juez) como

[12] *«But just how in being a formalist does a judge make an excessive use of logic? It is clear that the essence of his error is to give some general term an interpretation which is blind to social values and consequences (or which is in some other way stupid or perhaps merely disliked by critics). But logic does not prescribe interpretation of terms; it dictates neither the stupid nor intelligent interpretation of any expression. Logic only tells you hypothetically that if you give a certain term a certain interpretation then a certain conclusion follows. Logic is silent on how to classify particulars —and this is the heart of a judicial decision»* (HART, 1958: 610).

una relación no solamente lógico-lingüística (semántica o sintáctica) sino sobre todo *pragmática* pues de ella depende en realidad la normatividad de la ley. La dimensión de la jurisdicción como «poder» exige introducir desde el principio la idea de «práctica» para entender las relaciones legislador-juez en términos de relaciones entre dos prácticas institucionales diferentes pero coordinadas: la práctica de legislar y la práctica de aplicar la ley. Ambas —legislación y jurisdicción— son además prácticas «de segundo grado», es decir, se construyen sobre las prácticas sociales ordinarias de primer grado (externas al aparato institucional jurídico) respecto de las cuales tanto legisladores como jueces actúan a la luz de ciertos fines y valores envolventes del derecho.

La estructura de la práctica de la jurisdicción, entonces, tiene que ser analizada en tres dimensiones fundamentales:

i) la relación de la práctica jurisdiccional con la práctica social de primer grado. Aquí es donde se dan los «casos» o situaciones particulares que el juez ha de resolver, en relación con las cuales el juicio se determina, según FERRAJOLI, en las operaciones de «comprobación» y «connotación»;

ii) la relación de la práctica jurisdiccional con la ley o norma general emanada de la práctica legislativa. Es la «denotación» de FERRAJOLI, que en su modelo determina las dos anteriores;

iii) la relación de la práctica jurisdiccional con el legislador. Es la que queda presupuesta, sin tematizar, en el esquema de FERRAJOLI.

Esquematizando mucho, cabe decir que en el planteamiento aristotélico de la equidad el análisis de la práctica jurisdiccional sigue la dirección i) ⇒ ii) ⇒ iii). El juez lleva adelante un razonamiento práctico, una deliberación, que parte de un caso, se remonta a la ley y termina acudiendo (mediante la idea de «corrección») a la figura del legislador. Pero para entender adecuadamente esto es preciso analizar esa relación también en su sentido inverso, que es el que recorre, por su parte, la práctica legislativa: iii) ⇒ ii) ⇒ i). El legislador *también* lleva adelante un razonamiento práctico que va dirigido al juez para que mediante las reglas por él preestablecidas dé solución a los casos particulares.

La concatenación entre ambas prácticas (la de dictar y aplicar leyes) debe entenderse esencialmente, a su vez, en términos de una práctica colectiva más amplia de naturaleza esencialmente *política*: el proceso de la construcción del Estado [13], de la organización política de una sociedad, proceso que se considera dirigido en función de ciertos valores o principios fundamentales: aquellos que están plasmados en la constitución. ARISTÓTELES deja claro que las leyes se hacen a la medida de la constitución política y no a la inversa y nos ofrece así la primera formulación sistemática del ideal del Estado de derecho, del «gobierno de las leyes» [14]. Es en esta práctica

[13] Esta construcción es presentada a menudo por el Estagirita como una labor de construcción técnica, casi artesanal: *vid. Política*, III, 3, 1276b1-11; IV, 1, 1288b19-21; VII, 4, 1326a35-38. Pero es claramente una metáfora que ilustra más el carácter constructivo-valorativo del derecho y la política que su estatuto epistemológico. También DWORKIN (1986; 2011) y NINO (1994) utilizan metáforas artísticas para ilustrar el papel interpretativo que la práctica jurídica cumple dentro de la moralidad política o su inmersión en una práctica política.

[14] «Donde no imperan las leyes no hay constitución» (*Pol.*, IV, 4, 1292a32). *Cfr. Pol.*, II, 9, 1269a32; III, 16, 1287a25 y ss. *Vid.* BODÉÜS, 1993: 74; MILLER, 1995: 157 y ss.

envolvente político-moral donde debe buscarse tanto la razón de ser de las leyes (de la institución legislativa) como de su proceso pautado de aplicación (de la institución jurisdiccional).

Así, por un lado, las leyes son aquellas normas que establecen los cursos de acción aplicables a *todos* los individuos en cuanto ciudadanos (no ya miembros de comunidades morales precursoras de la comunidad política) y que promueven por tanto aquellos principios y valores de índole político-moral que incumben al bien público [15]. Estos valores representan una cierta concepción de la justicia reflejada en cada constitución histórica que desde entonces preside el desarrollo de la acción pública o estatal, es decir, las operaciones de legisladores, jueces y funcionarios (quienes deben darle ejecución, dice ARISTÓTELES, «como si fueran obreros manuales» [16], es decir, con sometimiento a las leyes). El decurso de este entramado de prácticas públicas en el marco del Estado queda así vinculado a la virtud de la justicia, virtud que ARISTÓTELES analiza fundamentalmente en términos del cumplimiento de la idea de igualdad dentro de las prácticas sociales de primer orden tanto en lo que respecta al reparto de bienes (justicia distributiva) como a la reparación de ilícitos (justicia correctiva) [17].

Para que las leyes puedan desempeñar ambas funciones —aplicarse a todos los ciudadanos y promover esos valores colectivos— ARISTÓTELES subraya con insistencia que deben formularse como normas universales (*katholou*), es decir, estrictamente generales (a base de clases lógicas —de sujetos, acciones, circunstancias— que puedan ser predicadas de las situaciones particulares por medio de la saturación de variables de individuo) [18]. Esta generalidad es así una exigencia vinculada a la justicia no sólo en su sentido formal (la igualdad de trato o *isonomia*) sino también —y sobre todo— en su sentido material: la consecución social efectiva de los valores en cuestión. Y es aquí donde entra en escena la jurisdicción. Implantar en la práctica social los valores de justicia política que la legislación pretende propagar (la igualdad, pero también la *eleutheria* o libertad, así como los valores de moralidad que representan las restantes virtudes [19]) exige articular una práctica decisoria continuada e institucionalmente autónoma de aplicación de las leyes a cargo de una instancia intermediaria entre ambas: esa es la práctica judicial [20].

De este modo, tanto la legislación como la jurisdicción se conciben desde un principio como empresas prácticas, no sólo cada una de ellas independientemente sino también y sobre todo en su relación interna de continuidad. Esta continuidad viene dada esencialmente por el proceso de propagación de los principios y valores articulados en la constitución: no se trata solamente de praxis sino de *eupraxia* («acción buena»), no sólo de leyes sino de *eunomia* («buenas leyes»), no sólo de orden, perdurabilidad y estabilidad políticas sino de *eutaxia* («buen orden») [21]. Las propias constituciones políticas son ordenadas por ARISTÓTELES en función de su corrección axiológica

---

[15] *Cfr. Ét. Nic.*, II, 1, 1103b3-4; X, 9, 1180a32 y ss.

[16] *Ét. Nic.*, VI, 8, 1141b28-29.

[17] Cf. *Ét. Nic.*, V, 3 y 4; *Pol.*, III, 1282b23-30.

[18] *Ét. Nic.*, V, 7, 1135a5-8.

[19] *Ét. Nic.*, V, 3, 1131a25-29; V, 1, 1129b20-26; V, 2, 1130b18-26.

[20] Sobre el juez como «término medio» o «mediador» que «restablece la igualdad»: *Ét. Nic.*, V, 4, 1132a19 y ss; como «guardián de la justicia», es decir, del «bien para otro [*pros heteron*]»: V, 6, 1134b1 y ss.

[21] *Pol.*, III, 9, 1280b5-6; IV, 4, 1326a29-30.

por referencia al criterio del interés colectivo [22] (e incluso llega a hablar de «la mejor constitución por naturaleza» en el célebre pasaje donde distingue entre justicia legal y justicia natural) [23].

La idea aristotélica de prudencia (*phronēsis*) encierra toda una compleja epistemología del valor que, por cierto, comparte algunos supuestos con la epistemología positivista, si bien para extraer de ellos consecuencias diametralmente opuestas. Afirmar que legislación y jurisdicción son empresas «prudenciales» —y por ello «prácticas»— significa subrayar que su estatus epistemológico es el de actividades o instituciones cuyo objeto es precisamente *realizar* valores prácticos: aquellos valores ético-morales y políticos que condensamos en la idea de justicia. En este sentido, por decirlo con ALEXY, ambas exhiben una pretensión de corrección desde la cual deben ser juzgadas críticamente todas sus producciones, es decir, en la medida en que satisfagan o no tal pretensión, que para empezar ellas mismas asumen como autojustificación. Esto coloca al valor en el centro de la práctica jurídica, por decirlo ahora con DWORKIN, como aquello que le dota de sentido y hace de ella una práctica interpretativa que exige una determinada actitud crítica.

Así, la legislación es una institución que persigue la implantación de ciertos valores en la esfera de la práctica social en función del marco constitucional respectivo («hacer buenos a los ciudadanos haciéndoles adquirir ciertos hábitos», dice ARISTÓTELES [24], en palabras que no deben entenderse en un sentido únicamente «perfeccionista»), valores que se traducen en su caso en una única decisión: la producción de una regla o conjunto de ellas. El razonamiento legislativo tiene un lugar preeminente porque la composición de valores y principios constitucionales que se plasma en cada ley implica la deliberación política más prolongada y de consecuencias más importantes, dado que ese único acto está destinado a traducirse en el futuro en una multiplicidad indefinida de decisiones en cascada: ARISTÓTELES la llama por ello «arquitectónica» y «prospectiva [*peri mellontōn*]» [25]. No es, en efecto, suficiente con que existan las leyes como normas generales para implantar la justicia a la escala de una sociedad política: es preciso además asegurar que los valores que ellas promueven se vean materializados en *todas y cada una* de las situaciones que esas normas contemplan. Esa es la razón de ser de la jurisdicción: producir una sucesión de decisiones singulares y recurrentes en aplicación de las reglas legislativas que conduzcan a verificar aquellos balances de valores que las justifican. De ahí la continuidad entre ambas instituciones en un sistema de «gobierno de las leyes». La jurisdicción es la prolongación práctica de la legislatura y sus decisiones se imputan al derecho legislado como norma política impersonal expresiva de valores colectivos que realizan una cierta concepción del bien público. La *iuris dictio* es, entonces, *iuris prudentia* porque, efectivamente, su función es llevar a cabo una deliberación localizada en un caso particular (en *cada* caso relevante a la luz de las leyes), siempre que se demande una solución por parte del derecho a raíz de las disputas y conflictos sociales («casos presentes y determina-

[22] *Pol.*, III, 9-13. Lo «correcto» (*orthon*) ha de entenderse como lo «igual» (*isôs*), y lo «igualmente correcto» (*isôs orthon*) es «aquello que se ordena al beneficio de toda la comunidad (*poleôs holēs*) y de los ciudadanos (*koinon to tôn politôn*)».

[23] *Ét. Nic.*, V, 7, 1135a5.

[24] *Ét. Nic.*, V, 2, 1103b3-4.

[25] *Ét. Nic.*, I, 1, 1094a14; 2, 1094b5; *Retórica*, I, 1, 1354b8-9.

dos», dice ARISTÓTELES[26], por contraste con las leyes generales y abstractas, y por ello indeterminadas). Esa solución tiene que ser recabada por el juez *retrospectivamente*, tanto en lo que respecta a los hechos y circunstancias del caso —que son siempre segmentos pretéritos de práctica social— como en relación con los criterios normativos para su dictado, que no son sino los preestablecidos por la ley. En ARISTÓTELES encontramos, pues, ya formulados con toda claridad los que FERRAJOLI llama principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad. También el juicio se centra en las exigencias de verificabilidad (denotación jurídica y comprobación fáctica) del modelo ferrajoliano[27]. Así, ARISTÓTELES asume que la organización política de la justicia en términos de un Estado de derecho exige el establecimiento previo de estándares de conducta generales por la institución legislativa y que la institución judicial está regida estrictamente por el deber de aplicar y hacer cumplir esos estándares legales. Legislar consiste en anticipar selectivamente determinados cursos de acción mediante tipos generales *erga omnes* —sin acepción de persona— que se fijan por deliberación a partir de las situaciones precedentes de la práctica social y en vista de ciertos valores, asignándoles *pro futuro* consecuencias jurídicas predeterminadas que envuelven la coacción estatal. Es importante advertir el énfasis que ARISTÓTELES pone sobre la *temporalidad* de la práctica jurídica como práctica de segundo orden que se construye en términos de estados antecedentes y consecuentes de la práctica social primaria. Pues esta temporalidad determina enteramente la relación interna entre legislación y jurisdicción que está en la médula de la tesis de la equidad. El legislador anticipa tipos de acción, pero lo que no puede anticipar es *cada* caso singular: la determinación jurídica de éstos debe correr a cargo de una instancia posterior, deferida, y esto es lo que hace prácticamente necesaria a la jurisdicción[28]. Ahora bien, lo esencial es que ello no sólo incumbe a la *verdad* (a la comprobación fáctica) sino también a la denotación, la connotación y la disposición: es decir, a la *valoración* jurídica del caso. ARISTÓTELES deja claro que la exigencia que vincula el razonamiento del juez a la legalidad no solo no es incompatible, sino que es en realidad indesligable, de la exigencia de equidad como *justicia*, que demanda de él juicios de *corrección* de la ley. ¿Qué quiere decir ARISTÓTELES con tal cosa? ¿Qué significa «corregir la ley»?

No es difícil advertir que ello tiene mucho que ver justamente con la prominencia que exhiben los valores como elementos esenciales articuladores del conjunto de la práctica jurídica y, por consiguiente, con la centralidad que las operaciones de evaluación del juez pasan a tener dentro de la práctica jurisdiccional. Tenemos aquí, por lo tanto, dos epistemologías del valor en liza. Una, la adoptada por FERRAJOLI y el

---

[26] *Ret*. I, 1, 1354b7-8.

[27] Exigencias que tienen su correlato en el principio dirigido al legislador de formación de sus normas en un lenguaje taxativo y verificable (dicho de otro modo: que sea un lenguaje de *reglas*, o inmediatamente relativo a cursos de acción).

[28] Así, señala ARISTÓTELES: «corresponde a las leyes bien dispuestas determinarlo por sí, en cuanto sea posible, todo, y dejar a los que juzgan lo menos posible [...] es preciso hacer al juez árbitro de las menos cosas posibles [...] pero es forzoso que a los jueces se les deje la decisión sobre si algo ocurrió o no [...] o si es o no es, pues no es posible que eso lo prevea el legislador»; «Puesto que muchas veces el acusado reconoce haberlo hecho, pero no está de acuerdo sobre la calificación o acerca del delito a que la calificación se refiere; así, admite haber cogido algo, pero no robado, y haber golpeado primero, pero no ultrajado, y haber tenido trato con una mujer, pero no haber cometido adulterio, [...], por eso sería necesario definir acerca de esto qué es robo, qué ultraje, qué adulterio, de manera que si queremos mostrar si hay o no hay tal delito, podamos declarar el derecho» (*Ret.*, I, 1, 1354a32-1354b17; I, 13, 1374a1 y ss.).

positivismo jurídico, que asume la naturaleza irracional o praeterracional de los juicios de valor y pretende desterrarlos a toda costa del razonamiento judicial presentándolo como un razonamiento teórico o cognoscitivo (y en tal sentido lo aproxima tendencialmente a la racionalidad de la técnica o a la ciencia). La otra, la aristotélica (y también la postpositivista o argumentativa), que asume desde el principio la presencia necesaria de los juicios de valor en la jurisdicción (pues el nexo de ésta con la legislación se da justamente en términos de coherencia axiológica) y pone énfasis no ya en intentar neutralizarlos, lo cual es por demás imposible, sino en la justificación racional de los mismos, aproximándose así a la argumentación práctica de carácter moral o político: a lo que ARISTÓTELES llama *praxis*, que sería aquel nivel de racionalidad —el propio de las instituciones de la *politike*, cuya función es precisamente salvaguardar ciertos valores político-morales— en que se mantiene la institución del derecho.

La tesis de fondo del modelo aristotélico es, pues, que la jurisdicción es *ab origine* una empresa deliberativa de consistencia esencialmente valorativa. Que sea una forma de prudencia, de razonamiento práctico, tiene un sentido epistemológico crítico: significa que *no* puede ser presentado como un razonamiento teórico, es decir, como una empresa cognoscitiva (o recognoscitiva). Eso sería tanto un error metodológico (que presenta a la racionalidad jurídica como lo que no es: una técnica o una ciencia), cuanto simplemente un enmascaramiento ideológico (que pretender dotar a sus justificaciones de un tipo de objetividad del que necesariamente carecen: por ejemplo, presentando como inferencias deductivas, objetivas, lo que no son más que decisiones prácticas dependientes de evaluaciones subjetivas que como tales deben ser justificadas). Pero que la racionalidad prudencial carezca de objetividad científica no significa —y este es el segundo punto en que la epistemología aristotélica y la positivista se alejan decisivamente— que carezca de toda objetividad. Ésta tiene que ver justamente con la que quepa atribuir a la justificación o corrección que corresponde a los juicios de valor.

No es posible reproducir aquí la compleja argumentación que en ARISTÓTELES certifica el cerrado contraste entre *epistēmē* y *phronēsis*, llevándole por un lado a distanciar definitivamente entre sí racionalidad científico-teórica y praxis político-moral, y por otro a mantener, sin embargo, una concepción objetivista de la razón práctica que hace uso de la idea de corrección o verdad[29]. Baste con indicar que la racionalidad teórica y la práctica se hallan conforme a esta epistemología asimétricamente relacionadas: la acción implica conocimientos así como la *epistēmē* tiene conexión interna con la *praxis* (por ejemplo en la dialéctica y en la técnica), pero el conocimiento pasa a un segundo plano en el mundo de la práctica (en la moral y la política) y la acción pasa a un segundo plano en el conocimiento teórico-científico (por eso éste es objetivo y universalizable). La praxis consiste en el ejercicio de la acción con arreglo a valores (las virtudes) que comprometen al individuo en cuanto que tal individuo agente (y en la justicia, en su relación interpersonal con otros), mientras que en el conocimiento estricto se siguen reglas impersonales y objetivas como las que la ciencia y la técnica descubren y ponen en obra en la naturaleza (de ahí que la verdad de la teoría se defina en virtud de la independencia respecto de valores prácticos). Naturalmente, esto no significa que en el razonamiento práctico no sean relevantes y operativos fragmentos

[29] Remito a VEGA, 2013b: 2-6.

de razonamiento teórico. Una buena prueba de ello es precisamente el papel de la verdad, de los valores epistémicos, en el razonamiento judicial. Ya en el ámbito moral la prudencia es definida por ARISTÓTELES como disposición *verdadera* determinada por la razón: es una virtud «dianoética», es decir intelectual o relativa al conocimiento [30]. Esto se mantiene en la juris-prudencia, en el razonamiento prudencial del juez. Pues —recordemos el texto antes citado de la *Retórica*— el juicio presupone la verdad de las premisas fácticas y normativas en las que se basa, es decir, la existencia cierta de determinados hechos y de normas legislativas que el juez no pone y a las que debe ajustar su razonamiento.

Pero es completamente mixtificador de la estructura del razonamiento judicial —y, en general, práctico—- presentar esa verdad (jurídica y fáctica) como un valor que (al modo de la verdad teórica de la ciencia) actúa en él al margen de valores prácticos, como si pudiera convertirse en un razonamiento neutral, técnico o científico, excluyente de los juicios de valor prácticos y por tanto puramente «cognoscitivo» en el sentido ferrajoliano. La situación es exactamente la inversa: la verdad resulta aquí relevante en función de una institución orientada a producir decisiones exclusivamente en busca de la consecución de valores prácticos o de justicia, esto es, decisiones justificadas moral o políticamente. Si la jurisdicción es una «práctica de segundo grado» es porque ciertos sujetos deben decidir respecto de otros sujetos a propósito de la adopción de consecuencias prácticas relativas a la coacción estatal [31]. Son, por lo tanto, valores eminentemente prácticos, político-morales, los que determinan la formulación de las reglas legislativas en las que se prescriben las condiciones en que debe emplearse el aparato coactivo público. De manera que tanto el deber de decidir (prohibición del *non liquet*) como el de motivar (argumentar la decisión sobre el material legislativo), que establecen su vinculación institucional con la legislatura, son la expresión más clara de que la función de la jurisdicción no es sino la de asegurar la materialización de esos valores en la práctica (como «función de garantía por antonomasia») [32]. La continuidad entre el juez y el legislador, además de lógico-lingüística, es pragmática y axiológica: lo que el legislador le encarga al juez es precisamente que *valore*, que formule juicios de valor que le lleven a una decisión práctica justificada por respecto a esos valores. Por supuesto, las valoraciones del juez son *deferidas* respecto de las del propio legislador bajo un sistema de gobierno de las leyes: las decisiones judiciales sólo pueden responder a los balances de valores expresados en las reglas legislativas que son precisamente aquellos que el legislador pretende transportar a las prácticas sociales por la mediación de tales reglas y, por tanto, por la mediación de los jueces, quienes tienen por misión hacerlos presentes en dichas prácticas. Pero que esas reglas deban ser incorporadas como premisas o fundamentos de la decisión demuestra que son sus valores subyacentes aquello que orienta y justifica a la propia institución judicial, de modo que aunque en principio la decisión parezca excluir la propia deliberación valorativa del juez en primera persona sobre los mismos, no puede producirse al margen de al menos juicios de valor deferidos (retrospectivos, como dice ARISTÓTELES) que supongan la adhesión por su parte a esas reglas y a las decisiones adoptadas como consecuencia de su aplicación

[30] *Ét. Nic.*, VI, 5, 1140b5, 20.

[31] La jurisdicción, dice FERRAJOLI, es «una actividad que tiene por objeto otra actividad: [...] un acto sobre un acto» (2011: I, 832).

[32] FERRAJOLI, 2011a: II, 200; I, 827 y ss.

(es decir, al seguimiento o imposición de los cursos de acción en ellas prescritos en relación con el caso). Estos juicios de valor —los «juicios de adhesión normativa» de NINO o los «juicios evaluativos secundarios» de DWORKIN [33]— tienen que ser *puestos* por el razonamiento del juez como condición de posibilidad de la propia práctica de la jurisdicción. La motivación, entonces, no convierte a la actividad judicial en independiente de valores (como si fuese una actividad técnica o científica), sino todo lo contrario: la vuelve una praxis inmediatamente *comprometida* con esos valores. Siendo el propio lenguaje legislativo necesariamente valorativo —connotativo— puesto que la práctica de legislar o dictar reglas consiste en redefinir las prácticas sociales a fin de reorientarlas selectivamente en función de valores plasmados en las «generalizaciones atrincheradas» a base de las cuales se elaboran (SCHAUER, 1991: 21 y ss.), la motivación o argumentación judicial tiene igualmente un carácter interpretativo y está valorativamente involucrada.

Ello deriva del hecho siguiente: si la construcción deliberativa de los predicados fácticos y normativos a base de los cuales el legislador elabora sus reglas no es independiente de la implementación *causal* de los estados de cosas correspondientes a los valores que son su *justificación*, entonces tampoco puede serlo su actualización ulterior en la deliberación judicial. Existe una relación intencional o teleológica entre la selección de las propiedades que forman los «casos genéricos» de las reglas —selección que responde a juicios de valor en la medida en que incluye o excluye como relevantes unas u otras propiedades— y sus consecuencias jurídicas, tal como éstas van a ser implementadas por la jurisdicción. Dicha relación intencional o pragmática de continuidad entre legislación y jurisdicción ha sido explorada por el iuspositivismo [34]. Ella explica: i) que el literal sea el primer criterio autoritativo de interpretación jurídica (sin dejar de ser *teleológico*), dado que el nexo entre legislador y juez se da a través de un medio lingüístico: el texto de la ley, que responde a «intenciones comunicativas», expresa él mismo intenciones prácticas, está orientado a «intenciones ulteriores» (*further intentions*, en la terminología de MARMOR) que a su vez dependen causalmente de «intenciones en cuanto a su aplicación» futura (*application intentions*) [35]; ii) que el llamado «criterio teleológico» sea genérico a todos los demás o «transcategorial» (MACCORMICK y SUMMERS, 1991: 522); y iii) que el segundo deba entenderse en términos correctivos del primero: es decir, que aquello que se considera «intención del legislador» sea en realidad un constructo valorativo del juez en virtud del cual se determina qué es lo que relevantemente queda *dentro* o *fuera* del texto de una regla a la luz de los valores que constituyen su justificación [36]. Por ello, si el cometido de la jurisdicción es justamente

[33] NINO, 2006: 52 y ss., 140; DWORKIN, 1986: 66 y ss.

[34] Dice RAZ, por ejemplo: «Carece de sentido conceder a cualquier persona o cuerpo un poder legislativo a menos que se asuma que el derecho que dictan es el derecho que tienen la intención de dictar» (RAZ, 1996: 258).

[35] «Las razones para remitirse a las intenciones de los legisladores sólo pueden derivarse de las razones para cumplir con las autoridades legislativas en primer lugar» (MARMOR, 2001: 90). Sobre la distinción entre *further intentions* y *application intentions*, *cfr.* MARMOR (2005: 127 y ss.).

[36] De este modo, la identificación y atribución de intenciones al legislador como parte de la interpretación judicial presenta un carácter *reconstructivo* cuyos criterios de corrección ya no pueden hallarse en la propia legislación (o en las convenciones del momento de la producción de la ley) sino en consideraciones de coherencia a la luz de valores político-morales llevadas a cabo (retrospectivamente) por el intérprete. Sólo así puede decirse que no hay una incompatibilidad necesaria entre la dimensión intencional (en el sentido de RAZ

«verificar» de modo recurrente la relación entre antecedentes o condiciones de aplicación y consecuentes o efectos jurídicos tal como está codificada en los textos legislativos, para así establecer esa continuidad intencional de la que hablamos, la decisión judicial tiene que introducir necesariamente juicios de valor y dicha verificación debe entenderse como justificación coherente. Es decir, supone una interpretación *práctica* o *constructiva* en la que se trata de hacer prevalecer eficazmente los valores que dan sentido a los textos a partir de una deliberación creativa y productiva acerca de su mejor encaje en la práctica (tanto en la práctica institucional jurídica —en la historia legislativa y jurisprudencial— como en la práctica social primaria).

Esto hace que la construcción de las premisas legislativas y fácticas del razonamiento judicial, aun cuando deba considerarse una operación presidida por el valor de verdad, está lejos de poder reconocerse como solamente «cognoscitiva». La identificación de las normas aplicables, más que un juicio de hecho llevado a cabo por el aplicador, encierra un juicio de coherencia pragmática (que, como defendió NINO, conduce finalmente a ver la noción de «validez» como concepto-puente justificativo: *cfr.* ROCA, 2005: 190 y ss.). Lo que el derecho *es* (o *dice*) no excluye sino que incluye las evaluaciones a cargo del juez, en la medida en que se hace equivalente a lo que *se sigue prácticamente* de él [37]. El reconocimiento del legislador (de la ley como vinculante) no puede ser sólo fáctico sino también axiológico: sin este elemento no cabría siquiera hablar de él como «autoridad» que no solamente detenta un poder de hecho sino que reclama aceptación en relación con sus normas en función de determinados objetivos valiosos a los que éstas apuntan. La actividad calificadora e interpretativa no es, pues, reducible simplemente a «denotación» lógico-lingüística, subsuntiva o clasificatoria por el juez de lo connotado por el legislador: si los términos y predicados de las reglas legislativas se refieren a fragmentos de prácticas humanas (a toda la constelación de la acción: intenciones, deseos, percepciones, resultados, consecuencias, valores, etc.), esa denotación deviene necesariamente valorativa porque la sola identificación y relevancia de aquéllos a la hora de calificar e interpretar los hechos juzgados requiere de juicios de valor que no están ni pueden estar contenidos en las propias reglas, sino que deben ser puestos por el juzgador para que éstas puedan ser aplicadas. De ahí que dudosamente quepa encajar la *quaestio facti* y la *quaestio iuris* en el dualismo hecho/valor, como si ambas cayeran en exclusiva del lado de los «hechos» (el hecho de la ley y los hechos del caso). En realidad la separación entre ellas se da fracturada en múltiples planos donde las cuestiones de calificación, relevancia, interpretación y prueba, como ha mostrado MACCORMICK, se entretejen en la deliberación y dependen esencialmente de evaluaciones de diverso orden [38].

---

y MARMOR) y la dimensión valorativa (en el sentido de DWORKIN) de la interpretación jurídica: al respecto, *cfr.* LIFANTE VIDAL, 1999: esp. 189 y ss.

[37] Como lo expresa ATRIA (1999: 83), «para establecer qué *es* el derecho debe previamente establecerse qué *debe* ser el derecho».

[38] El propio FERRAJOLI ha de reconocer esto al afirmar que la lengua legislativa funciona como «un sistema de esquemas interpretativos de tipo selectivo mediante los que recorta los únicos elementos del hecho que reputa penalmente "relevantes" e ignora todos los demás» (58) y que por ello la motivación e interpretación de la proposición de derecho «como hoy es pacíficamente admitido, no es nunca una actividad solamente recognoscitiva, sino que siempre es el fruto de una *elección práctica* respecto de hipótesis interpretativas alternativas» (39, subrayado mío). Lo mismo sucede con la motivación fáctica, la prueba, de la que concede asimismo que «no es en realidad una actividad solamente cognoscitiva, sino que siempre forma la conclusión

Es importante advertir las razones epistemológicas que hacen que incluso la verdad que rige la motivación y argumentación fáctica no pueda hacerse encajar en el molde de los «hechos» positivistas construidos a imagen y semejanza de la ciencia o la técnica. Ello deriva sencillamente de que la prueba no versa sobre hechos observables directos sino que es la reconstrucción de eventos prácticos acaecidos en el pasado. De ahí las dificultades de aplicación de la idea de verdad científica como correspondencia, sujeta a verificación y refutación en condiciones de repetibilidad y control experimental. Lo que el juez debe considerar probado es en realidad el resultado de la interpretación de signos: de las fuentes o medios de prueba (los únicos hechos presentes observables), muchas veces no existentes antes e independientemente del proceso, sino construidos artificialmente en éste (FERRAJOLI subraya que el proceso es el único caso de «experimento histórico» [39]) y la mayoría consistentes en piezas de conocimiento práctico ordinario: testimonios, interrogatorios, reconocimientos, careos, pericias, atestados policiales, denuncias...). Pero no es sólo que el razonamiento probatorio del juez tenga que situarse epistémicamente en el mismo nivel fenomenológico —no impersonal— de la práctica ordinaria de primer orden, como sucede con el historiador, el periodista o el detective. Comparte además con ellos que estas prácticas son auto-justificativas, al ir referidas ya internamente a valores [WEBER, 1904 (1973)], de forma que los hechos llegan al juez ya pre-interpretados desde hipótesis enfrentadas, es decir, en términos de conflicto social formalizado desde las propias normas jurídicas. Y aquí radica la diferencia decisiva con esos otros géneros de investigación: la interpretación judicial de los hechos no se detiene en la búsqueda de la verdad fáctica ni persigue ésta por sí misma —no es una empresa teórica— sino que obedece al fin primordial de establecer una decisión que ponga término al conflicto cuya justificación va a presumirse autoritativamente como verdadera (*res iudicata pro veritate habetur*). Es decir, se trata de una *verdad como corrección práctica*. Que ésta deba poder fundarse en razones técnico-científicas y, por tanto, responder irrenunciablemente a un ideal de objetividad teórica (distintivo de los sistemas jurídicos racionalistas, o del racionalismo que implica el derecho como sistema de control de la conducta en función de reglas), no impide que se trate de un valor antes *político-moral* que epistémico, esto es, un valor en última instancia práctico y no teorético. Para decirlo rápidamente: la verdad es una condición necesaria de la justicia. O en palabras del propio FERRAJOLI: «La investigación judicial no es una búsqueda puramente intelectual, sino el presupuesto de decisiones sobre las libertades de los ciudadanos» (154). Así se desprende del análisis del conjunto de reglas y garantías que disciplinan el curso práctico del proceso judicial mismo, organizado como un debate racional en el que se reproduce *de vivo* el conflicto social en

más o menos probable de un procedimiento inductivo *cuya aceptación es a su vez un acto práctico que expresa un poder de elección respecto de hipótesis explicativas alternativas*» (39, subrayado mío). Todo ello remite a lo que el autor italiano llama «interpretación operativa» del juez. Entre la prueba (del acto ilícito o inválido objeto de juicio) y la interpretación operativa (de la norma violada) habría, dice FERRAJOLI un «nexo de implicación» (2011a: I, 833). Ese nexo es evidentemente un razonamiento práctico y no un razonamiento teórico como el autor italiano lo presenta: así como la «ilicitud» o la «invalidez» de un acto no son sino juicios de valor, su formulación por el juez está lejos de poder presentarse como una «constatación», «un acto declarativo o cognitivo» (2011a: I, 832).

[39] Podría hablarse de «efecto Rashomon» (por analogía con el uso de esta expresión en antropología) para describir este peculiar rasgo del proceso según el cual se convierte él mismo en la reconstrucción singular de ciertos hechos singulares que *de otro modo no serían objeto de reconstrucción y valoración* (y a los que muchas veces sólo se tiene acceso a través del propio proceso judicial).

términos de intercambio argumentativo-dialéctico (otra manifestación eminente del carácter de estricta *praxis* de la racionalidad jurídica [40]).

Ahora bien, si la verdad es una condición necesaria de la justicia, no es sin embargo una condición *suficiente*. Esto significa que no puede ser vista como una garantía epistémica que sirva por sí sola para neutralizar las valoraciones del juez (ni, menos aún, como criterio exclusivo de corrección práctica). En efecto, incluso cuando hablamos de pruebas científicas basadas en parámetros objetivos (por tanto, de la incorporación al razonamiento probatorio inductivo de elementos resultantes de razonamientos teóricos rigurosos) la verdad tampoco se convierte en el valor último o decisivo. Aunque el margen de elección subjetiva entre hipótesis probatorias se haya reducido hasta un grado máximo (pensemos en pruebas de ADN en el ámbito civil o penal), el juez sigue teniendo que adoptar una decisión práctica (prudencial). Debe construir el juicio de imputación (la *individualización* de la culpabilidad) que es, primero, estrictamente un juicio de valor (en tanto consiste en la atribución de una *desviación* normativa) y, segundo, un juicio de valor *indeducible* de ese razonamiento teórico: sólo se sustenta en una toma de posición del juez con base en las normas jurídicas cuyos valores subyacentes (los bienes jurídicos en este caso) pretende hacer imperar en el caso mediante una deliberación específica. La reducción de este razonamiento a un algoritmo lógico, técnico o científico, que suprimiera su dimensión de valor resulta, pues, epistemológicamente imposible (pues ello equivaldría a disolver su normatividad).

Y así como la verdad es en el derecho un valor que no puede ser establecido por adelantado en la instancia legislativa, sino sólo por el razonamiento judicial singularizado en cada caso (FERRAJOLI rechaza con este argumento el sistema de prueba legal o tasada), lo mismo sucede con la justicia. Esta es la idea de fondo de la equidad aristotélica. En efecto, ARISTÓTELES asume que «es imposible establecer lo justo en términos universales» [41] precisamente porque la justicia es un valor práctico (no teórico) que debe ser logrado en una colección indefinida de situaciones prácticas cambiantes e inciertas: es sólo el razonamiento prudencial el que puede someterlas a regla verifican-

[40] Las reglas de la carga de la prueba y el contradictorio, oralidad e inmediación, exclusión e inadmisibilidad de la prueba, derecho de defensa y paridad de las partes, publicidad, imparcialidad e independencia del juez, tienen todas ellas sin duda fundamentos lógico-epistemológicos en tanto se encaminan a garantizar la objetividad, la eliminación del error (la falsedad o el engaño) y la reducción de la incertidumbre. Así, FERRAJOLI considera que el fundamento de estas reglas es más «lógico» que «jurídico», que su valor normativo proviene más de los principios de la lógica (en sentido amplio, comprensivo de la metodología inductiva) que del derecho: en ese sentido, dice, «no es necesaria, aunque sería fuertemente deseable, su explícita formulación legislativa» (153). Ahora bien, a continuación señala que si no estuviesen contempladas en las reglas del derecho procesal, una decisión que desatendiese esas reglas sería «inadmisible», pues sería una «causa de ilegitimidad, y no sólo de irracionalidad, de las decisiones injustificadas conforme a ellas». Con esto viene a reconocer que el fundamento último de todas esas reglas epistémicas es efectivamente *moral* y no epistémico: que son más reglas del derecho que de la lógica, entendiendo el derecho como una empresa orientada por valores prácticos. Sólo así puede entenderse la funcionalidad del principio *in dubio pro reo* en la presunción de inocencia, que FERRAJOLI define como «norma de clausura» sobre la decisión de la verdad fáctica que impide la condena en presencia de prueba insuficiente o de contrapruebas no refutadas. La única justificación de esta norma es la evitación del error judicial, el cual aquí no cuenta solamente como un error epistémico, una falsedad, sino como un *disvalor*, una injusticia: la que supone violar el principio moral de que ningún inocente sea castigado (el principio que justifica precisamente el derecho penal mínimo). Como luego veremos, este principio no opera solamente en la premisa fáctica sino también en la calificación e interpretación normativa y ello es precisamente una manifestación de la equidad.

[41] *Constitución de los atenienses*, 9 (a propósito de las leyes de Solón).

do que en la serie de todas y cada una de ellas dicho valor va a verse satisfecho (esto es: la *congruencia* de la práctica, asegurada). Del mismo modo que establecer la virtud «en general» no es suficiente [42], tampoco podría ningún legislador garantizar que el criterio general resultante de su deliberación —la ley— vaya a resultar correcto en todas y cada una de las futuras situaciones en que debe ser aplicado. No es, por tanto, sólo un problema de límites del lenguaje: la textura abierta o indeterminación de las reglas jurídicas proviene justamente del hecho de que éstas (a diferencia de las reglas teóricas del conocimiento, regidas por el valor de verdad) están mediadas por valores prácticos como los que tienen que ver con la justicia, que son relativos a la acción de *otros* sujetos (*pros heteron*) [43] y que tienen que ser salvaguardados y amparados por la decisión en primera persona del juez, que es su «personificación» y «guardián», o sea, su garante. De manera que la corrección de una regla práctica —incluso cuando ha sido *correctamente* deliberada en la instancia legislativa— sólo puede ser asegurada *a posteriori*, mediante un discurso específico de aplicación que determine cómo ha de ser correctamente aplicada a la situación dada, incluyendo la posibilidad de que sea abandonada para dar lugar a una nueva regla. Esta es la única forma en que la universalidad lógica (el juego de lo general-particular) puede ser un criterio de racionalidad apropiado *también* en la esfera de la *praxis*.

Esto supone que también la denotación del juez, la operación mediante la que realiza la clasificación o subsunción de los hechos bajo las fórmulas legislativas, está necesariamente condicionada al ejercicio de evaluaciones *in casu* a su cargo. Estas evaluaciones son internas a la denotación, y no externas como afirma FERRAJOLI (y lo son sencillamente porque en el propio lenguaje legislativo lo connotativo y lo denotativo no están disociados) [44]. Pues, como hemos dicho, es una apreciación o evaluación lo que lleva a considerar relevante una norma: el juicio de relevancia no puede ser más que un juicio axiológico, esto es, una valoración formulada y justificada racionalmente por referencia a esa norma como criterio o razón para actuar. Dicho de otra manera: es la connotación que el juez realiza respecto de cada caso la que determina su denotación del mismo. Pero expongámoslo de nuevo en el vocabulario aristotélico. El juez parte, dice ARISTÓTELES, de casos «presentes y determinados», que surgen de manera «imprevista» [45] en la práctica social y por ello debe remitirse a él su evaluación circunstancial. La función del juez es hallar una solución jurídica aplicando para ello los tipos o fórmulas legislativas, los cuales también están determinados, es decir, dados preexistentemente (principio de legalidad). Pero, desde el punto de vista de la decisión que el juez debe adoptar tanto el caso presente como las normas jurídicas aparecen como

[42] Es «fácil» y está «al alcance de cualquiera» sentar que la generosidad es virtuosa: ahora, dar dinero a la persona adecuada, en la cantidad adecuada, en el momento oportuno, por la razón debida y de la manera apropiada «ya no todo el mundo puede hacerlo y no es fácil»; por ello, «es cosa trabajosa ser bueno» (*Ét. Nic.*, II, 9, 1109a23 y ss.).

[43] *Cfr. Ét. Nic.*, V, 1, 1129b25-1130a13.

[44] En el tema wittgensteiniano del *rule-following* esta cuestión se planteó como el problema de la relación *interna* entre una regla y sus aplicaciones (*cfr.* WITTGENSTEIN, 1999: §§ 201, 202, 217), que desembocó (vía KRIPKE) en el callejón sin salida del escepticismo de las reglas. El problema queda resuelto reparando en que lo que se reputa «indeterminación» (la construcción aplicativa permite cualquier solución y hace indeterminada a la regla) es en realidad «incertidumbre» (la aplicación correcta existe pero no puede ser averiguada por adelantado) (DWORKIN, 2011: 91).

[45] *Ret.*, I, 1, 1354b8, 3.

indeterminados (esto es, inciertos): pues lo que debe deliberar el juez es justamente en qué concretos términos se ha de producir la calificación de los hechos del caso desde las normas o la relevancia de las normas con relación a los hechos, con vistas a determinar una respuesta jurídica (la condena o la absolución, la admisión o rechazo de la pretensión) [46]. Pues bien, aunque los criterios que la rigen son heterónomos y estén prefijados, y se trata de una deliberación retrospectiva y reglada, ésta exige un discurso práctico interpretativo autónomo, específico, que *condiciona y hasta modifica* el significado de la regla (la connotación de sus términos o predicados por el legislador) en relación con cada caso particular. La razón es que las situaciones prácticas a las que se aplican las normas jurídicas son siempre cambiantes e irrepetibles: cada caso es una singularidad y sólo mediante valoraciones *ad hoc* puede ser conformado a esas reglas de manera coherente.

De ahí la célebre aseveración de ARISTÓTELES: «Pues si el objeto es indeterminado [*aoristou*] también la regla es indeterminada, como sucede con la regla de plomo de los constructores lesbios: ésta no es rígida sino que se adapta a la forma de la piedra y así también los decretos particulares se adaptan a los casos [*pragmata*]» (*Ét. Nic.*, V, 10, 1137a, 29-33). Es decir, las normas son las *mismas*, pero el modo como ellas son aplicadas en cada caso no puede ser el mismo si resulta que los casos son siempre distintos: si las combinaciones de propiedades que definen la connotación legal se dan necesariamente en proporciones diferentes en cada uno de los casos particulares que el juez tiene la obligación de denotar. El problema, por tanto, «no es imputable a la ley ni al legislador, sino a la naturaleza de las cosas prácticas [*physei tou pragmatos*], pues la materia práctica [*praktēn hylē*] está intrínsecamente conformada de esa manera» (1137a, 17-20). Se trata, pues, de la temporalidad y del carácter de segundo grado que posee la práctica de la legislación y la jurisdicción respecto de la práctica social primaria, la cual aparece como una suerte de «corriente heraclítea» en donde ninguna situación es idéntica a otra y por tanto ninguna regla mediante la cual pretenda ser anticipada y gobernada puede permanecer idéntica a sí misma. La pretensión de identidad (de sujeción a reglas generales), de continuidad de ciertos valores, exige necesariamente la variación y el cambio (la incesante adaptación de esas reglas) en la práctica de su aplicación. Ese es el precio de la coherencia.

La denotación judicial, la subsunción o calificación jurídica, no depende entonces centralmente de ningún procedimiento «lógico-lingüístico» de naturaleza algorítmica (en el sentido de una derivación de lo general a lo particular, de la inclusión «mecánica» del caso específico en el caso genérico), sino de un juicio evaluativo acerca de la corrección o incorrección en cada caso de dicha subsunción o clasificación de los hechos bajo la connotación de la regla o término legal de que se trate. ¿Desde qué criterio tiene lugar tal evaluación? Como hemos insistido, bajo el modelo práctico aristotélico tal criterio no puede ser otro que los valores o balances de valores que justifican la propia regla y en términos de los cuales se formulan los predicados fácticos de sus

[46] Señala ARISTÓTELES respecto de la calificación e interpretación que «en cuanto no la ha definido el legislador, la ha de determinar el mismo juez y no aprenderla de los litigantes» (*Ret.*, I, 1, 1354a30-1). Pero también, en lo que sí está determinado por el legislador (esto es, «lo verdadero», *to alêthes* [1354b10]) es responsabilidad del juez hacer que se imponga el criterio legal y no dejar que sea pervierta por el interés y la conveniencia de las partes.

antecedentes y las consecuencias jurídicas correspondientes (esto es, la planificación de la coacción estatal en sentido amplio). Si esos valores se ven satisfechos, preservados o realizados en el caso en cuestión (que es, recordemos, la finalidad última perseguida por la legislación y la razón de ser de la propia jurisdicción) a la vista de las consecuencias prácticas que la aplicación de la regla supondría, entonces está justificada tal aplicación. Serían los llamados casos fáciles, aquellos en que tiene cabida una interpretación literal. Pero advirtamos que no es la lógica la que determina la «facilidad» de la solución de estos casos sino el juicio valorativo mediante el cual el aplicador estima que las razones subyacentes a la regla prevalecen en el caso particular y se preserva así la continuidad axiológica con los propósitos del legislador: es decir, la coherencia. Si, por el contrario, el valor que la regla pretende promover resulta frustrado o defraudado en el caso, entonces es preciso apartarse de la regla, romper su consistencia lógica y derrotarla, es decir, modificarla interpretativamente: es la equidad como *corrección de la ley* de la que nos habla ARISTÓTELES, que implica introducir excepciones a las reglas a la luz de los casos y, por tanto, apartarse de la interpretación literal.

5.

Observemos que aquí reside el punto decisivo que separa la equidad de FERRAJOLI y la equidad de ARISTÓTELES. Para ambos la equidad consiste en valoraciones. Pero para el primero, se trata únicamente de valorar las circunstancias singulares de cada caso (connotación), una vez asumido que caen bajo la regla (denotación). Mientras que para el segundo, es la evaluación de las circunstancias desde la regla la que determina si caen o no bajo la regla. En el primer caso tenemos un concepto logicista y formalista de las reglas jurídicas, cuya relación con los casos es exclusivamente lógico-semántica (en el fondo sintáctica, como vimos) y regida por el valor de verdad; en el segundo, tenemos un concepto pragmático de las reglas jurídicas, en el que esa relación se da por la mediación de los valores que las justifican.

Es crucial advertir que la oposición entre ambas no puede formularse —y esta es una falacia frecuentada por FERRAJOLI— como la que media entre una justicia formal basada en reglas y una justicia material de carácter decisionista o sustancialista, que (proporcionalmente a su defensa del objetivismo ético) sería proclive a desconsiderar el papel de las reglas y de la «racionalidad formal»[47]. La equidad aristotélica (y la comprensión pragmática de éstas que le subyace) no rechaza la «justicia formal» derivada del manejo de reglas (sino que la presupone): sólo rechaza una visión *formalista* de la misma. Este formalismo tiene que ver con el desconocimiento de los límites marcados por la dimensión justificativa de las reglas. La equidad aristotélica no niega la idea de generalidad que es consustancial a la idea de regla. Como vimos, ARISTÓTELES vincula la justicia política a la igualdad y esta (junto con la «sabiduría de los muchos» de la democracia) es la razón por la que las leyes tienen que ser universales (*katholou*). El uso de categorizaciones generales es una exigencia de la justicia: tratar lo igual de modo

[47] 45 y ss., 216 y ss., 370 y ss.; FERRAJOLI, 2011a: I: 534 y ss.; II, 42 y ss. La falacia se refuerza notablemente al hacer figurar del lado, no ya del iusnaturalismo, sino de las concepciones penales autoritarias a las teorías del derecho que defienden el cognoscitivismo ético y la conexión derecho-moral.

igual, dar la misma respuesta a los mismos casos. Pero esta justificación formal es sólo un derivado de la justificabilidad material, es decir de la recursividad del valor subyacente: esa «identidad» que está a la base de toda regla —aplicar al *mismo* tipo de casos la *misma solución*— no es en última instancia lógica, sino axiológica. El sentido formal de la justificabilidad de una decisión (la remisión a la generalidad de la formulación de la regla) es instrumental respecto de su sentido material o sustantivo. Esto es lo que expresa en realidad el principio de legalidad, entendido como principio político-moral. El *fin* de la consistencia lógica —en una empresa práctica— es la coherencia valorativa. Y por eso cuando aquélla frustre o comprometa ésta, es decir, cuando la generalidad de la regla sea un obstáculo para que los valores de justicia descuellen en un caso y se vea interrumpida la continuidad o coherencia axiológica, la «identidad de valor», con el legislador [48], entonces debe ser corregida: la justicia exige en tal situación tratar lo desigual de forma desigual y lo injustificado —lo «formalista»— es mantener la regla igual para casos relevantemente distintos, sacrificar la coherencia por la consistencia. Por eso dice ARISTÓTELES que la equidad es la «justicia que va más allá de la formulación de la regla [*to para ton gegrammenon nomon dikaion*]», que corrige «el error que resulta de su carácter universal» (1137b, 24-27). Esa dimensión valorativa es precisamente lo que hace de la equidad un tipo de justicia «mejor» (*beltion*) y «superior» (*kreitton*) respecto de la justicia legal (*nomikon dikaion*), pero ello no supone que deje de ser universalizable y de plasmarse a su vez en reglas prácticas, lejos de toda justicia sustancial de carácter «particularista» (ZAHND, 1996: 290).

En esta concepción pragmática de las reglas, el razonamiento práctico del juez puede quedar desvinculado de la formulación literal de las reglas del legislador, pero no desvinculado de la coherencia axiológica con el razonamiento práctico del legislador, a través del caso y la regla concernida. Sólo esto permite presentar a las excepciones como distintas de meras contravenciones de las reglas, esto es, como *justificadas*, a diferencia de lo que sucede cuando el razonamiento se ve como simple subsunción o consistencia lógica con las reglas legislativas. Por eso señala ARISTÓTELES que la razón de la corrección equitativa es que «el propio legislador» habría corregido la regla «si estuviera presente y hubiera conocido el caso» (1137b, 23-24). La corrección de la regla (*epanorthoma nomou*) va orientada, pues, a la construcción de la regla correcta u *orthos logos* (no a desligar al juez de toda regla, como si fuera un árbitro o cadí) [49] y supone que la interpretación tiene un carácter contrafáctico, ideal, precisamente en tanto envuelve una justificación que va más allá del «legislador histórico» para hacer relevantes los valores que comunican su decisión (la regla) con la decisión presente (el caso) [50].

En consecuencia, la continuidad pragmática y de fines que de acuerdo con este modelo se produce entre legislación y jurisdicción debe entenderse como continuidad

---

[48] Eso es lo que sucede con los supuestos que SCHAUER (2002) llama «recalcitrantes» de supra- e infrainclusión, en donde la generalización de la regla contradice en el caso su justificación subyacente, es decir, el valor que le dota de sentido práctico. En realidad, no son sino los supuestos reconocidos en la tradición jurídica de desajuste entre la letra de la ley y la intención del legislador (*plus dixit quam voluit* y *minus dixit quam voluit*).

[49] «Pues un árbitro se rige por la equidad del caso, mientras que un juez se rige por la ley» (*Ret*., I, 13, 1374b23).

[50] Esta reconstrucción valorativa de carácter retrospectivo es lo que a veces se ha llamado, en la metodología jurídica, la «interpretación teleológica objetiva».

de los valores *sustantivos* de carácter político-moral, no de los valores formales o institucionales, que serían meramente instrumentales respecto de los primeros. Sólo en la perspectiva «arquitectónica» de la constitución y la legislación como normas expresivas de valores sustantivos que expresan una cierta concepción político-moral de la justicia y que pretenden ser puestos en práctica de modo recurrente por la intermediación de una pluralidad indefinida de aplicadores en una colección indefinida de situaciones futuras pueden hallar sentido propio los valores formales e institucionales que van instrumentalmente asociados a ellos (la igualdad ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley, el principio de legalidad, el de seguridad jurídica). El diseño político del Estado de derecho, por tanto, no puede significar que estos valores formales operen exclusivamente como límites o restricciones a las valoraciones sustantivas de los jueces (valoraciones que *per se* deberían ser desterradas del ejercicio de la jurisdicción por ser ajenas a su racionalidad «cognoscitiva») y que sean los valores sustantivos los que deben entenderse como instrumentales. Por el contrario, presupone que el principio de jurisdiccionalidad es solidario de un ideal metódico de coherencia que requiere el desarrollo autónomo de una jurisprudencia cuya función primaria es valorar y deliberar en última instancia en términos de justicia *material* a partir de las leyes a fin de determinar su aplicación correcta y justificada (*orthos logos*) caso a caso, que es aquella que conduce a propagar efectivamente en la práctica los valores que la legislación pretende alcanzar [51]. Aquí habría una suerte de «asimetría justificativa» básica (cuyo desconocimiento es seña característica de todo formalismo jurídico) que determina que de los valores formales e institucionales del derecho (que justifican su consistencia al nivel de sus reglas) no pueden derivarse los valores materiales o sustantivos (las justificaciones últimas), mientras que eso sí sucede a la inversa.

Lo anterior es tanto como reconocer el carácter necesariamente dinámico y no estático, creativo y no pasivo, de la jurisdicción: ni las respuestas correctas ni las excepciones o correcciones precisas son en rigor anticipables por el legislador, sino que tienen que ser construidas caso a caso por el juez considerando y evaluando las diferencias relevantes que las situaciones particulares van presentando, lo que sucede tanto en un sistema de legislación como en uno de elaboración judicial de precedentes (basado en la técnica del *distinguishing*). La tesis aristotélica de la equidad sienta así las bases de la interpretación jurídica como la labor constructiva y racional-deliberativa (prudencial) consistente en reconocer y confirmar pero también ampliar y restringir el alcance de las reglas legislativas como parte de la práctica de su aplicación. Se adelanta a la tesis central de la hermenéutica según la cual la interpretación *modifica* necesariamente el sentido de lo interpretado al entenderlo *mejor* de lo que su autor pudo entenderlo. Los criterios de la equidad son en realidad los cánones constructivos de la interpretación jurídica: «Mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la intención [*dianoian*] del legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no cómo es ahora el acusado, sino cómo era siempre o la mayoría de las veces» (*Ret*., I, 13, 1374b, 11). Se adelanta igualmente al ideal metódico de la única respuesta correcta, es decir de la *mejor* respuesta posible, como criterio rector de la

[51] Como señala Amaya (2012: 88), el ideal de coherencia «se basa en una concepción amplia de la racionalidad práctica según la cual el razonamiento jurídico no es un razonamiento exclusivamente instrumental sino que, por el contrario, es también un razonamiento acerca de fines y valores».

práctica de la jurisdicción[52], puesto que la equidad es en efecto una «mejor» forma de justicia dada en el contexto de la justicia legal (una perfección respecto de la virtud que ésta *ya* es en cuanto práctica de aplicación de reglas) precisamente por constituir su anclaje axiológico y por tanto su fundamentación última. Resulta evidente que la idea de una «mejor respuesta» sólo tiene cabida en el escenario deliberativo de una dialéctica entre concepciones del valor alternativas, lo que da por descontado que los *desacuerdos* sustantivos son desacuerdos efectivamente *axiológicos* que se desencadenan a la hora de reconstruir los materiales jurídicos y la práctica pretérita desde teorías político-morales rivales a la hora de integrar, como señala DWORKIN, tanto el ajuste formal con los mismos (*fit*) como su justificación de fondo (*soundness*). Esas teorías o concepciones son «interpretativas» porque coinciden en reconocer que el derecho es «la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas» (DWORKIN, 1986: vii) al tiempo que difieren en cómo deben ser entendidos los valores involucrados en un cierto momento o situación de la práctica (presuponiendo con ello que *deben* serlo de algún modo más correcto que otros). De nuevo, el desacuerdo no abona el escepticismo o el no cognoscitivismo valorativo (la indeterminación radical) sino sólo la incertidumbre a la hora de construir cada decisión en una empresa práctica en curso cuyos criterios rectores son valores asumidos como objetivos.

Por supuesto, la tesis de la equidad presupone asimismo por todo ello la distinción, dentro de las normas jurídicas, entre principios y reglas. Los principios son proposiciones prácticas máximamente abstractas precisamente en la medida en que expresan un horizonte ideal de valor a lograr o «maximizar», y esta dimensión axiológica los distingue de las reglas, cuya referencia «cerrada» a cursos de acción y fines les confiere una contextura inmediatamente práctica (directiva o teleológica). Es así como los principios tienen un carácter básico, orientador y fundamentador de la práctica jurídica en su conjunto, pero también de cada una de sus decisiones singulares. Si la deliberación legislativa supone la confección de reglas desde la adopción de una tabla de principios implícitos o expresos, la aplicación de aquéllas resulta imposible al margen de éstos como *rationes decidendi* subyacentes a sus formulaciones. La interpretación judicial (ante lagunas y antinomias) se produce necesariamente a base de razonamientos de principio (en términos de analogía, identificación de «ilícitos atípicos», etc.), lo que significa que en ellos afloran consideraciones valorativas —no sólo lógicas— en las que entran en juego ponderaciones electivas tanto al establecer las excepciones o inaplicaciones *in casu* de las reglas como al formular nuevas reglas. La «derrotabilidad» de las reglas no es por tanto una propiedad derivada de su estructura lógica sino de su estructura justificativa (*cfr.* RÓDENAS, 2012: 31 y ss.). Esto corrobora otra vez, por lo demás, que la equidad no es ningún expediente *particularista*, ya que convierte al caso excepcionado en regla para casos similares en el futuro o supone la creación de nuevas reglas. La proximidad de este planteamiento metodológico de la práctica de la jurisdicción con el diseño del Estado constitucional, que se caracteriza por la institucionalización, mediante una constitución normativa rígida, de determinados valores en forma de principios, resulta patente desde el momento en que dicho diseño —como requerimiento de su coherencia, es decir, de la *garantía* de tales valores en la práctica— debe institucionalizar también la *corrección* de las reglas legislativas mediante el control

[52] Sobre la «inferencia a la mejor explicación en el derecho», *cfr.* AMAYA, 2012: 76 y ss.

judicial de constitucionalidad. Ahora no se corrigen solamente las reglas legislativas en términos de excepciones sino que la propia autoridad del legislador, sus propias valoraciones político-morales (es decir, no los «errores de la ley» sino los «errores del legislador») [53] es fiscalizada a la luz del sistema de principios y valores constitucionales en su integridad, lo que compromete a los tribunales constitucionales a articular interpretaciones comprensivas de calado necesariamente político y moral y, por ello, de alcance filosófico (DWORKIN, 2010).

6.

Si volvemos a FERRAJOLI, para concluir con esta comparación crítica, resultará innecesario decir que desde su planteamiento positivista una concepción pragmática de la función judicial tan abiertamente comprometida con la prioridad metódica del valor (de la justicia) como la que supone la equidad aristotélica no podría conducir más que a «funestas» consecuencias, en el exacto sentido de FILANGIERI. Es decir, equivaldría a la definitiva consagración metodológica de la arbitrariedad, la discrecionalidad, el decisionismo y el activismo judicial. En sus propias palabras: a dejar «el espacio abierto a los sofismas y sofisterías, que podemos definir, en oposición a la [verdadera] equidad, como el arte de acreditar identidades donde hay diferencias esenciales y diferencias donde hay identidades, gracias a la posibilidad de extender o de restringir a placer los confines indeterminados de la denotación legal» (162, añadido mío). Desde el punto de vista de la concepción general del derecho, significaría abrazar definitivamente la confusión de los límites del derecho con la moral, el absolutismo, el sustancialismo, la subversión del Estado de derecho al debilitar la normatividad de la ley o la constitución y convertir a los jueces «en legisladores», etc. (FERRAJOLI, 2011b: 44; 2012: 816-817).

Sin embargo, como he intentado mostrar en las páginas anteriores, este conjunto de ideas —que forman un tópico aún muy asentado, como resultado de la influencia de la cultura jurídica positivista contemporánea— son solidarias de una epistemología fundamentalmente errónea basada en la dicotomía hecho-valor que establece una fractura injustificada dentro de la jurisdicción entre los valores de verdad, por un lado, y los valores político-morales, por otro, e invierte las verdaderas relaciones entre ambos. Asumiendo que los juicios de valor prácticos son irracionales o a-racionales, la genuina pretensión metódica de esta concepción es excluirlos del núcleo del razonamiento judicial para hacer de la verdad su valor dominante, bajo el supuesto epistemológico de que la racionalidad jurídica (la dada en la conexión legislación-jurisdicción), si es tal, debe responder a una racionalidad teórica (científica, tendencialmente), *incluso* tras conceder que lo que con ese valor se trata de asegurar no son sino valores prácticos de carácter político-moral. Tanto en el caso de que esa pretensión posea rango teórico (que su fin sea describir los ideales del Estado de derecho moderno de raíz liberal) como si es de orden normativo (que persiga promover —mediante la teoría— esos ideales) resulta epistemológicamente inconsistente, y esta inconsistencia queda patentizada, en el caso de FERRAJOLI, en el sesgo que imprime al concepto de equidad.

[53] *Cfr.* sobre esta distinción SCHAUER, 2002: 154.

En efecto, en su esquema la equidad del juez queda reducida a una «comprensión» del caso que forma parte también de la dimensión cognoscitiva del juicio yuxtapuesta a la verificación. FERRAJOLI intenta en primer lugar presentarla como nada más que un «conocimiento» de lo particular de cada caso (más bien que una «valoración»). Pero, en esa medida, se ve ya imposibilitado de ligar dicho «conocimiento» a una idea estricta de verdad (científica), como sucede con el poder de comprobación fáctica: es una «comprensión» que remite justamente al tipo de conocimiento *interpretativo* ligado a valores que la tradición hermenéutica asoció distintivamente a las ciencias sociales frente a las naturales (el *Verstehen* de DILTHEY y WEBER). También recuerda inevitablemente a la propia idea de *phronēsis* (ella misma tan emparentada históricamente con el *Verstehen*), y así cita FERRAJOLI —ahora laudatoriamente— a ARISTÓTELES a propósito de la prudencia como virtud del «discernimiento» (201-202) [54]. Pero FERRAJOLI malentiende la idea aristotélica *pro domo sua*, pues —como vimos— para el Estagirita la prudencia no consiste meramente —como ciertas interpretaciones han vulgarizado— en la comprensión de los elementos particulares de cada caso, sino en la evaluación de los mismos *en tanto* deben ser encajados en una norma —que es la que suministra los criterios de relevancia o propiedades genéricas que permiten la identificación e individualización en el juicio de tales elementos particulares—, norma cuya adecuación o *correcta aplicabilidad* depende justamente del modo en que dicho encaje sea coherentemente resuelto por el juzgador a la luz de los valores subyacentes a esa norma. De modo que la prudencia es ciertamente relativa al caso particular, pero incluye al mismo tiempo una consideración de carácter *universal*. Y no sólo porque sea también relativa a un estándar normativo general: sino sobre todo porque es *ella misma normativa* [55]. Es decir, aplicar una norma envuelve un razonamiento práctico cuya conclusión no es simplemente una proposición sino en realidad el arranque de un curso de acción avalado por ella como correcto no exclusivamente en relación con *este* caso sino justificado para *todos* los casos similares [56]. La prudencia, por lo tanto, no puede consistir solamente en una comprensión cognoscitiva particularista «de hechos» sino que es indisociable de la operación de calificación o denotación jurídica de

---

[54] «El llamado juicio [*gnomê*], en virtud del cual decimos de alguien que tiene buen juicio y que es comprensivo, es el discernimiento recto [*krisis orthê*] de lo equitativo. Señal de ello es que llamamos comprensivo, sobre todo, a lo equitativo, y equitativo a tener comprensión sobre algunas cosas, y juicio comprensivo al que discierne rectamente lo equitativo, y rectamente quiere decir de acuerdo con la verdad» (*Ét. Nic.*, VII, 11, 1143a19-24; FERRAJOLI omite esta última frase, acaso porque ARISTÓTELES se está refiriendo a la verdad por la que se define la prudencia, es decir, la verdad como *corrección* práctica y no la verdad como comprobación fáctica).

[55] «En efecto, la prudencia es normativa: qué se debe hacer o no, tal es el fin que se propone» (*Ét. Nic.*, VI, 10, 1143a8).

[56] Eso es lo que quiere decir que la virtud consiste en una «disposición» o «hábito» o «modo de ser» (*hexis*): su objeto es generar prácticas recurrentes justificadas (o sea, ser «generosos», «justos», etc., *generalmente*, pues «una golondrina no hace verano»: «los hombres se hacen justos practicando actos justos» y «sin practicarlos nadie podría siquiera esperar convertirse en bueno», *Et. Nic.*, II, 4, 1105b9-12), por más que sólo la prudencia pueda determinar qué conducta es correcta en *cada* situación particular. La justicia es, como sabemos, virtud de segundo orden: los hábitos de que trata (aquellos que el legislador persigue introducir en la práctica social) presuponen ya hábitos establecidos de primer orden. Y así como la virtud moral es el balance correctivo entre dos vicios, la virtud de la justicia se logra en la corrección de las desviaciones de primer grado —los ilícitos (justicia correctiva) y las desigualdades (justicia distributiva)— por medio de la práctica de aplicación judicial de las leyes. El elemento de valor (la virtud moral del ciudadano, la justicia del juez) emerge así en la «trayectoria» recurrente descrita por los cursos de acción virtuosos respectivos (frente a las que encarnan sus contravalores: los vicios y las injusticias, sean éstas ilícitos o desigualdades).

los mismos y, por tanto, constituye una operación evaluativa, crítica, que significa la modificación e incluso corrección de la regla (en términos de un *orthos logos* justificado y universalizable). Es este «reverso» epistemológico de la idea axiológica de virtud el que, como hemos visto, se torna expreso en la doctrina aristotélica de la equidad en relación con el razonamiento judicial. Incluso en su dimensión denotativa o subsuntiva (verdad jurídica), el razonamiento del juez es práctico debido a su contextura esencialmente valorativa, que lo hace irreductible a un razonamiento teórico precisamente porque —en su ensamblaje con el legislativo, cuyo resultado es una proposición universal pero de fundamento exclusivamente axiológico— está destinado a reproducirse en una multiplicidad de casos particulares y, por ello, a ser justificado individualizadamente en cada uno de ellos en términos de coherencia. De ahí la tesis aristotélica de que en materia moral o jurídica lo correcto, lo justo —el valor en suma— no puede ser establecido en general, sino sólo en el ajuste con los particulares, o sea, en la práctica[57]. Es la prudencia la que salvaguarda este ajuste coherente y la que, por tanto, *produce* el valor: su dirección de ajuste es «lenguaje-a-mundo» y representa al sujeto como agente en primera persona, como sujeto de un razonamiento práctico (sometido por ello a potencial elogio o censura en cuanto a su corrección bajo el punto de vista de esos valores y su efectiva realización o falta de ella en la práctica). Vale la pena recordar aquí que el intento de convertir la prudencia y la equidad en operaciones «teóricas», distanciadas de la práctica, ya fue emprendido por algunas interpretaciones escolásticas del aristotelismo que pretendieron construir una *ethica non includens prudentiam*, es decir, una ciencia moral consistente solamente en normas y principios universales y objetivos, *independientes* de su proceso de aplicación. Esta última quedaría reducida simplemente a comprensión de los particulares del caso para su subsunción lógica bajo la norma universal (*cfr.* NUSSBAUM, 1985: 167 y ss.). Un tal modelo de racionalidad práctica (que por esa misma vía llegaría a la teoría del silogismo perfecto de los ilustrados) es el que acaba abrazando paradójicamente FERRAJOLI: el modelo de una *iurisprudentia non includens prudentiam*.

La contradicción insuperable que supone una *iurisdictio* que no es *iurisprudentia*, una jurisdicción que segrega del juicio la prudencia bajo la apelación a la verdad (es decir, a la lógica), se agudiza dramáticamente al menor análisis crítico, revelando inconsistencias cuyo alcance afecta al conjunto de la concepción del derecho subyacente. Para empezar, como ya sabemos, FERRAJOLI ha debido pasar a reconocer que la connotación —la equidad— consiste esencialmente en juicios de valor (no es sólo un «conocimiento de lo particular del caso», de los «hechos»), con lo cual se desmiente que forme parte de la cognición judicial y se vincula a la «discrecionalidad» del juez[58]. Una discrecionalidad que, se añade, es insuprimible y —a diferencia del poder de

[57] «Pues cuando se trata de enunciados sobre acciones, aquellos que son universales (*katholou*) tienen una aplicación más amplia (*koinoteroi*), pero los particulares son más cercanos a la verdad, porque las acciones son relativas a situaciones particulares, y es con éstas con las que hay que estar de acuerdo». «Tampoco la prudencia se refiere solamente a lo universal: tiene que reconocer también lo particular, pues es práctica y la práctica tiene que ver con lo particular» (*Eth. Nic.*, II, 6, 1107a29-32; VI, 7, 1141b15-17. *Cfr.* también II, 2, 1104a5 y ss.)

[58] «Cuando un juez toma conocimiento de un delito, aunque esté denotado por la ley de forma taxativa, no se limita a aseverar (o a negar) conforme a pruebas (a no pruebas o contrapruebas) la tesis que enuncia su comisión por parte de un sujeto culpable. Valora también, a los fines de la decisión sobre la medida y/o sobre la calidad de la pena, la gravedad específica del hecho en relación con el contexto ambiental en que se ha veri-

disposición— legítima («fisiológica») siempre y cuando no afecte a la denotación (a la verdad jurídica). Esto es: siempre y cuando el juicio de valor no afecte a la norma jurídica, sino sólo a los hechos del caso. «La valoración equitativa no se refiere nunca, en realidad, al caso abstracto, sino siempre al caso concreto y humanamente determinado» (164). Ahora bien, FERRAJOLI afirma a continuación que esta valoración equitativa manifiesta no sólo la sensibilidad y la inteligencia sino «la moralidad del juez» (*id.*). La tesis ferrajoliana de la equidad se hace equivalente así a la tesis de la separación derecho-moral. Los juicios de valor en cuestión se manifiestan ahora, en efecto, como juicios *morales*. Y este es el verdadero quid de todo el asunto, porque sabemos que si la denotación judicial ha de ser valorativa (es decir, connotativa) es porque entronca con la propia connotación de la ley y consiste en hacer congruentes la valoración del caso concreto con la valoración del caso genérico, a través de un juicio (deferido) en primera persona. Reconocida *nolens volens* la necesaria presencia de la moralidad del juez en la aplicación del derecho, FERRAJOLI trata de debilitar el nexo institucional que la conecta con la figura político-moral del legislador. Para ello, presenta esta moralidad como puramente subjetiva, en el sentido de que envolvería las valoraciones del juez como *individuo* pero no como juez. Paradójicamente, FERRAJOLI convierte así a la equidad en una suerte de *aequitas cerebrina* [59]. La equidad sería una comprensión «simpatética», que entraña la indulgencia [60], la *pietas*, el perdón (*tout comprendre est tout pardonner*), virtudes todas ellas que acercan a la *persona* del juez al caso (al sujeto juzgado, al delincuente como *individuo*) (165, 202-203). Pero, en cuanto tal juez, por el contrario, la dimensión esencialmente cognoscitiva y veritativa del juicio le *distancia* moralmente del caso, le lleva a la neutralidad valorativa, a la indiferencia axiológica, a la imparcialidad. Pensemos, sin embargo, que esta manera de presentar las cosas apelando a la neutralidad moral del juez —tan plausible a primera vista— resulta objetable si tenemos en cuenta que ese distanciamiento se produce también al entender la connotación como determinante de la denotación (es decir, de la calificación e interpretación normativas) por más que hablemos de valoraciones del juez de naturaleza sustantiva político-moral: basta con darse cuenta de que los juicios de valor diferidos del juez presuponen que los actos que está juzgando son interpretados como *disvalores* que se trata de rectificar desde las normas legislativas. La distancia (y la imparcialidad), por lo tanto, se establece en realidad desde el compromiso con valores (con unos —los encarnados por la legislación— frente a otros), valores que —a través de las normas— son los auténticos sustentos de la justificación argumentativa, y no desde una pretendida indiferencia axiológica frente a los hechos y frente a las normas. La disociación entre la moralidad subjetiva del juez y la moralidad representada y ejercida por su función institucional tendría entonces un sentido totalmente diferente (que el adagio «odiar el delito y compadecer al delincuente» puede servir para ilustrar). Las virtudes judiciales en cuestión dejan de ser puramente subjetivas para pasar a tener una dimensión plenamente jurídico-institucional: pues a través de ellas como se establece

---

ficado, con sus causas objetivas y sus motivos subjetivos, con la intensidad de la culpabilidad, en una palabra, con las circunstancias específicas en las que el culpable ha actuado» (155-156).

[59] En la tradición canónica se distinguía entre *aequitas scripta*, *non scripta* (o correctiva) y *cerebrina*; esta última era la que *ex proprio capite iudicis desumitur*, o sea, la que proviene de valoraciones puramente subjetivas del juez, de su simple arbitrio.

[60] «Ser indulgente con las cosas humanas es también de equidad» (*Ét. Nic.*, I, 13,1374b11).

la conexión interna justificativa entre derecho y moral, aquella que se da al nivel de los valores y los principios.

¿De qué otro modo si no podría FERRAJOLI establecer la estrecha asociación que postula entre la connotación —la equidad— en derecho penal y el *favor rei* como su fundamental principio inspirador, del cual depende nada menos que todo su sistema garantista de derecho penal mínimo? El *favor rei* actuaría a través de la aplicación de las atenuantes genéricas y eximentes de la responsabilidad penal y significaría por tanto la exclusión del delito en función de juicios de valor sobre la gravedad del caso particular (165-166), lo que demuestra que la equidad sí es un juicio que necesariamente afecta a la denotación (al caso genérico y no sólo al caso particular) y que lo hace precisamente a la luz de los valores subyacentes a las reglas (la antijuridicidad). Por cierto que precisamente el único ejemplo que ARISTÓTELES nos ofrece del razonamiento por equidad es justamente un ejemplo penal de esta índole [61]. El principio *favor rei* está vinculado, dice FERRAJOLI, al principio de dignidad humana: difícilmente puede considerarse fundado, entonces, en la moralidad «puramente subjetiva» del juez. El arte de acreditar diferencias esenciales donde hay identidades e identidades donde hay diferencias, a la hora de determinar el alcance de la denotación legal resulta ser, en suma, algo más que pura «sofistería»: es la clave de la racionalidad (o irracionalidad) del derecho penal. No cabe despacharla diciendo que «el juez, en un sistema de legalidad, connota de manera distinta lo que la ley denota, y denota de manera igual lo que la ley connota». Lo que dice ARISTÓTELES es que —precisamente porque no puede prever denotativamente todos los casos posibles de la práctica— la ley siempre es una connotación además de una denotación (el legislador razona desde valores presupuestos) y el razonamiento del juez no podrá ser solamente una denotación, ni una denotación igual en todos los casos, precisamente por incluir una connotación. La determinación de lo que aquí es «idéntico» y lo que es «distinto», dado que los juicios de relevancia son axiológicos, está estrictamente en función de razonamientos que comprometen al juzgador en términos coherentistas con aquellos valores, y tal compromiso no es sino la forma en que acaece la conexión justificativa entre el derecho, la moral y la política.

Y si, por último, consideramos el elemento final del modelo ferrajoliano de jurisdicción, el poder de disposición, podremos comprobar que el reconocimiento *malgré lui* de la centralidad que los juicios de valor tienen en el razonamiento judicial termina por convertirse en un auténtico caballo de Troya que autodestruye definitivamente la concepción cognoscitiva del juicio. Ese poder, recordemos, consiste según FERRAJOLI exclusivamente en juicios de valor distintos de la verdad, es un poder puramente

[61] «En efecto, la equidad parece que es justa, pero es un tipo de justicia que va más allá de la ley escrita. Ello sucede unas veces por propia intención del legislador y otras veces por inadvertencia suya. Sucede intencionalmente cuando el legislador no puede tipificar o definir las acciones con precisión y, sin embargo, es necesario que se pronuncie en términos universales, remitiéndose en su ley así solamente a lo que sucede con mayor frecuencia. En muchos casos la práctica no es fácil de definir a causa de su indeterminación. Por ejemplo: ¿cuántas clases de armas y de qué tamaño deben considerarse para definir el delito de herir a otro? Toda una vida no sería tiempo bastante para enumerar todas las posibilidades. Por tanto, si las acciones son imposibles de definir con total precisión y, sin embargo, es necesario establecer una ley, ésta no tiene más remedio que hablar en términos generales. Y así, en el mismo ejemplo, alguien que llevara un anillo y, al levantar su mano, golpeara a otro, habría cometido el delito de herir con arma desde el punto de vista de la literalidad de la ley, siendo así que, desde el punto de vista de la equidad, no es en realidad culpable de tal delito» (*Ret*., I, 13, 1374a27-1374b1, traducción mía).

«pragmático», o sea, valorativo [62]: en él reaparece la figura ético-política del juez que hasta el momento quedaba oculta, «contenida», en la reconstrucción del juicio, ya que como vimos era considerado un poder «estructuralmente ilegítimo», «patológico», que todos los demás poderes tenían por misión reducir o neutralizar. El poder de disposición del juez consiste en la autonomía del juez para «integrar después del hecho el supuesto legal con valoraciones ético-políticas de naturaleza discrecional» (171). Esas valoraciones ético-políticas son extra- o metajurídicas, responden a valores sustanciales respecto de los que en el Estado de derecho sólo corresponde legítimamente pronunciarse al legislador (172) y que, en consecuencia, en la instancia judicial deben ser restringidas por los valores de verdad, siendo su ilegitimidad proporcional a la disminución de la certeza semántica del derecho (o al incremento de sus «intersticios»: HART, 1994: 275). Ya hemos enfatizado la incoherencia radical que supone considerar «ilegítimo» precisamente a aquel poder sobre el cual descansa la racionalidad de la aplicación judicial del derecho en su integridad. Importa ahora subrayar, en particular, cómo FERRAJOLI vincula el poder de disposición al «deber de decidir» del juez, a la «responsabilidad de las decisiones» (que remonta al art. 4 del *Code Napoléon*, que establece la prohibición del juicio de *non liquet*) y, por tanto, al deber de justificar la decisión. Sabemos que entender este «deber» como «jurídico» no es más que el modo positivista de hacer descansar sobre la práctica de la jurisdicción la realización y cumplimiento social de los valores político-morales que la legislatura le encomienda, en el esquema del Estado de derecho, como «institución de garantía». Resulta muy significativo cómo, pese a referirse FERRAJOLI aquí al deber de decidir en ausencia de determinación legislativa (de denotación verificable) o en presencia de indeterminación, y por tanto a una decisión construida «sólo o predominantemente mediante juicios de valor», tal decisión adoptada tan sólo en virtud de tomas de posición ético-políticas resulta tornarse repentinamente en «racional»: pues, nos dice ahora el autor italiano, «también los juicios de valor son susceptibles de argumentación y de control conforme a criterios pragmáticos de aceptación» (173). ¿Cuáles serían esos criterios pragmáticos de aceptación? La respuesta de FERRAJOLI no deja de resultar sorprendente después de todo lo dicho: los principios. En efecto, el poder de disposición del juez, ajeno a la verdad de la ley, debe proceder argumentando desde los principios constitucionales y los principios generales del derecho, sean explícitos o implícitos de elaboración doctrinal (*id.*). En aquello que no esté determinado por reglas legislativas —viene a decirnos FERRAJOLI— el juez debe regir su decisión por principios (o sea, «como si fuese un legislador»). Es, pues, la fórmula clásica heredada de la equidad aristotélica.

En suma, tenemos así que lo que FERRAJOLI llama «poder de disposición» encierra en realidad la sustancia de lo que ARISTÓTELES llama «práctica», y la «argumentación según criterios pragmáticos de aceptación» no es sino la *phronēsis* o prudencia aristotélica, esto es, la justificación crítica de la acción conforme a valores. Esta clase de racionalidad valorativa, lejos de hallarse confinada en ese poder «ilegítimo» supuestamente sólo residual o «intersticial», dejado abierto por la indeterminación de las reglas legislativas, ha de reconocerse activamente presente ya *en los otros tres poderes* que según

[62] «Su ejercicio no supone motivaciones cognoscitivas, sino sólo opciones y/o juicios de valor de los que no es posible ninguna caracterización semántica, sino sólo caracterizaciones pragmáticas ligadas a la obligación de la decisión» (167).

FERRAJOLI conforman la práctica de la jurisdicción: la denotación, la comprobación y la connotación. Eso es lo que se sigue de la tesis aristotélica de la equidad en relación con la racionalidad de la jurisdicción: la aplicación de las reglas jurídicas resulta imposible al margen de la referencia a sus valores o principios subyacentes, por cuanto de ello depende su correcta justificabilidad y, en definitiva, el cumplimiento del propio fin de la institución jurisdiccional. Y resulta muy difícil no considerar extensible esta conclusión al propio modelo de FERRAJOLI si consideramos los principios de los que éste nos habla: no sólo el *favor rei* y su corolario *in dubio pro reo* que rigen el poder de connotación —pero, como también vimos, el poder de verificación (al resolver las incertidumbres de la comprobación y los defectos de la denotación en favor del reo)— sino también el principio de coherencia con los precedentes que rige la «paridad de tratamiento en casos (relativamente) iguales» y, en fin, los principios de «igualdad» y «libertad» (173). Como se ve, estos principios son nada menos que los fundamentos tanto formales (certeza, coherencia, igualdad) como sustantivos (libertad, dignidad, igualdad real) de un sistema jurídico en cuanto sistema de reglas prácticas. Si tales principios son el foco de proyección de los valores que justifican el propio derecho en su conjunto como institución normativa, fundar la jurisdicción en un «cognoscitivismo» de las reglas y de los hechos pero no de los valores resulta no ya reduccionista (formalista) sino indefectiblemente autorrefutatorio. La propia legitimidad del legislador —de la que se hace depender la del juez— no puede ser establecida más que en términos político-morales (sea a base de razones sustantivas últimas: la autonomía individual, o institucionales: la división de poderes en una democracia) [63] y, por consiguiente, presuponiendo una objetividad mínima del valor. Las inconsistencias del constitucionalismo garantista de FERRAJOLI arrancan justamente de la pretensión de definir en exclusiva este valor por referencia a la autoridad (invirtiendo la asimetría justificativa de la que antes hablábamos), asumiendo que los principios se comportan como «reglas» rígidas cuya aplicación excluye toda toma de posición o juicio de valor porque consiste fundamentalmente en una subsunción [64], porque responde a jerarquizaciones autoritativas previas o «soluciones en abstracto» [65] o, en fin, porque la ponderación judicial no es en realidad de normas y valores sino de hechos [66]. En suma, arrancan de hacer residir la única garantía de legitimidad de los jueces en su papel «cognoscitivo», de aplicación de normas, y de considerar la producción de normas por su parte como «la degeneración del poder judicial» [67].

---

[63] *Cfr.* LAPORTA, 2009; SCHAUER, 2002. Ya ambas clases de consideraciones están perfectamente presentes, por cierto, en la filosofía política de ARISTÓTELES, para la cual el bien común es el «de todos y cada uno de los ciudadanos» y va conceptualmente ligado a la democracia como régimen de máxima libertad e igualdad y basado en la «sabiduría de los muchos».

[64] FERRAJOLI, 2011b: 34 y ss.; 2012: 802 y ss. *Cfr.* FERRAJOLI, 2011a: I, 684 y ss.

[65] FERRAJOLI, 2011a: I, 711 y ss.; II, 70 y ss.; 2011b: 35 y ss.; 2012: 808 y ss.; 2013: § 3.

[66] «Pero estos casos difíciles, resueltos por la ponderación, inevitablemente ligada a la valoración de sus circunstancias específicas, no son más difíciles que los ya mencionados del concurso de circunstancias agravantes y atenuantes del delito, o del límite (proporcionalidad a la ofensa o al peligro) al límite (legítima defensa o estado de necesidad), representado por las causas eximentes del delito. También en estos casos la ponderación se refiere, no tanto a los principios, como a las circunstancias de hecho que justifican su aplicación o su no aplicación» (FERRAJOLI, 2011b: 49). «Lo que se da aquí es una confusión entre hechos y normas. En efecto, pues en concreto lo que cambia no son las normas, siempre iguales, sino los casos juzgados, que, aunque subsumibles en las mismas normas, son siempre irrepetiblemente diversos unos de otros» (FERRAJOLI, 2012: 810).

[67] FERRAJOLI, 2011b: 51, n. 91.

Ahora bien, es evidente que si la diferenciación entre principios y reglas planteada por la constitucionalización de los sistemas jurídicos posee un carácter «estructural», es precisamente en la medida en que tenga que ver con el diferente modo como en ambos tipos de normas figuran los valores [68] y, por tanto, con el diferente papel que hacen jugar a los juicios de valor en el razonamiento práctico, en la jurisdicción. Se trata, en efecto, bien de valorar en qué medida el curso de acción prescrito por una regla es el correcto en cada situación práctica a la luz de los principios relevantes, bien de seleccionar cursos de acción que sirvan a la realización de valores mediante su especificación en reglas concretas que, si es necesario, establezcan balances entre ellos. FERRAJOLI acepta que tras las reglas actúan los principios como sus fundamentos [69], si bien son «opacas» en relación con éstos, y también que los principios son normas que «enuncian expresamente y, por ello, solemnemente, los valores ético-políticos que proclaman» (2011: 39). Pero entonces, en relación con lo primero, la jurisdicción sólo puede desempeñarse como una labor racional si tiene la capacidad para eludir los errores que justamente esa «opacidad axiológica» pueda acarrear en la práctica. El único modo en que el legislador puede determinar prácticamente de modo congruente las decisiones de la jurisdicción es, pues, atribuyendo al juez una deliberación propia en cuanto a la garantía de «verificación» *in casu* de esos valores a través de las reglas que está aplicando y la evitación de que se vean malogrados [70]. Ello está estrechamente relacionado, como es evidente, con la relación existente entre lo que FERRAJOLI llama «observancia», «actuabilidad», «aplicación sustancial» o «efectividad» de las normas (2011a: I, 159 y ss., 232 y ss., 305 y ss., 525 y ss.) y lo que antes llamábamos «producción de valor» y «congruencia» por las decisiones recurrentes de la jurisdicción [71]. Y, en relación con lo segundo, los principios y derechos constitucionales constituyen garantías exclusivamente en la medida en que expresan y protegen valores ético-políticos, pero no *constituyen* estos valores, lo cual significa que su faceta autoritativa se encuentra ella misma subordinada a su faceta justificativa [72]. Una importante consecuencia de ello es que los principios no pueden hacerse equivalentes al conjunto de reglas (es

---

[68] «Los principios, entonces, serían normas que prescriben que se realicen ciertos valores, mientras que las reglas serían normas que modalizan deónticamente acciones determinadas descritas en términos que poseen autonomía semántica. Los principios no aclaran qué acciones en concreto materializarían o frustrarían aquellos valores; las reglas no aclaran qué valores se realizan al ejecutarse la acción que prescriben» (BAYÓN, 1996: 46).

[69] «Se puede incluso afirmar que detrás de cada regla hay también un principio: hasta detrás de la prohibición de estacionamiento de los vehículos o detrás de la obligación de frenar ante el semáforo en rojo, hay principios, como los de seguridad y la mayor eficiencia y racionalidad del tráfico rodado» (2011b: 38-39).

[70] ARISTÓTELES subraya que la justificación de esa capacidad correctiva reside en que el propio legislador asume la posibilidad del error: «En aquellos ámbitos en los cuales no es posible alcanzar definiciones precisas, pero es necesario razonar en términos universales, la ley tiene que remitirse a lo que se da con más frecuencia, aun a sabiendas de que puede incurrir en error» (*Ét. Nic.*, V, 10,1137b15-18).

[71] «El uso de "aplicación" en sentido sustancial resulta en efecto pertinente siempre que la observancia de una norma sustantiva se manifiesta en ese específico tipo de "coherencia" que es la "subsunción" o "correspondencia" de un determinado supuesto de hecho con la norma que lo prevé» (FERRAJOLI, 2011a: I, 532). Que la función de garantía de la jurisdicción se traduzca en la «*afirmación* de la ley» (2011a: II, 209) y también en su condición de «contra-poder» (*id.*: 291) depende en última instancia de su efectividad: «Consiguientemente, si es cierto que la independencia es un rasgo necesario de las funciones de garantía, de modo que no hay garantía de los derechos sin jueces independientes, es también cierto, a la inversa, que sólo la efectividad de tales funciones sirve para acreditar el valor de su independencia a los ojos de los ciudadanos» (2011a: II, 213).

[72] Como subraya AGUILÓ, «una garantía independizada del valor de lo garantizado es [...] un sinsentido práctico» (2011: 60).

decir, de obligaciones y prohibiciones) derivadas de ellos [73], contra el argumento de FERRAJOLI para borrar su diferencia de estatuto consistente en asimilarlos desde el punto de vista de su *violación* [74]. La estructura normativa «abierta» de los principios —otra consecuencia del hecho de ser expresión de valores que no se refieren a cursos de acción específicos—, exige precisamente una mediación práctica deliberativa en términos de apreciaciones y reglas específicas que «cierre» determinados cursos de acción *erga omnes* como aquellos que mejor realizan tales valores. Esa práctica es la práctica *política*, tanto la legislativa como la constitucional —de los tribunales constitucionales—: ¿es la ponderación llevada a cabo por éstos necesariamente un vaciamiento de los principios y valores constitucionales o una invasión ilegítima de la esfera política de la legislación?

La respuesta tiene que ser negativa, si tenemos en cuenta que la conformación abierta de los principios impide que pueda haber *a priori* jerarquías completamente inmóviles o predeterminadas entre ellos *in abstracto*: éstas deben reconsiderarse y a veces reconfigurarse de nuevo *ex post* en función de las situaciones de conflicto que plantea el devenir práctica social de primer grado. En esto no hay como vimos —bajo una perspectiva pragmática— absolutamente ninguna diferencia en relación con lo que sucede con las reglas: las excepciones, lagunas y antinomias no resultan completamente previsibles por adelantado, sino que surgen y deben ser resueltas *in casu*. La solución no puede ser entonces insistir en convertir a toda costa los principios constitucionales en reglas que supuestamente eliminan la deliberación y la ponderación [75] por carecer de conflictos (resueltos *ex ante*) o de excepciones (excluidas *ex post*), ni tampoco en considerar que la *interpositio legis* es la única alternativa legítima. Cabe decir más bien que los principios no pueden tener excepciones y las reglas no pueden carecer de ellas: lo que llamamos excepcionar (o violar) un principio es construir una regla resultante de una ponderación con otros principios concurrentes —algo inevitable en constituciones pluralistas que acogen valores en necesaria tensión— y lo que llamamos excepcionar una regla es acudir al principio o balance de principios que la justifica. Todas estas divergencias y anomalías implican una dialéctica que no puede ser cancelada «formalmente» por anticipado a través de medios lingüísticos: como vimos, su existencia no es un problema de determinación del lenguaje sino del contenido esencialmente valorativo de este lenguaje ligado a su dimensión práctica («de lo que es indeterminado, la regla también lo es... pero la causa de ello está en la naturaleza de la práctica»). Si la jurisdicción es la institución cuya función de garantía no sólo abarca

[73] *Vid.* NINO, 2006: 110 y ss. El argumento de la reducción de lo axiológico a lo deontológico puede considerarse deudor de la dicotomía positivista hecho-valor.

[74] «[S]iempre la violación de un principio hace de él una regla que enuncia las prohibiciones o las obligaciones correspondientes (FERRAJOLI, 2011b: 40). «Y es por la posibilidad de sus violaciones, por acción o por omisión, por lo que las normas que los establecen [los derechos fundamentales] son caracterizables como reglas deónticas» (FERRAJOLI, 2012: 803; *cfr.* 804). *Cfr.* 2011a: I, 553-555. La misma posición se mantiene en FERRAJOLI (2013: § 2: «frente a su violación el principio que enuncia un derecho fundamental se transforma en una regla»). Naturalmente, la determinación del perímetro de acciones y omisiones que *justificadamente* aparecen como «violaciones» de las respectivas prohibiciones y obligaciones no resulta posible solamente a base de relaciones lógicas o lingüísticas: exige consideraciones acerca del carácter *valioso* o *disvalioso* de las mismas. También la denotación de los derechos fundamentales depende de su connotación valorativa.

[75] «Lo que sí resulta bien llamativo y extraño es que un no-cognoscitivista sea partidario de una constitución sustantiva, rígida y cerrada a la deliberación; es decir, partidario de un "deber ser" no derogable y no moldeable en su aplicación» (AGUILÓ, 2011: 66).

a las reglas sino también, como hemos visto, a los valores o razones político-morales a que ellas sirven entonces el único modo por el que puede «determinar» los principios constitucionales en que se proclaman esos valores y razones es la ponderación de los mismos mediante la construcción, cuando concurren en un caso, de nuevas reglas que establezcan *pro futuro* las condiciones de precedencia entre ellos, válidas y generalizables para casos similares[76], de un modo estructuralmente simétrico a lo que sucede con la «ponderación legislativa» que FERRAJOLI considera en general «fisiológica» (2011: 44-46). Los inevitables conflictos entre ambos —entre el tribunal constitucional (como tribunal político o «legislador negativo») y el legislador democrático— a la hora de interpretar los valores y derechos constitucionales no pueden ser resueltos recurriendo a otro método: en particular, no pueden serlo mediante el expediente de «blindar» los principios-reglas de la constitución y estipular que esos conflictos constituyen «violaciones» («antinomias y lagunas estructurales»). Pues ello implica la evidente circularidad de que determinar lo que constituya «violación» de esos principios constitucionales que figuran como puras «formas» inderogables es dependiente a su vez de ponderaciones (ni siquiera las reglas operan «todo-o-nada»), tanto en relación con el diseño de las leyes que colman las lagunas como en relación con la anulación de las antinomias, que sólo puede ser judicial (la jurisdicción es precisamente definida como «la comprobación de violaciones por causa de actos ilícitos o inválidos»: FERRAJOLI, 2011a: II, 209). Solamente son razones sustantivas (es decir, el resultado de una ponderación entre principios institucionales y sustantivos) aquellas que pueden llevar a someter a la práctica judicial a un régimen de autorrestricción o deferencia formal al legislador (del juez constitucional) o a la administración (del juez ordinario), del mismo modo que ello sucede, como vimos, cuando la propia legislación ordinaria pretende sujetar a los jueces a un régimen estricto de reglas (p. ej., en el derecho penal). Lo que ninguno de ambos regímenes podría significar es que se privase a los jueces de una deliberación valorativamente fundada, reduciendo su función a un desempeño axiológicamente pasivo e inerte, meramente «cognoscitivo». Ello sería reproducir y aumentar respecto de la constitución el mismo error que el legalismo ilustrado cometió respecto de la legislación al pretender prohibir su interpretación. Y ni siquiera ideológicamente parece tener mucho sentido hoy presentar como «cognición» o deducción analíticamente verdadera a partir del material jurídico-constitucional tomado como lenguaje denotativo lo que necesariamente es el resultado de juicios de valor connotativos de contenido político-moral cuya corrección y justificabilidad argumentadas son exigibles en todo caso como parte esencial de la función judicial en una democracia. La clase de equidad que demanda el Estado de derecho constitucional no podría ser, por ello, la ferrajoliana sino más bien la aristotélica.

REFERENCIAS

AGUILÓ, J., 2011: «El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli», *Doxa*, 34: 55-71.

AMAYA, A., 2012: «La coherencia en el derecho», *Doxa*, 35: 59-90.

ARISTÓTELES, *The Complete Works of Aristotle: The Revised Oxford Translation* [1984], ed. de J. BARNES, Princeton: Princeton University Press 1995. *Ética a Nicómaco*, trad. de ARAU-

[76] RUIZ MANERO, 2012.

JO-MARÍAS, CEPC: 2009 (9.ª ed.); *Política*, trad. de ARAUJO-MARÍAS, CEPC: 2005 (6.ª ed.); *Retórica*, trad. de A. TOVAR, Madrid: CEC, 1990 (4.ª ed.).

ATIENZA, M., 2005: «El derecho como argumentación», en M. ATIENZA y L. FERRAJOLI, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México: UNAM, 1-86.

— 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.

ATRIA, F., 1999: «Del derecho y del razonamiento jurídico», *Doxa*, 22: 79-119.

BAYÓN, J. C., 1996: «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», *Jueces para la democracia*, 27: 41-49.

BECCARIA, C., 1968: *De los delitos y de las penas* (1774), trad. de J. A. DE LAS CASAS, Madrid: Alianza.

BODÉÜS, R., 1993: *The Political Dimensions of Aristotle's Ethics* (1982), trad. J. E. GARRETT, Albany: SUNY Press.

DWORKIN, R., 1986: *Law's Empire*, Harvard: Belknap Press.

— 2010: «¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?», *Isonomía*, 32: 7-29 (trad. L. GARCÍA JARAMILLO).

— 2011: *Justice for Hedgehogs*, Cambridge: Harvard University Press.

FERRAJOLI, L., 2000: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. ANDRÉS *et al.*, Madrid: Trotta.

— 2004: *Epistemología jurídica y garantismo*, México: Fontamara.

— 2005: «El papel de la función judicial en el Estado de derecho», en M. ATIENZA y L. FERRAJOLI, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, cit., 87-108.

— 2011a: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), vols. I y II, trad. de J. C. BAYÓN, M. GASCÓN, L. PRIETO, A. RUIZ MIGUEL y P. ANDRÉS, Madrid: Trotta.

— 2011b: «Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista», *Doxa*, 34: 15-53.

— 2011-12: «Doce cuestiones en torno a *Principia iuris*», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 1: 3-34.

— 2012: «El constitucionalismo entre principios y reglas», *Doxa*, 35: 791-817.

— 2013: «Dos concepciones de los principios. Una respuesta a Juan Ruiz Manero», *Doxa,* 36.

HART, H. L. A., 1958: «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, 71: 593-529.

— 1994: *The Concept of Law* (1961), Oxford: Clarendon Press, 2.ª ed. a cargo de P. A. BULLOCH y J. RAZ.

LAPORTA, F. J., 2009: *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid: Trotta.

LIFANTE VIDAL, I., 1999: «Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica», *Doxa*, 22: 171-193.

— 2013: «El derecho como práctica interpretativa», Ponencia presentada a las *Jornadas sobre el legado de Dworkin a la filosofía del derecho,* Madrid: CEPC, 29-30 de octubre de 2013.

MACCORMICK, N., y SUMMERS, R. S. (eds.), 1991: *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Aldershot: Dartmouth.

MARMOR, A., 2001: *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Clarendon Press.

— 2005: *Interpretation and Legal Theory* (1992), Oxford: Hart Publishing (2.ª ed.).

MILLER, F. D., 1995: *Nature, Justice, and Rights in Aristotle's* Politics, Oxford: Clarendon Press.

NINO, C. S., 1994, *Derecho, moral y política*, Barcelona: Ariel.

— 2006: *La validez del derecho* (1985), Buenos Aires: Astrea.

RAZ, J., 1996: «Intention in Interpretation», en R. P. GEORGE (ed.), *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford: OUP, 249-286.

ROCA, V., 2005: *Derecho y razonamiento práctico en Carlos S. Nino*, Madrid: CEPC.

RÓDENAS, A., 2012: *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid: Marcial Pons.

RUIZ MANERO, J., 2012: «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, "soluciones en abstracto" y "ponderaciones equitativas"», *Doxa*, 35: 819-832.

SCHAUER, F., 2002: *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* [1991], New York: Oxford UP.

SHINER, R. A., 1994: «Aristotle's Theory of Equity», *Loyola of Los Angeles Law Review*, 27/4: 1245-1264.

TARUFFO, M., 2002: *La prueba de los hechos* [1992], trad. de J. FERRER, Madrid: Trotta.

TOMÁS DE AQUINO: *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum expositio*, ed. R. M. SPIAZZI. Taurini: Marietti, 1964 (3.ª ed.), trad. de A. MALLEA, *Comentario a la* Ética a Nicómaco *de Aristóteles*, Pamplona: EUNSA, 2010.

VEGA, J., 2010: «Aristotle's Concept of Law: Beyond Positivism and Natural Law», *Journal of Ancient Philosophy*, IV/2: 1-31.

— 2013a: «Legal Rules and *Epieikeia* in Aristotle. Post-positivism Rediscovered», en L. HUPPES-CLUYSENAER y N. M. M. S. COELHO (eds.), *Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice*, Dordrecht: Springer, 171-201.

— 2013b: «Aristotle on Practical Rules, Universality, and the Law», en F. J. CONTRERAS (ed.), *The Threads of Natural Law: Unravelling a Philosophical Tradition*, Dordrecht: Springer, 1-25.

WEBER, M., 1973: «Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis» [1904], y «Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften» [1917], en *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, ed. J. WINCKELMANN, Tübingen: Mohr (4.ª ed.), 146-214 y 489-540.

WITTGENSTEIN, L., 1999: *Philosophical Investigations* [1953, 1982], trad. G. E. M. ANSCOMBE, Oxford: Blackwell.

ZAHND, E. G., 1996: «The Application of Universal Laws to Particular Cases: A Defense of Equity in Aristotelianism and Anglo-American Law», *Law and Contemporary Problems,* 59/1: 263-295.

PATOLOGÍAS DE LA DIVISIÓN DE PODERES*

Jorge F. Malem Seña
Universitat Pompeu Fabra, Barcelona
Hugo O. Seleme
Universidad Nacional de Córdoba, CONICET Argentina

RESUMEN. La división de poderes parece consustancial hoy a una democracia constitucional moderna, aunque sus orígenes puedan ser rastreados en la idea de república. La división de poderes no ha sido presentada, sin embargo, de igual forma teórica, no se ha manifestado empíricamente de igual modo, ni ha tenido una única y uniforme justificación. Se analizan dos principios justificatorios diferentes: el de especialización y el de independencia.
A la luz de estos dos principios se pueden colegir diversas patologías en la división de poderes por la invasión de un poder sobre la competencia y las acciones del otro. Se examinan cuatro posibles patologías: obstrucción, inhibición, conducción, congraciamiento. Y también otras cuatro provocadas por la invasión por parte de agentes privados del poder estatal: entorpecimiento, abstención, colonización y adaptación.

Palabras clave: democracia, división de poderes, patologías de la división de poderes, invasiones competenciales, agentes privados y eficacia estatal.

The Pathologies of Separation of Powers

ABSTRACT. The separation of powers seems nowadays to be consubstantial with contemporary constitutional democracies, even though its origins can be traced back to the idea of republic. The separation of powers, nevertheless, has not always been presented in the same theoretical fashion, it has not empirically manifested itself in the same ways, nor has it had a single, uniform justification. Two different justificatory principles shall be analysed: especialisation and independence.
In the light of these two principles several pathologies caused by the invasion by one power of the competences and actions of another can be inferred. Four such pathologies are examined —obstruction, inhibition, leading and ingratiation—. And also four caused by the invasion of state power by private agents —numbnes, abstention, colonization and adaptation—.

Keywords: democracy, separation of powers, pathologies of the separation of powers, invasion of competences, private agents and state efficacy.

* Fecha de recepción: 25 de junio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

1. INTRODUCCIÓN

La idea de una democracia moderna, republicana, constitucional, que respete determinados valores básicos, se asienta sobre una serie de principios y de reglas establecidos y no especialmente controvertidos. Entre ellos se incluyen, sin pretensión de exhaustividad, que haya elecciones periódicas en un marco de libertad e igualdad, que los ciudadanos gocen de derechos fundamentales y que el Estado diseñe sus instituciones sobre la base de la separación de poderes. Tales exigencias responden a la preocupación por alcanzar el autogobierno y por salvaguardar los derechos individuales de toda forma de tiranía estatal o de su avasallamiento por parte de otros individuos. La democracia se instaura así no como un modo de obtener privilegios para los gobernantes, su impunidad manifiesta o riquezas para los miembros del aparato estatal. Su núcleo es más elemental: crear las condiciones para el autogobierno y el florecimiento de los derechos de los ciudadanos, constatado que los individuos son incapaces, por distintos motivos, de gobernarse a sí mismos sin contención social.

La idea de separación de poderes se presenta así como algo consustancial a la democracia moderna, aunque ya fuera señalada como ínsita en la noción de república, su referencia histórica. Debido al carácter central que ocupa la división de poderes en el diseño institucional de nuestras democracias liberales es especialmente importante identificar las enfermedades o patologías que pueden afectarla. El mal funcionamiento de la división de poderes puede conducir a que todo el entramado institucional se resquebraje y finalmente colapse. El objetivo del presente trabajo es analizar las diferentes formas de mal funcionamiento que pueden corromper dicha división.

Un paso indispensable para identificar tales patologías es clarificar en qué consiste la división de poderes y cuáles son las consideraciones normativas que pueden ofrecerse para justificarla. A esta tarea nos abocaremos en la siguiente sección, para luego identificar aquellas prácticas que pueden afectar su buen funcionamiento. Nuestro objetivo es llamar la atención sobre las múltiples amenazas que acechan a este mecanismo institucional para que se comprenda cabalmente su fragilidad y se desarrollen reaseguros para protegerlo.

2. LA DIVISIÓN DE PODERES: SURGIMIENTO Y JUSTIFICACIÓN

El esquema de la división de los poderes del Estado no siempre ha sido presentado de igual forma, ni adquirió uniformidad en su manifestación empírica. Ya la propia expresión «separación de poderes» es ambigua. En la teoría política ha sido utilizada para hacer referencia a tantas cuestiones, tan diferentes, que ha llevado a G. MARSHALL a plantear la inutilidad de su uso. En efecto, en su opinión, la noción de separación de poderes se ha utilizado a veces para señalar que las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales se atribuyen constitucionalmente a personas u órganos diferentes. Otras veces para establecer qué es lo que se separa, dado que las propias nociones de «legislativo», «ejecutivo» y «judicial» resultan a su vez vagas y ambiguas. Además, el concepto de «separación de poderes» ha implicado en ocasiones la incompatibilidad

personal para cumplir funciones en más de uno de esos poderes, en otras denota el aislamiento de un órgano respecto de los demás o hace mención al control mutuo de los diversos organismos estatales, etc. «En resumen, el principio [de la separación de poderes] resulta afectado por tal imprecisión e incongruencia, que difícilmente podemos considerar que se trate de algo más que un conjunto de argumentos apresuradamente compuesto para justificar medidas políticas que debieran defenderse o rechazarse en función de otros principios» [1].

Precisamente debido a la advertencia de MARSHALL hay que señalar que la idea de separación de poderes se desarrolló en dos etapas. La primera comprendió la paulatina distinción de las distintas funciones estatales: legislativa, ejecutiva y judicial. La segunda consistió en atribuir dichas funciones a diferentes órganos de gobierno. La atribución de diferentes funciones a diversos órganos es lo que usualmente se conoce como separación de poderes. Entre las justificaciones que se ofrecieron para proceder a esa división, dos revisten especial importancia: la de eficacia gubernamental y la idea republicana de prevención de la tiranía [2].

Con relación a la primera etapa de desarrollo es necesario advertir un hecho que visto desde nuestra perspectiva histórica generalmente pasa desapercibido [3]. Hasta bien entrado el siglo XVII la idea que se tenía de las funciones de gobierno era estrictamente judicial. El gobierno sólo tenía el poder de interpretar y aplicar las leyes. No existía tal cosa como una función legislativa ya que para una concepción iusnaturalista del derecho lo que hace el gobernante a la hora de dictar normas no es genuinamente legislar, sino interpretar lo que un derecho natural preestablecido establece para el caso. No hay diferencia entre la actividad del legislador y la del juez, ambos sólo tienen competencia para interpretar y aplicar el derecho.

La distinción entre las funciones de los poderes del Estado —específicamente la identificación de un poder legislativo con capacidad para crear el derecho— se hizo posible cuando las concepciones iusnaturalistas del derecho comenzaron a perder terreno. Cuando el derecho comenzó a ser visto como un artefacto humano fue posible distinguir la función de creación del derecho, ejercida por el legislativo, de la función de su aplicación e interpretación. A esto también contribuyó la aparición de la idea de Estado soberano dotado de competencia para crear un derecho inmune a interferencias foráneas.

La segunda etapa en la aparición de la noción de separación de poderes tuvo lugar con la atribución de las diversas funciones estatales a diferentes órganos. El anteceden-

---

[1] *Cfr.* G. MARSHALL, *Teoría constitucional*. Versión castellana: R. GARCÍA COTARELO, Madrid, Espasa-Calpe, 1982, 164.

[2] En lo que sigue entenderemos por separación de poderes una concepción compleja que incluye la idea de «controles y contrapesos» y de «fraccionamiento del poder» para evitar la tiranía. J. WALDRON ha explorado recientemente lo que concibe como la «concepción pura» de la separación de poderes, distinguiéndola de los dos componentes antes mencionados. WALDRON sostiene que estos no son componentes de la idea de separación de poderes sino justificaciones que pueden brindarse de la misma. En lo que sigue, más allá de si la concepción minimalista de separación de poderes propuesta por WALDRON tiene sentido adoptaremos una posición más robusta. *Cfr.* J. WALDRON, «Separation of Powers in Thought and Practice», *Boston College Law Review,* vol. 54, 2013, 433-468.

[3] En la breve reconstrucción histórica que a continuación se presenta hemos seguido el texto clásico de M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, Liberty Fund, 2.ª ed., 1998.

te más remoto de esta idea se encuentra en la concepción clásica de gobierno mixto según la cual una forma adecuada de gobierno era aquella que mezclaba elementos monárquicos con aristocráticos y democráticos. En los orígenes de la idea de separación de poderes existió una tendencia a equiparar los elementos monárquicos con el poder ejecutivo, los aristocráticos con el judicial y los democráticos con el legislativo. No obstante, aunque ambas nociones —la de gobierno mixto y separación de poderes— se encuentran emparentadas no son idénticas dado que la primera se encuentra justificada en el objetivo de que una clase no avasalle a las restantes mientras que la segunda lo está en el objetivo de lograr la eficiencia del aparato estatal y garantizar que el Estado no avasalle a los individuos [4].

Por un lado, para garantizar la eficiencia de un aparato estatal cada vez más complejo se procedió a la especialización. Por el otro, para que el creciente poder gubernamental no amenazase las libertades y derechos individuales se promovió la independencia de los diferentes órganos estatales. Ambos principios, el de especialización y el de independencia, poseen diferentes justificaciones ya que ambos persiguen distintos objetivos.

La idea de especialización se vincula con el objetivo de la eficacia del Estado. Un modo de organizar de modo eficiente el ejercicio del poder —dado que no es el caso que un mismo individuo o conjunto de individuos puedan disponer del tiempo y capacidad para ejercitar todas las funciones vinculadas al gobierno— consiste en desagregar funciones y atribuirlas a diferentes organismos [5]. La idea de independencia, por su parte, se vincula con el objetivo de evitar la tiranía o garantizar la libertad. Dado que la centralización del poder político puede ser una amenaza para los derechos y las libertades individuales, las diversas funciones estatales deben atribuirse a diferentes órganos que puedan controlarse recíprocamente.

Ambos principios u objetivos, el de especialización —vinculado con la eficacia estatal— y el de independencia —vinculado con la protección de los derechos y libertades— se encuentran presente desde la justificación más temprana de la división de poderes [6]. J. LOCKE justifica la existencia del poder político en su carácter protector de los derechos individuales. Sólo la eficacia del Estado a la hora de proteger estos dere-

---

[4] La doctrina del gobierno mixto paulatinamente fue dando lugar a la de la separación de poderes debido al avance de la democracia. De modo gradual fue dejándose de lado el elemento clasista que subyacía a la idea del parlamento y comenzó a aparecer la idea de balances y controles de un poder —no ya de una clase— sobre otro.

[5] Uno de los primeros en ofrecer una defensa de la desagregación de las funciones de gobierno en base al valor de la eficacia fue M. DE PADUA. *Cfr.* M. DE PADUA, *Defensor Pacis,* L. MARTÍNEZ GÓMEZ (trad.), *El Defensor de la Paz*, Madrid, Tecnos, 1989.

[6] La distinción más remota de las diferentes funciones gubernamentales puede rastrearse hasta ARISTÓTELES. Éste identifica en toda constitución política tres elementos: el deliberativo, el vinculado con la magistratura y el judicial. Aunque estas funciones pueden emparentarse con las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, no son idénticas. Tampoco es posible hablar en ARISTÓTELES de división de poderes, porque las funciones no eran atribuidas a órganos gubernamentales diferenciados. *Cfr.* ARISTÓTELES, *La Política,* IV, 14, J. PALLI BONET (trad.), Barcelona, Bruguera, 1974.

La preocupación por el auto-gobierno condujo a Aristóteles al extremo opuesto de la especialización y la división de poderes. Él veía como algo importante que cada ciudadano pudiese ejercitar las diversas funciones. Así, pensaba que era importante que las mismas personas se desempeñasen como soldados y agricultores y, de modo análogo sostenía que las mismas personas podían formar parte del consejo deliberativo y de la corte judicial. *Ibid.,* IV, 6.

chos justifica moralmente su existencia. Adicionalmente sostiene que el único modo en que el Estado puede alcanzar este fin sin volverse él mismo una amenaza es garantizando la división de poderes. Por esta razón, afirma LOCKE, sólo puede ser legítimo un gobierno en el cual las diversas funciones gubernamentales son ejercitadas mayormente por diferentes instituciones. Según la división por él propuesta el poder legislativo es el poder supremo para decidir cómo utilizar la coacción estatal[7]. El poder ejecutivo se encuentra sometido al legislativo y su función consiste en hacer cumplir el derecho y aplicarlo a los casos concretos[8]. Por último, el poder federativo es el encargado de conducir las relaciones internacionales y ordenarlas de modo que los derechos de los ciudadanos no se vean amenazados por las interferencias de otras naciones[9].

No obstante, la protección frente a la tiranía no es la única razón en base a la cual LOCKE justifica la división de poderes. El fracaso del gobierno asambleario que había tenido lugar luego de la caída de Charles I le había enseñado que la asamblea legislativa no debía ser la encargada de hacer cumplir o aplicar sus leyes. La asamblea legislativa, sostiene LOCKE, es por lo general «...demasiado numerosa y también demasiado lenta...» como para encargarse de manera eficaz de la función ejecutiva[10]. La ineficacia de una asamblea legislativa que concentra las funciones de gobierno es una de las razones que condujo a LOCKE a defender la división de poderes. Por otro lado, tampoco la ejecución y aplicación de las leyes debían quedar libradas al parlamento porque, señala, mientras las leyes son dictadas en un periodo relativamente corto deben ser ejecutadas y aplicadas de manera constante[11].

El mismo interés por la eficacia del gobierno puede descubrirse en la justificación de la división de poderes ofrecida por los revolucionarios norteamericanos. La misma experiencia fallida que LOCKE había tenido con el gobierno asambleario la tuvo George Washington con el Congreso Continental y su incapacidad para conducir la guerra de independencia y para adoptar decisiones de modo expeditivo. La misma justificación basada en la eficacia puede encontrarse en los escritos de HAMILTON y MADISON[12].

Una justificación de la división de poderes semejante a la de LOCKE se encuentra en MONTESQUIEU. Dado que la experiencia indica que el poder corrompe, señala, es necesario que el poder sea controlado por el poder[13]. Aunque los rótulos que MONTES-

---

[7] *Cfr.* J. LOCKE, *Two Treatises 2,* par. 149. Este poder, con todo, no es ilimitado ya que se encuentra constreñido por el derecho natural. Una parte importante de las funciones del poder legislativo es especificar lo que requiere ese derecho y dotar a sus requerimientos con el respaldo de la coerción estatal.

[8] *Ibid.,* 2, pars. 88-89.

[9] Una curiosidad de la división de poderes propuesta por LOCKE es que no se considera una función gubernamental específica la de interpretar el derecho, y por ende no se adjudica dicha función a un órgano específico. No existe una judicatura cuya función primordial sea la de interpretar. Esta característica de su propuesta se justifica en su concepción de derecho natural. Dado que existe un derecho natural al que la legislatura debe ajustarse, tanto la legislatura como el ejecutivo deben realizar la misma función interpretativa. La legislatura debe interpretar qué es lo que requiere el derecho natural en las circunstancias específicas y dictar una ley. El ejecutivo debe interpretar lo que ha prescrito la legislatura a la luz de lo que establece el derecho natural. Cfr. A. TUCKNESS, *Locke and the Legislative Point of View: Toleration, Contested Principles and Law,* Princeton, Princeton University Press, 2002.

[10] *Cfr.* LOCKE, *Two Treatises 2,* par. 160.

[11] *Cfr. ibid.,* par. 144.

[12] *Cfr.* W. BANKS, «Efficiency in Government: Separation of Powers Reconsidered», *Syracuse Law Review*, 1984, 715-734.

[13] *Cfr.* MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes,* 11.4, M. BLÁZQUEZ y P. DE VEGA, Madrid, Tecnos, 1972.

QUIEU utiliza —poder legislativo, ejecutivo y judicial— son diferentes a los utilizados por LOCKE, una vez que se analizan las funciones que cada uno tiene su semejanza se vuelve patente. MONTESQUIEU, al igual que LOCKE, piensa que el poder legislativo debe ser supremo. Sostiene que el poder ejecutivo tiene que ocuparse de las relaciones internacionales, a semejanza de lo que sucede con el poder federativo en LOCKE y afirma que el poder judicial debe encargarse de la aplicación de las leyes, tal como hace el poder ejecutivo en LOCKE. Las divergencias entre MONTESQUIEU y LOCKE son más terminológicas que conceptuales.

MONTESQUIEU, no obstante, es más específico que LOCKE al proponer una distribución de competencias institucionales. Según MONTESQUIEU sólo el poder legislativo debe tener el poder para crear tributos dado que de este modo, al amenazarlo con privarlo de fondos, puede evitar que el ejecutivo intente imponérsele. Por la misma razón el ejecutivo debe tener el derecho a veto sobre la legislación dictada por el parlamento. El parlamento, por su parte, debe estar compuesto de dos cámaras que puedan evitar que los proyectos de legislación de la otra se transformen en ley. Finalmente, el poder judicial debe ser independiente del legislativo y del ejecutivo, y debe ocuparse solo de la aplicación de las leyes dictadas por el parlamento. De este modo, este poder terrible —según las propias palabras de MONTESQUIEU— resulta invisible.

La misma justificación de la división de poderes puede encontrarse en KANT. Las tres ramas del poder estatal deben estar separadas para evitar la tiranía pero deben coordinarse y complementarse mutuamente para lograr la integridad de la constitución del Estado, esto es, para lograr una acción gubernativa eficiente. Al igual que LOCKE y MONTESQIEU, KANT afirma la supremacía del poder legislativo. El poder soberano, que radica en el pueblo y se personifica en la figura del legislador, tiene una prelación lógica sobre los otros dos poderes. Su voluntad respecto de lo mío y lo tuyo es irreprochable. El poder ejecutivo, encarnado en el gobernante, es irresistible y debe ejercerse siempre siguiendo los mandatos legales. Y el poder judicial, cuyas sentencias supremas son irrevocables, debe adjudicar a través de los jueces a cada uno lo suyo. Ninguna de estas tres dignidades del Estado, agrega, puede interferir en la acción de las otras.

Por razones lógicas, continúa, el legislador no puede gobernar, porque esta actividad supone ya la sujeción a la ley. El pueblo soberano, cuya voluntad crea la ley, no puede quedar sometido a la misma. Por igual motivo, tampoco puede castigar al gobernante o a los ciudadanos porque el acto de coaccionar también supone la sumisión a la ley. Si es el gobernante quien legisla, en cambio, se transforma en déspota, con peligro para los derechos de los ciudadanos. Finalmente, el ejecutivo no puede juzgar, ya que si así lo hiciera se corre el riesgo de que obre injustamente exponiéndose a una apelación. Y, naturalmente, en este esquema, excedería cualquier previsión que los jueces, que deben conceder a cada uno su derecho según la ley, pudieran desarrollar funciones propias del legislativo o del ejecutivo [14].

---

[14] KANT identifica la idea de división de poderes con la forma republicana de gobierno. De este modo caracteriza al despotismo como aquella forma de gobierno en la cual quien crea las leyes es el mismo que las aplica y las hace cumplir. En una república, por el contrario, quien crea las leyes y quien las hace cumplir y las aplica a los casos particulares, no es la misma persona. De esto se sigue que para KANT es posible que exista un régimen republicano en el que quien crea las leyes es un monarca no elegido democráticamente, siempre y cuando el individuo encargado de aplicarlas y hacerlas cumplir no sea el mismo monarca. Democracia y repú-

Al igual que MONTESQUIEU, KANT veía como algo imprescindible para evitar el despotismo que el parlamento pudiese resistirse al poder ejecutivo. Esta resistencia debía ser negativa y consistía en «la *negativa* del pueblo (en el parlamento) a acceder siempre a las exigencias cuya satisfacción presenta el gobierno como necesaria para la administración del Estado...» [15]. Es imprescindible que el parlamento pueda negarse a financiar las acciones del poder ejecutivo. No obstante el control que puede ejercitar el parlamento es solo negativo, ya que no puede prescribir ninguna acción al poder ejecutivo.

3. LA TENSIÓN ENTRE ESPECIALIZACIÓN E INDEPENDENCIA

Una consecuencia de que la justificación de la división de poderes descanse sobre dos principios diferentes —uno vinculado con el modo más efectivo de gobernar y otro con la protección frente a la tiranía gubernamental— es que inevitablemente exista la posibilidad de tensión. Si se exagera la necesidad de independizar a un poder de otro para maximizar la protección frente a la tiranía se corre el riesgo de producir la completa inoperancia del Estado. El diseño institucional es exitoso para proteger a los ciudadanos frente al Estado pero a costa de hacer imposible cualquier actividad estatal y dejar librados a los individuos al arbitrio de sus conciudadanos.

En este caso la división de poderes previene exitosamente contra la aparición de un Estado omnímodo. Sin embargo, lo logra volviendo inviable la actividad estatal. El sistema de controles y contrapesos paraliza la actividad estatal. Esto produce que los individuos queden a merced de aquellos peligros que la existencia del Estado pretendía conjurar: la interferencia arbitraria de terceros. Se evita el riesgo de la tiranía estatal o pública para cambiarlo por el riesgo de la tiranía privada. Así, por ejemplo, sin la actividad moderadora del Estado los trabajadores quedan librados al poder de interferencia de los empleadores, los pobres quedan a merced de los ricos y en general los débiles quedan sometidos a los poderosos. Se fracciona el poder político hasta el extremo de volverlo inoperante, perdiendo de vista que este poder funcionaba como contrapeso de otros poderes que siguen estando en pie: el poder del dinero, el poder de la presión por la conformidad social, el poder del acceso al conocimiento, entre muchos otros.

Si, por otro lado, se exagera la necesidad de que las diferentes ramas del poder estatal actúen de modo mancomunado para que sea posible la acción estatal eficaz, se corre el riesgo de contar con un Estado operativo pero despótico. El camino que por lo general conduce a este resultado es semejante al antes descripto sólo que esta vez transitado en la dirección inversa. Se logra conjurar el peligro de la tiranía privada pero a costa de crear un Leviatán político. Se alcanza el control sobre los agentes particulares dotados de poder —económico, social, etc.— pero al precio de quedar librado al arbitrio de aquellos que ejercitan el poder político omnímodo. Mientras más inminente

---

blica no son conceptos vinculados en la filosofía política kantiana, aunque KANT sostiene que la mejor forma de república es aquella en donde el poder legislativo reside en un parlamento elegido democráticamente. *Cfr.* E. KANT, *La Paz Perpetua*, J. ABELLÁN (trad.), Madrid, Tecnos, 1998, 18.

[15] E. KANT, *La Metafísica de las Costumbres,* 49, 322, A. CORTINA y J. CONILL SANCHO (trads.), Madrid, Tecnos, 1989, 154.

se percibe el riesgo de caer en manos de actores privados poderosos, más atractiva se vuelve la tentación de apelar a un poder político unificado.

El desafío que enfrenta cualquier diseño institucional que apele a la división de poderes consiste en resolver de una manera adecuada la tensión antes señalada. En primer lugar, es necesario encontrar un diseño institucional que permita que el poder ejercitado por los agentes privados se encuentre controlado por el poder político público. Para esto es necesario contar con una acción estatal eficaz. En segundo lugar, es necesario que el poder que ejercita una rama del Estado se encuentre bajo el control de otras. Para esto es necesario contar con poderes independientes. De lo que se trata, entonces, es de encontrar un diseño institucional que divida el poder político sin dejarlo inoperante frente al poder de los actores privados.

4. LA ESPECIALIZACIÓN: LO POLÍTICO Y LO JUDICIAL

La forma tradicional de dividir el poder político consiste en separar los órganos gubernativos encargados de adoptar las decisiones políticas o legislativas y los encargados de aplicar tales decisiones generales a los casos concretos. Como hemos visto, esto es cierto en MONTESQUIEU y KANT pero también lo es en LOCKE quien piensa que el poder legislativo es supremo pero que no es quien debe ocuparse de la aplicación de las leyes a los casos concretos. Los tres coinciden en que el poder político o legislativo es supremo y también acuerdan en que debe ser ejercido por un órgano diferente de aquel encargado de aplicar las decisiones políticas generales a los casos particulares.

Existen diversas maneras de presentar la separación entre el nivel de especialización política y el nivel de especialización judicial. O lo que es lo mismo, entre lo que es decidible dentro del ámbito de la política y lo que corresponde competencialmente a la esfera judicial. El primero es suponer que hay un conjunto de derechos —reconocidos en la Constitución— que el legislativo y el ejecutivo no pueden invadir y que está salvaguardado en última instancia por el poder judicial. El segundo es pensar que no es propio del ámbito judicial tomar decisiones que únicamente corresponde hacerse mediante un procedimiento dotado de legitimidad democrática. La primera posición puede ser ejemplificada por lo que E. GARZÓN VALDÉS ha denominado «el coto vedado», la segunda por la llamada «*political question*» estadounidense.

Según E. GARZÓN VALDÉS, en una democracia representativa bien asentada debería existir una especie de «coto vedado» [16] constituido por aquel conjunto de derechos y libertades que tiende a garantizar la satisfacción de las necesidades básicas y bienes primarios de las personas y algunos deseos secundarios. Y dentro de estos últimos aquellos que son necesarios, como la educación por ejemplo, para lograr bienes primarios. Este conjunto de derechos fundamentales establecido, de un modo no exhaustivo para citar solo un documento, en la Declaración de los derechos del hombre de Nacio-

[16] La expresión «coto vedado» fue tomada de la obra homónima de J. GOYTISOLO, como se encarga de subrayar E. GARZÓN con el fin de despejar cualquier interpretación metafísica.

nes Unidas no puede estar sujeto a la discusión o al compromiso político con el fin de limitarlo total o parcialmente.

En ese sentido, la determinación del contenido del «coto vedado» no puede depender del consenso social, ni de las preferencias de los representados y de sus representantes políticos. La inclusión de los derechos y libertades fundamentales depende de una justificación racional guiada según los criterios establecidos por la ética esclarecida. La custodia de este «coto vedado» debería quedar reservada al poder judicial por razones conceptuales, aunque E. GARZÓN no lo diga expresamente.

Para el ámbito privativo de lo político, de lo parlamentario y del ejecutivo, quedaría la negociación y el compromiso acerca de cómo expandir la satisfacción de los deseos secundarios de los ciudadanos sobre la evaluación de costes y de beneficios. En palabras del autor de marras, «la representación parlamentaria es éticamente justificable cuando respeta la vigencia de los derechos de cada cual a los bienes primarios y procura satisfacer a través del compromiso la realización de los deseos secundarios de los miembros de una comunidad política» [17].

Como si se tratara de la otra cara de una misma moneda quienes han afirmado la tesis de la *«political question»* han negado la intromisión del poder judicial en el ámbito de la política. Esta tesis adquirió una relevancia especial en los Estados Unidos de Norteamérica con motivo de la guerra de Vietnam.

Como es sabido, la Suprema Corte de Justicia de ese país jamás sentenció sobre si la declaración de la Bahía de Tonkin sobre el Vietnam realizada por el poder ejecutivo era o no una declaración de guerra jurídicamente válida, y eso a pesar de las más de setenta demandas presentadas. La declaración de guerra competía al poder legislativo que, según se aducía, veía así hurtadas sus facultades y la posibilidad de una discusión abierta al respecto.

La inhibición de dicho tribunal no comenzó con el conflicto del sudeste asiático, existía ya una larga tradición de abstenciones basada precisamente en la doctrina de la cuestión política. Según ésta algunas decisiones del Poder Ejecutivo o del Legislativo no serían revisables por los jueces debido a su estricto carácter político. Si esto es así habría ciertas áreas en la esfera de lo público no sujetas a control jurisdiccional porque deberían decidirse en exclusiva a través de la discusión y del compromiso [18].

Ambas perspectivas muestran un aspecto esencial que entronca con la separación de poderes y es la afirmación de que las distintas ramas del poder estatal asumen competencias en exclusiva que no pueden ser invadidas por las otras. Y los sistemas jurídicos suelen diseñar un conjunto de medidas para garantizarlo y para el mejor disfrute de los derechos y libertades de los ciudadanos. A continuación se analizarán dos de estas medidas: la independencia y la imparcialidad judicial.

---

[17] *Cfr.* E. GARZÓN VALDÉS, «Representación y democracia», en *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. La cita es de 649. Para la concepción del «coto vedado» puede consultarse, además del artículo citado, «Algo más acerca del "coto vedado"», *Doxa,* 6, 1989.

[18] No se prestará demasiada atención a la plausibilidad de la doctrina de la cuestión política en sus diversas versiones. Aquí únicamente interesa señalar su impronta práctica y también los límites del poder judicial sobre ciertas decisiones políticas. Para un análisis en detalle de dicha doctrina, *vid.* J. F. MALEM SEÑA, *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, Ariel, 2.ª ed., 1990, esp. 213 y ss.

5. LA INDEPENDENCIA: LA INSULARIDAD E IMPARCIALIDAD JUDICIAL Y LA POTESTAD POLÍTICA

Según una versión estándar de la independencia judicial habría que distinguir entre la independencia externa y la interna. Ambas aceptan que la función de los jueces es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado conforme a derecho y de acuerdo a hechos debidamente probados. Esto supone que el juez queda sujeto únicamente a la ley, como rasgo característico propio de su función en un Estado constitucional y en garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos y de la seguridad jurídica. Las constituciones y las leyes suelen imponer garantías en favor de la independencia de los jueces y de su efectiva realización.

La independencia externa asume que los jueces han de estar libres de toda interferencia de las demás ramas del poder del Estado. De este modo, el poder ejecutivo o el poder legislativo no podrían influenciar, intervenir ni decidir en aspecto alguno de la actividad jurisdiccional. La independencia judicial externa se mueve en una especie de «insularidad política», al decir de O. Fiss [19]. O como afirma Tomás y Valiente, ambos, jueces e independencia, son términos reconducentes, este es, se necesitan el uno al otro [20].

La independencia interna exige que los jueces queden al margen de la influencia, presión o mandato, no autorizado por las leyes, de otros jueces cualquiera sea su escalafón en la estructura judicial. La revisión de las decisiones de los tribunales inferiores por los tribunales superiores vía recursos debidamente admitidos no supondría así ninguna afectación a la independencia interna.

Si la independencia judicial se predica del diseño institucional y es relativa, la imparcialidad judicial se sostiene respecto del ejercicio jurisdiccional y debe ser absoluta. La imparcialidad supone que el juez, en el momento de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, mantiene una posición de aislamiento y de neutralidad respecto de las partes intervinientes en el proceso y respecto del objeto mismo de la causa. Cuánto más alejado esté el juez de las partes y del objeto del proceso mejor será para la impartición de la justicia.

Los Estados modernos han diseñado una serie de medidas de diferente calado para posibilitar, y en la medida de lo posible asegurar, la independencia y la imparcialidad de los jueces. Entre ellas y con un carácter no exhaustivo hay que señalar que los jueces han de ser designados conforme a criterios objetivos de solidez profesional y no según sus creencias, actitudes o amistades políticas. El modo de selección de los jueces es crucial para la independencia y la imparcialidad de los mismos.

Los jueces deben gozar también de la debida inamovilidad de sus cargos. Esto es, no pueden ser removidos por causas diferentes a las establecidas por la ley y que en general se resumen en la comisión de delitos o de faltas disciplinarias muy graves. No pueden por ello ser apartados por el contenido de sus sentencias, a menos que con ello

---

[19] *Cfr.* O. Fiss, «The Limits of Judicial Independence», *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 25, 1, 1993, 59-60.

[20] *Cfr.* F. Tomás y Valiente, *El poder judicial*, vol. XIII, 19.

cometan delitos o faltas muy graves. Hay que proteger a los jueces en el ejercicio de su función de cualquier apartamiento por motivos políticos o sociales.

Otra de las garantías para la independencia judicial que a menudo suele ser citada es que los jueces deben gozar de un emolumento digno y de la intangibilidad de su salario, no sujeto a quitas o incrementos arbitrarios que persigan influenciar, interferir o controlar la actividad jurisdiccional. Qué cantidad de dinero lo satisface no es algo que se pueda determinar previamente. Dependerá del contexto y de las circunstancias, y siempre hay que tomar en consideración las severas incompatibilidades laborales que acarrea su oficio y que le impide obtener una remuneración adicional [21].

Y, en fin, también a favor de la independencia y la imparcialidad judicial se han establecido determinadas prohibiciones tales como que los jueces no pueden pertenecer a partidos políticos o a sindicatos, incompatibilidades laborales, salvo en actividades académicas, científicas o artísticas y siempre con la autorización de las autoridades competentes o que se haya articulado un conjunto de abstenciones y recusaciones judiciales.

6. LAS PATOLOGÍAS DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Como hemos señalado, el hecho de que la división de poderes descanse sobre dos valores —el de la eficiencia y el de la libertad individual— determina que de modo indefectible cualquier diseño institucional que la corporice se encuentre sometido a tensiones. El diseño institucional debe lograr que el poder esté dividido pero no de tal modo que lo vuelva inerte o ineficaz frente a los poderes privados. De lo que se trata es de dividir el ejercicio del poder estatal en tres ramas competenciales que haga más difícil el actuar omnímodo de una de ellas que conduzca inexorablemente a la tiranía. Al mismo tiempo, se intenta que estas tres ramas actúen coordinadamente de manera eficaz. Cuando esto último no se logra nos encontramos en presencia de una patología que es tanto o más peligrosa que el mal que la división de poderes pretendía evitar: la tiranía de los poderes privados.

Existen tres variables que pueden ser de utilidad para caracterizar las patologías de la división de poderes. La primera, tiene que ver con el tipo de intervención que puede sufrir un poder estatal en los asuntos que deberían quedar reservados a su competencia exclusiva. Un poder estatal puede estar sujeto a influencias debido a la interferencia efectiva de otro agente o debido al mero hecho de que éste tenga poder de interferencia. Esta distinción se asienta en la idea republicana de libertad según la cual un agente es libre cuando otros no poseen la capacidad de interferir en sus asuntos —en este caso los reservados a cada poder estatal— de manera arbitraria o ilegítima [22]. A los fines de

---

[21] No nos detendremos demasiado en este punto aunque sí habría que señalar que no consideramos una garantía aceptable para la independencia y la imparcialidad de los jueces que los jueces argentinos no paguen el impuesto a las ganancias sobre sus salarios. Esta indebida excepción impositiva ni siquiera constituye una garantía estrictamente hablando.

[22] *Cfr.* Ph. Pettit, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government,* Oxford, Clarendon Press, 1997.

este trabajo daremos por sentado que la distribución competencial de los poderes es legítima y que es arbitraria cualquier injerencia que traspase los límites fijados por estas competencias [23].

La segunda variable se vincula con el resultado provocado por la influencia indebida. A este respecto la influencia que un poder padece puede evitar que tome una decisión con cierto contenido o provocar que la adopte. La interferencia o la capacidad de interferencia arbitraria puede provocar que los poderes estatales actúen —adoptando una decisión con cierto contenido específico— u omitan actuar —se abstengan de decidir—.

Finalmente, la tercera variable se refiere al carácter público o privado de los agentes que indebidamente influyen sobre la actividad de un poder estatal. Quien interfiere o posee la capacidad de interferencia arbitraria puede ser uno de los poderes del Estado o puede ser un grupo de presión privado. Combinando las tres variables es posible clasificar las patologías del siguiente modo.

6.1. La invasión de un poder estatal por otro

Aunque la misma idea de división de poderes y el sistema de balances y contrapesos requiere que un poder tenga algo que decir sobre la actuación de los otros, no toda injerencia es arbitraria o ilegítima. No toda injerencia de un poder en los asuntos de otro constituye una invasión y representa una patología del sistema. De lo que se trata entonces es de identificar los diferentes supuestos de invasión o injerencia ilegítima y distinguirlos de los casos en que la injerencia no sólo no es patológica sino que es acorde con la justificación de la división de poderes.

6.1.1. Obstrucción

La obstrucción se caracteriza por la interferencia efectiva de un poder en el normal funcionamiento de otro. Existe interferencia cuando un poder del Estado de modo deliberado impide que otro adopte ciertas decisiones que deberían —de acuerdo con la distribución de funciones— quedar libradas a su arbitrio. De este modo, la obstrucción se caracteriza por dos elementos: requiere la acción de un poder estatal y tiene por finalidad evitar que otro poder actúe dentro de su ámbito de competencia.

La mera acción de un poder para evitar que otro actúe, en consecuencia, no constituye una obstrucción. Por el contrario, para que la división de poderes —y la idea de balances y contrapesos— funcione es imprescindible que un poder pueda presentar algún obstáculo al actuar omnímodo de otro. Lo que se requiere para que exista obstrucción es que la interferencia sea ilegítima, esto es que invada los ámbitos de competencia que han sido reservados a otro poder.

[23] Qué cuenta como interferencia arbitraria es uno de los asuntos más debatidos en la teoría republicana contemporánea. Para abordar el problema que aquí nos interesa hemos adoptado un enfoque formalista que presupone que las reglas que fijan la división de poderes son legítimas y establecen los límites de la interferencia no-arbitraria.

Un ejemplo paradigmático de obstrucción del poder legislativo por parte del poder judicial puede encontrarse en la actuación de la Corte Suprema estadounidense con relación a la legislación del New Deal[24]. En el caso *Lochner vs. New York* (1905), la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció que la libertad de contratación estaba protegida constitucionalmente por la Decimocuarta Enmienda y que, por tanto, la limitación de la jornada laboral por medio de una ley era inconstitucional[25]. Durante los años que siguieron la Corte Suprema utilizó el mismo argumento para declarar inconstitucional a toda aquella legislación que intentara regular las condiciones laborales[26].

La inversa también puede darse. El poder legislativo se entromete en la labor jurisdiccional cuando dicta leyes específicas para enervar decisiones de los jueces. Como acertadamente señala P. ANDRÉS, «el legislador puede actuar invasivamente en esa esfera [la judicial] emanando leyes singulares o leyes dirigidas a intervenir sobre controversias ya instauradas, o, incluso, ya decididas en sede jurisdiccional. Las primeras son leyes cuyo contenido no sería "normativo", por defecto de generalidad, sino más bien un acto impropio del legislador; las segundas serán retroactivas y, en el último supuesto, irían contra la cosa juzgada»[27].

6.1.2. Inhibición

La inhibición que un poder estatal provoca en otro implica una forma de intervención mucho más sutil. A diferencia de lo que sucede con la obstrucción, no requiere la existencia de una interferencia ilegítima efectiva sino el poder de interferir en las decisiones reservadas a otro poder. El mero poder de interferencia tiene como consecuencia que una rama del poder estatal no adopte decisiones que son de su competencia exclusiva.

Al igual que en el caso de la obstrucción, para que estemos en presencia de una inhibición no es suficiente que un poder del Estado se auto restrinja a la hora de adoptar decisiones debido a la posibilidad cierta de que otro poder interfiera. Por el contrario, este efecto autorestrictivo es un componente esencial del buen funcionamiento de la división de poderes. Así, por caso, que el parlamento se cuide de dictar normas inconstitucionales debido al poder de interferencia que tiene la Corte Suprema en base al mecanismo de control de constitucionalidad es algo deseable. Lo que adicionalmente debe darse para que exista inhibición es que la autorestricción se produzca por la posibilidad de interferencia ilegítima, esto es con relación a ámbitos de competencia reservados.

---

[24] Como no podría ser de otro modo el carácter paradigmático de este ejemplo depende de brindar una interpretación igualitarista de la Constitución estadounidense. Quienes piensan que los derechos constitucionales deben ser interpretados de acuerdo con un paradigma libertario, verán el actuar de la Corte Suprema como legítimo y no lo considerarán un caso de obstrucción.

[25] Específicamente la Corte Suprema estadounidense estableció que una ley del Estado de Nueva York que limitaba la jornada laboral de los panaderos vulneraba la libertad individual de contratación.

[26] La era *Lochner* concluyó en 1937 con el dictado del fallo *West Coast Hotel Co. vs. Parrish.* En el mismo la Corte Suprema reconoció las facultades del gobierno para adoptar medidas que tuviesen por objeto regular la economía.

[27] *Cfr.* P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «La independencia judicial y los derechos del juez», en A. SAIZ ARNAIZ (dir), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2012, 51.

Uno de los mecanismos más utilizados para producir la inhibición del poder judicial, por ejemplo, es el vinculado con la destitución de sus miembros. La reciente ley de reforma del consejo de la magistratura sancionada por el parlamento argentino puede llegar a convertirse en un ejemplo de mecanismo inhibitorio. La ley ha modificado la configuración del consejo —que es el órgano encargado de acusar a los jueces en caso de mal desempeño frente al Jurado de Enjuiciamiento— volviéndola eminentemente política. Aunque el consejo está constituido por jueces, académicos y legisladores, los únicos legitimados para proponer candidatos son los partidos políticos. Es probable que esto conduzca a que la mayoría de miembros del consejo tengan la misma orientación política que el partido gobernante, tanto en el ejecutivo como en el parlamento.

Dada la afinidad política que es dable esperar que se produzca entre el Ejecutivo y la mayoría parlamentaria con los miembros del Consejo de la Magistratura es también posible conjeturar que esto actuará como un mecanismo inhibitorio de las decisiones judiciales en cierto tipo de causas. En todos aquellos supuestos donde los jueces tengan que decidir en contra de medidas adoptadas por el Ejecutivo o la mayoría parlamentaria pesará sobre ellos la posibilidad de interferencia arbitraria por parte del Consejo lo que puede conducirlos a inhibirse para juzgar la actuación de los otros poderes estatales.

6.1.3. Conducción

En este supuesto un poder a través de acciones deliberadas provoca que otro poder adopte decisiones que se encontraban dentro de su ámbito competencial. Al igual que en el caso de obstrucción existe una acción deliberada —en lugar del mero poder de actuar— pero a diferencia de lo que allí sucede lo que aquí se busca es que el poder en el cual se interviene adopte una decisión con un contenido determinado en lugar de impedir que decida. La conducción se caracteriza por dos elementos: requiere la acción de un poder estatal y tiene por finalidad fijar el contenido de las decisiones que son competencia de otro poder.

Al igual que en el caso de la obstrucción, la mera acción de un poder para provocar que otro actúe no implica que el primero conduzca al segundo. Lo que caracteriza a la conducción es que el poder conductor fija el contenido de una decisión que corresponde adoptar a otro. Si, por el contrario, un poder provoca que otro adopte una decisión sobre un tema que le compete pero sin intentar incidir sobre el contenido de la misma, no estamos en presencia de un caso de conducción. Tal accionar, lejos de ser patológico, constituye un remedio para un peligro que quienes diseñaron el sistema de la división de poderes no alcanzaron a predecir: el de la inactividad indolente de una rama del poder estatal.

En efecto, como hemos visto, una de las justificaciones que tuvieron en mente quienes diseñaron el mecanismo de división de poderes fue la del reaseguro en contra de la tiranía. El peligro en contra del que intentaban protegerse era el de un poder unificado ejercido despóticamente. Para esto delinearon un sistema newtoniano de contrapesos en el que la actividad de un poder constreñía a la actividad de los dos restantes. No obstante, esto presuponía que todos los poderes tenían una tendencia a ejercitar sus

funciones y que al hacerlo corría el riesgo de que se transformasen en tiranos. No se les ocurrió pensar en el problema opuesto, esto es, que los poderes permaneciesen inactivos conduciendo a la ineficacia y al riesgo de tiranía de los poderes privados.

La lógica de la división de poderes ha llevado a que en aquellos sistemas enfermos por la inactividad de uno de los poderes del Estado sean los otros poderes quienes estimulen su actuación. La estimulación de la actividad de un poder por parte de otro, no obstante, no es equivalente a un acto de conducción, ya que lo característico de la estimulación es la provocación de la actividad de otro poder pero sin intentar incidir sobre el contenido de la decisión. Un poder lleva adelante acciones tendentes a que otro poder cumpla con sus funciones, pero sin intentar establecer cómo debe hacerlo. De esta manera, la división de poderes funciona como una herramienta para garantizar la eficacia estatal.

La actuación de la Corte Suprema argentina en el caso *Mendoza* es un ejemplo claro de estimulación de la actividad de un poder por parte de otro sin conducción [28]. Frente a la demanda de un grupo de ciudadanos en contra del Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires [29] para que remediasen la situación de contaminación existente en la cuenca Matanza-Riachuelo, la Corte Suprema argentina ordenó a las partes demandadas que presentasen un plan de saneamiento ambiental que satisficiese ciertos objetivos [30]. Como consecuencia de esta sentencia el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.168 por la que se creó la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo, cuya función fue la de prevenir y remediar el daño ambiental [31]. Lo importante del caso es que la Corte Suprema estimuló al parlamento para que cumpliese con su función, pero dejó en sus manos y en las del ejecutivo elaborar el plan de saneamiento ambiental. Expresamente la sentencia señala que queda a salvo «lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración» en lo que se refiere a la «determinación de los procedimientos para perseguir los resultados y cumplir con los mandatos» y los objetivos fijados.

La República Argentina también sirve para ejemplificar en qué consiste la conducción de un poder por otro. Las acciones llevadas a cabo por el Poder Ejecutivo durante las presidencias de Carlos Menem en la década de los noventa con el objeto de lograr el alineamiento de las decisiones de la Corte Suprema con las políticas presidenciales son un caso claro de conducción del Poder Judicial por parte del Ejecutivo. La más visible de estas acciones —aunque no la única— consistió en alterar el número de miembros de la Corte y designar ministros adictos y aliados a la presidencia. Aquí no se trató

---

[28] CSJN, «Mendoza, Beatriz Silvia y otros C/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios», decisión del 20 de junio de 2006, *Fallos,* 239:2316.

[29] También fueron demandadas cuarenta y cuatro empresas.

[30] La sentencia señala: «El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo». Los objetivos que la sentencia fijaba para el plan de saneamiento eran: «1) la mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) la recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos), y 3) la prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción».

[31] La Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires dictaron con posterioridad sus propias leyes adhiriéndose a la ley federal.

simplemente de provocar que la Corte decidiese, sino de incidir indebidamente en el contenido de sus decisiones [32].

6.1.4. Congraciamiento

En esta patología el poder de interferencia que un poder estatal tiene sobre las decisiones de otro provoca que este último adopte decisiones que considera pueden ser del agrado del primero. Al igual que en los casos de conducción, el resultado es que un poder del Estado incida sobre el contenido de las decisiones que son competencia exclusiva de otro poder. Lo que cambia es el mecanismo por el cual esto se produce. El congraciamiento, a diferencia de la conducción, no requiere que un poder actúe de manera deliberada interfiriendo en el otro, sino que basta que tenga el poder de interferencia y que esto sea conocido. La mera posibilidad de interferencia es lo que determina que un poder intente congraciarse con otro alineando sus decisiones con las preferencias de este último.

Al igual que en el supuesto anterior, que el poder de interferencia que un órgano tiene sobre otro provoque que este otro actúe no basta para que estemos en presencia de un caso de congraciamiento. Para que se dé este último es necesario que la influencia de este poder de interferencia sea decisiva para que un órgano adopte decisiones que son de su exclusiva competencia. Si esto no sucede, entonces estamos en presencia de un caso en que la actuación de un poder es estimulada por la posibilidad de que otro interfiera, pero el contenido de su decisión sigue estando bajo su exclusivo control. Este mecanismo no es patológico sino que constituye una de las herramientas del sistema para evitar la inactividad y la ineficacia del gobierno.

Esto queda claro si modificamos levemente el ejemplo dado en el apartado anterior. Si el Congreso argentino antes de que la Corte Suprema dictase sentencia y previendo la posibilidad de que lo hiciese, hubiese dictado una legislación de saneamiento ambiental, tal supuesto no sería un caso de congratulación que lamentar. Este es el caso, toda vez que el poder de interferencia de la Corte no suplantó el poder de decisión del parlamento sino que, por el contrario, lo estimuló a ponerse en movimiento.

Si se hacen ligeras modificaciones al segundo caso que hemos ofrecido con anterioridad también es posible utilizarlo como un ejemplo de congratulación. Si la Corte Suprema sin que mediase ninguna acción directa del Poder Ejecutivo hubiese comenzado a alinear sus dictámenes con las políticas presidenciales y lo hubiese hecho debido al poder que detentaba el Ejecutivo y el parlamento para alterar su número de miembros, se estaría en presencia de un caso de congratulación. La posibilidad de interferencia de un poder sobre otro ha incidido indebidamente en el contenido de sus decisiones.

El carácter invisible del congraciamiento lo hace especialmente peligroso. Esto porque no sólo puede ser invisible para la ciudadanía sino incluso para quien detenta el poder de interferencia. En un sistema político donde, por ejemplo, el Poder Ejecutivo puede influir en la configuración de la Corte Suprema o de la judicatura en general,

---

[32] *Vid.,* entre otros muchos, H. VERBITSKY, *Hacer la Corte. La construcción de un poder absoluto sin justicia ni control*, Buenos Aires, Planeta, 1993.

la congratulación se dará con total independencia de quien ocupa dicho poder. Aun si quien ocupa el cargo es alguien que se opone a que el Poder Ejecutivo ejerza esta influencia, la mera posibilidad de interferencia determinará que la judicatura intente congraciarse encolumnándose detrás de sus políticas.

6.2. La invasión de un poder estatal por agentes privados

Una característica distintiva de las injerencias de los poderes privados sobre los poderes públicos es que, a diferencia de lo que sucede con las realizadas por un poder público sobre otro, todas ellas son ilegítimas o patológicas. El diseño institucional de la división de poderes no tiene por objetivo permitir la influencia de los poderes privados sobre el gobierno, sino garantizar su eficiencia —en parte garantizando que estos poderes no tomarán el control del poder político— e impedir el surgimiento de un poder público despótico. En consecuencia, cualquier injerencia del poder privado en su funcionamiento debe ser vista como una patología.

La idea que subyace a lo señalado en el párrafo anterior es que pueden distinguirse dos tipos de influencia de los agentes privados sobre los órganos del Estado. El primer tipo de influencia es el que ejercen los ciudadanos a través del voto y de la expresión pública de sus opiniones. Que los ciudadanos sean capaces de desafiar o controlar las decisiones adoptadas por el poder Estatal es una garantía de la legitimidad del sistema político. El segundo tipo de influencia es la ejercida por grupos privados en base al poder económico y el tráfico de influencias. Esta influencia sobre los poderes estatales es arbitraria y debe ser distinguida cuidadosamente de la primera[33].

6.2.1. Entorpecimiento

Este supuesto se configura cuando un agente privado utilizando su poder social, económico, etc., interfiere de manera deliberada con el objeto de impedir que un poder estatal adopte una decisión que cae bajo el ámbito de su competencia. El entorpecimiento es similar a la obstrucción y al igual que esta se caracteriza por dos elementos: la existencia de interferencia efectiva y el objetivo de impedir. Lo que cambia es la calidad del agente que lleva adelante la interferencia.

Un ejemplo de este tipo de situación se produce cuando un agente privado a través del ofrecimiento de incentivos —negativos o positivos— intenta impedir que el Poder Judicial prosiga una investigación en su contra. La causa se paraliza impidiendo que se adopte una decisión absolutoria o condenatoria. Un caso concreto de denuncia de entorpecimiento puede encontrarse también en la República Argentina. Se trata de la

[33] Esta distinción que consideramos básica ha sido puesta en entredicho por la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Citizens United vs. Federal Election Commission.* En esta sentencia del año 2010 la Corte declaró inconstitucional una ley federal que regulaba los aportes económicos a las campañas políticas. El fundamento del resolutorio sostuvo que la Primera Enmienda —que protege la libertad de expresión— confería un derecho a las empresas para aportar sumas ilimitadas de dinero a los candidatos que apoyasen. La influencia ejercida por el dinero se equipara peligrosamente con la ejercida por las opiniones vertidas por los ciudadanos y se concede a ambas la protección de la Primera Enmienda.

denominada «Causa Clarín» en la que se investiga la existencia de lavado de dinero por parte de este grupo empresario. La causa se inició en el año 2008 por una denuncia del vicepresidente del banco JP Morgan, Hernán Arbizu. El mismo Arbizu ha sostenido que la causa se encuentra «paralizada» por las presiones que el grupo económico ha ejercido sobre el juez y el fiscal interviniente [34].

6.2.2. Abstención

En la abstención, a diferencia de lo que sucede en el entorpecimiento, no es necesario que los poderes privados ejecuten actos de interferencia ilegítima sino que basta que tengan el poder de interferir sobre las decisiones que caen bajo el ámbito de competencia de los poderes públicos. Que un agente privado detente el poder necesario para interferir produce que alguno de los poderes del Estado se abstenga de adoptar decisiones que son parte de su competencia funcional.

Un caso de abstención es el supuesto donde el poder legislativo evita adoptar medidas que puedan afectar a aquellos grupos económicos que han financiado —y es dable esperar que continúen haciéndolo— las campañas y los partidos políticos. La abstención no se produce porque medie una amenaza de retirar las contribuciones o un ofrecimiento de hacerlas, sino que es la mera posibilidad de que esto suceda lo que hace que el legislativo se abstenga de adoptar ciertas decisiones. Un agente privado puede provocar la abstención de un poder del Estado, con total independencia de que sea su intención hacerlo. Más aun, puede provocarla incluso si su intención es exactamente la contraria, esto es, si tiene la firme decisión de no interferir. Esto muestra su especial grado de peligrosidad como patología del sistema.

Lo que ha sido dicho con relación al legislativo, también es aplicable al ejecutivo y al judicial. De allí la importancia que tiene diseñar mecanismos institucionales que permitan inmunizar a los tres poderes del Estado de las presiones de los poderes privados. Aun si no hay constancia de que haya existido ningún acto de presión efectiva, si existe la posibilidad de que dicha presión se ejerza, eso basta para que la abstención se produzca. Si existe la posibilidad de que los poderes privados presionen a los poderes públicos, el hecho de que no existan actos de presión efectiva puede ser la prueba más palpable de que la injerencia del poder privado en el funcionamiento de los poderes públicos está teniendo lugar. Como el mecanismo de abstención está funcionando, no es necesario que los agentes privados recurran a acciones efectivas de entorpecimiento.

6.2.3. Colonización

Para que exista colonización de un poder público por agentes privados es necesario que éstos lleven adelante actos de interferencia cuyo objetivo sea provocar que el

---

[34] En declaraciones a TELAM, ARBIZU señaló: «Es pura decisión del juez y del fiscal empujar o no empujar el expediente». Agregó además que «no se les permitió participar en la causa ni a la AFIP y a la UIF (Unidad de Investigaciones Financieras)». Refiriéndose a la actuación del fiscal Guillermo Marijuan, se lamentó de que «no haya tenido ni tenga la misma celeridad» para impulsar esta causa que la que ha mostrado en otras. Señaló: «Es una lástima porque podría haber evitado que 70 millones de dólares se fueran del país a través de la fuga de capitales». *Vid. http://www.telam.com.ar/notas/201305/16727-hernan-arbizu-aseguro-que-la-causa-por-lavado-contra-clarin-no-avanza-por-presiones-al-juez-y-al-fiscal.html* (consultado el 14 de junio de 2013).

poder colonizado adopte decisiones específicas que se encuentran bajo su ámbito de competencia. Al igual que en el caso de entorpecimiento se trata de acciones deliberadas de interferencia —y no del mero poder de llevarlas adelante— pero a diferencia de lo que sucede en el entorpecimiento el objetivo aquí es que el órgano gubernamental adopte una decisión con cierto contenido. Los actos de colonización son actos de interferencia efectiva ejecutados por poderes privados cuya finalidad es determinar el contenido de las decisiones que son competencia de un poder público.

Los mecanismos de colonización son múltiples. Un caso típico es el mecanismo comúnmente conocido como «puerta giratoria». Tal mecanismo consiste en la incorporación de empleados de empresas y grupos de presión como funcionarios y miembros de los poderes públicos y viceversa, la incorporación de ex funcionarios públicos a empresas privadas (generalmente como lobbistas). Si un grupo de presión busca que sus empleados se transformen en funcionarios para que adopten algún tipo de decisión específica que favorece sus intereses, estamos en presencia de un claro caso de colonización. Lo mismo sucede si el grupo de presión hace saber a los funcionarios actuales que si adoptan cierto tipo de decisiones —favorable a sus intereses— tendrán grandes posibilidades de convertirse en colaboradores o empleados del grupo cuando cesen en sus funciones.

En los casos de entorpecimiento y abstención el sistema es patológico porque debido a su inactividad el poder político no puede cumplir adecuadamente sus funciones, entre ellas la de controlar a los poderes privados. No existe el riesgo de que los ciudadanos sufran un poder político despótico, pero en cambio sí existe el peligro de que, debido a la parálisis estatal, caigan presa de un poder privado despótico. En los casos de colonización la situación es todavía más preocupante. Aquí no sólo existe el riesgo de una tiranía privada sino adicionalmente existe el peligro de que los poderes públicos —si son colonizados por los mismos grupos de presión— dejen de controlarse recíprocamente y se transformen en un aparato coercitivo despótico al servicio de intereses privados. Por este motivo, aunque es necesario contar con herramientas institucionales que prevengan el entorpecimiento y la abstención es mucho más importante contar con herramientas que eviten la colonización.

6.2.4. Adaptación

Aquí no existe un acto de interferencia por parte de los actores privados. No obstante, su poder de interferencia sobre las decisiones de un órgano estatal determina que éste adopte aquellas decisiones que considera que no provocarán la interferencia efectiva. Produce la adopción de decisiones que son acordes con los intereses de los grupos de presión, aun si estos no realizan en el caso concreto acto de presión alguno. A semejanza de lo que sucede en la colonización, la consecuencia que se produce es que los poderes privados incidan sobre el contenido de las decisiones públicas pero, a diferencia de lo que allí sucede, el mecanismo por el que se alcanza este resultado no requiere de ningún acto de interferencia.

Un poder público intenta armonizar sus decisiones con el poder privado cuando adopta las decisiones que son de su competencia con el objetivo de evitar la interferencia de la que este último es capaz. Si un juez resuelve un caso de modo favorable a un

grupo económico, porque piensa que si actúa de otro modo será objeto de represalias, estamos en presencia de un caso típico de adaptación. Si hubiese recibido amenazas por parte del grupo económico, el supuesto sería un caso de colonización, pero si lo que lo mueve a actuar es simplemente la posibilidad de sufrir interferencias, entonces de lo que se trata es de adaptación. El mismo mecanismo puede servir para que el poder político —corporizado en el Legislativo y el Ejecutivo— quede sujeto a las injerencias del poder privado.

Si la colonización es una patología peligrosa, la adaptación lo es aún en mayor medida. El riesgo que se corre cuando los mecanismos de adaptación están funcionando es que —al igual que en el caso de la colonización— se desemboque en una tiranía política al servicio de intereses privados. No obstante el peligro es mayor toda vez que en los supuestos de adaptación los mecanismos de influencia pueden ser invisibles no sólo para la ciudadanía sino también para el poder privado a quien el poder político adapta sus decisiones. Los mecanismos de adaptación pueden producir como resultado que exista un poder político domesticado y subordinado a los intereses de los grupos de presión, aun en el supuesto de que estos no hayan realizado ningún acto de interferencia y tengan la firme disposición de no llevarlos a cabo en el futuro. Podría darse el caso de agentes privados poderosos, profundamente respetuosos de los poderes públicos, sin ninguna voluntad para interferir en su funcionamiento, que de no removerse su poder de interferencia provocarían adaptación.

7. CONCLUSIÓN

La división de poderes es un mecanismo tan necesario como frágil. Puede ser corrompido por múltiples patologías de diverso grado de gravedad que no siempre disponen de una solución fácil o efectiva. Las patologías que sólo requieren del poder de interferencia arbitraria de otros agentes en el funcionamiento de los poderes del Estado —Inhibición, Congraciamiento, Abstención y Adaptación— son más peligrosas que aquellas que se producen por la interferencia efectiva. En todos estos supuestos el peligro radica en que la injerencia sea imperceptible para los ciudadanos y hasta para aquellos que la practican. Esta imperceptibilidad dificulta que el problema pueda ser identificado y, consecuentemente, corregido. Algunos indicadores usuales de que el sistema se encuentra funcionando de manera adecuada —por ejemplo, que no existan denuncias de avances indebidos sobre los poderes públicos— pueden simplemente deberse a que estos mecanismos invisibles se encuentran funcionando en la sombra. Puede ser que un poder del Estado o un grupo de presión no necesiten realizar actos de domesticación de otro poder estatal simplemente porque la mera posibilidad de interferencia ha producido tal domesticación.

De modo semejante, las patologías que implican el uso del poder coercitivo del Estado para promover los intereses particulares de los grupos de presión —Colonización y Adaptación— son más peligrosas que aquellas en donde los poderes privados impiden que algún poder del Estado cumpla su función o en aquellas donde un poder público influye indebidamente sobre otro. Un poder político tiránico utilizado para promover los intereses sectarios de un grupo de presión es el peor mal que puede aquejar a una república.

Ambas consideraciones conducen a una conclusión altamente plausible. Aunque todas las patologías de la división de poderes son graves, una de ellas lo es en un sentido mayor. La adaptación es doblemente riesgosa y para evitarla deberían extremarse las medidas institucionales. En primer lugar, es invisible, ya que sólo requiere del poder de interferencia indebida. En segundo lugar, provoca que los poderes públicos se encolumnen detrás de los intereses de los grupos de presión. La gravedad de esta patología se magnifica cuando el afectado es el poder judicial dado su carácter de último garante de los derechos individuales. Una república cuyos jueces malean el derecho para adaptarlo servilmente a los intereses de los poderosos mientras son inflexibles en la aplicación de la ley a los débiles no es más que una patética parodia.

RELIGIONES, DEMOCRACIAS Y VERDADES*

Félix Ovejero

Universidad de Barcelona

RESUMEN. En este trabajo se examinan los problemas de compatibilidad entre democracia y religión. Los problemas son especialmente importantes cuando la idea de religión es exigente, esto es, cuando contempla una idea fuerte de bien y una estrategia de fundamentación particular, y cuando la democracia se entiende como democracia deliberativa, asociada a un ideal de corrección normativa, una idea de democracia que algunos califican como democracia republicana. Los problemas disminuyen cuando la religión se entiende como un club privado, alejada de una idea de bien con pretensiones de validez, o cuando la democracia se entiende en sentido austeramente liberal, como un sistema de selección de élites políticas.

Palabras clave: democracia, religión.

Religions, Democracies, and Truths

ABSTRACT. The paper examines the compatibility problems between democracy and religion. Problems of special importance when a strict idea of religion arises, with a strong sense of good and a strategy of particular foundation, when democracy is understood as deliberative democracy associated to an ideal of standard correction, an idea sometimes called republican democracy. If religion is understood as a private club its problems are diminished, away from an idea of good claiming its validity, or when democracy is strictly meant in a liberal sense, as a selection system of political elites.

Keywords: democracy, religion.

---

* Fecha de recepción: 20 de mayo de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

Una versión preliminar de este texto se discutió en el II Seminario sobre «Verdad y política» en la Universidad del País Vasco, en San Sebastián, en septiembre del 2012. Agradezco los comentarios de los asistentes: B. Altuna, A. Arteta, J. C. Bayón, F. Laporta, A. Ruiz Miguel, J. L. Martí, J. Peña y R. Vargas-Machuca. La investigación para este trabajo se ha beneficiado de una ayuda del Ministerio de Economía y Competitividad al Proyecto de investigación: «La calidad de la democracia: una perspectiva normativa» (SO2008-06525-C02-02).

No hay que engañarse. No todo lo que nos parece bien, o nos gusta, resulta compatible. Nos sucede a diario: queremos disfrutar de la comida y estar delgados; amar y no depender de nadie; tener experiencias nuevas y no sentir frustraciones. Y nos sucede, sobre todo, en los retos colectivos, cuando deseamos protección frente a posibles terroristas y máxima libertad; diversidad cultural y ausencia de conflictos; crecimiento y respeto al medio ambiente. La democracia no es una excepción. Está en el centro de tensiones o dilemas conceptuales bien diversos: entre participación y representación, entre derechos y mayorías; entre constitución y autogobierno; entre agregación de voluntades y consistencia (racionalidad) de las preferencias. Cierto es que, en muchos casos, tanto en el plano individual como en el colectivo, las tensiones, cuando se abordan en detalle, tienen menos aristas de las que parece, pero el reconocimiento de esa circunstancia, no nos impide admitir los problemas.

Entre esas tensiones, la que se da entre el multiculturalismo y la democracia no es la menor. Asoma en aspectos fundamentales del ideal democrático, incluso en sus dimensiones más básicas. Sin entrar en mayores honduras, esa tensión la podemos detectar en diversos planos: *a)* normativos: los derechos que, aun si nacen para evitar los posibles excesos de la regla de la mayoría, se anclarían, según cierta perspectiva multicultural, en una mirada «occidental», en ciertos valores a los que se conceden pretensiones de validez trascendental; *b)* procedimentales: la regla de la mayoría que aparece como un perpetuo peligro para «la diversidad», para las culturas minoritarias temerosas de ver peligrar su «identidad», y *c)* institucionales: el principio de representación sustentado en la fórmula «un ciudadano, un voto» establece una prioridad de los individuo como unidades de valoración —un compromiso con el individualismo ético— sobre las comunidades (culturales) que casaría mal con la tesis de que las culturas son valiosas en tanto que tales.

En las páginas que siguen sostendré que, en buena medida, la gravedad del conflicto depende de la relación con —de la apuesta por, si se quiere— una idea de verdad moral, o de corrección normativa, tanto de la democracia, de sus decisiones, como de la particular comunidad cultural. Más exactamente, no hay posible compatibilidad cuando la democracia apunta —como sostienen los autores comprometidos con la justificación epistémica de la democracia— a una corrección objetiva que, en más de un sentido, se puede entender como verdad moral y la perspectiva cultural aúna una epistemología peculiar y una idea de bien con pretensiones de verdad pública. El conflicto se mitiga si, en una interpretación compatible con cierto liberalismo, la democracia se desprende de cualquier idea de calidad epistémica de las decisiones y la opción cultural opta por convertirse en una suerte de parque temático para sus socios o feligreses, con reglas de juego «privadas», modos de vida, más o menos ritualizados, pero carentes de pretensiones de verdad.

Trataré de mostrarlo a cuenta de la relación entre democracia y religión. La elección de la religión obedece al mismo principio que llevó a MENDEL a interesarse por los guisantes: en la religión encontramos el caso más puro de dificultad de discusión y a la vez de vocación práctica, política. También, puestos a decirlo todo, una literatura consolidada. Aunque el posible conflicto ha sido desmenuzado desde hace tiempo con

notable claridad analítica [1], adquirió una revitalización —y reformulación— con la publicación de la segunda gran obra de J. RAWLS. En mi reflexión tomaré *El liberalismo político* como punto de partida, que es también el punto de partida de HABERMAS, protagonista, a su vez, de un debate con el anterior Papa, en sus días como cardenal RATZINGER, quien, por su parte, llevaba ya tiempo en disputas teológicas vecinas de estos asuntos. Ese debate a tres bandas es el que seguiré y que, creo, dibuja bien las tensiones entre la mejor democracia y la genuina religión. Tensiones, a mi parecer, irresolubles. Pero lo primero, precisar la idea de religión.

1. ¿QUÉ RELIGIÓN?

Acabo de decir que tomaré la religión como campo de pruebas. Pero eso es decir poco. Las religiones están lejos de ser una clase natural. Con frecuencia, la etiqueta «religión» se aplica a simples éticas personales o civiles, incluso a técnicas de terapia psicológica. Incluso una misma tradición religiosa se puede entender de distintas maneras, como se verá cuando me ocupe de los puntos de vista de RATZINGER sobra la pluralidad religiosa. En todo caso, aquí me ocuparé de las religiones monoteístas en las que coinciden, además de ideas acerca del cómo vivir, estrategias específicas de fundamentación doctrinal y una apuesta por la distinción entre verdadero y falso —en contraposición a las de puro o impuro— referida a la doctrina y, consiguientemente, a la de bien. Un autor con el que discuten tanto HABERMAS como RATZINGER, J. ASSMAN, se refiere a esa novedad como «la distinción mosaica» [2]: «Es común a todas las nuevas religiones un concepto de verdad enfático. Todas ellas se basan en una distinción entre religiones verdaderas y falsas y predican sobre esa base una verdad que no es complementaria respecto de otras verdades sino que sitúa a todas las demás verdades tradicionales o rivales en el ámbito de lo falso. Esa verdad es lo auténticamente nuevo, y su carácter novedoso, exclusivo y excluyente, se distingue también por la forma de su comunicación y codificación. Esa verdad, según se entiende a sí misma, ha sido revelada a la humanidad; de ningún modo habrían podido los hombres llegar a hasta esta meta por sus propias fuerzas, mediante la experiencia acumulada por generaciones; y ha sido fijada en un canon de escritos sagrados» [3]. Me importa destacar ese triple aspecto: pretensión de verdad, texto revelado y vocación de universalidad.

---

[1] *Cfr.,* p. ej., R. AUDI y N. WOLTERSTORFF, *Religion in the Public Square*, Boston, Rowman, 1997. AUDI insiste, como se hará aquí, en el carácter epistémicamente problemático de las razones religiosas.

[2] J. ASSMAN, *La distinción mosaica*, Madrid, Akal, 2006. Con «distinción mosaica» ASSMAN se refiere al paso de las religiones primarias a secundarias: sustitución del politeísmo por el monoteísmo; de la primacía de lo cultural ritual por el texto revelado; de un ámbito cultural particular a una vocación universal. «No me parece a mí que la distinción más decisiva sea la distinción entre el dios único y los muchos dioses, sino la distinción entre verdadero y falso en la religión, entre el dios verdadero y los dioses falsos», 9. Para muchos autores este hábito de «empaquetar» bajo la etiqueta de monoteísmo a las «tres» religiones ignora importantes matices: la forma en qué reconocen al Dios único; el acceso a Dios; la idea de la revelación divina; el papel de la figura de Abraham; la forma de referirse al Libro, *cfr.* R. BRAGUE, «Para acabar de una vez con los "tres monoteísmos"», *Communio*, 2007, 29. Pero esos matices, importantes, no afectan a lo que aquí nos interesa.

[3] *Ibid.,* 10. Tanto HABERMAS como RATZINGER han acusado recibo de su análisis. Sobre sus implicaciones, C. J. A. ZAMORA, «El debate teológico-político sobre la "distinción mosaica"», en R. MAYE y J. A. ZAMORA (eds.), *Nuevas Teologías Políticas*, Barcelona, Anthropos, 2006.

Por supuesto una religión incluye más cosas[4]. Hay componentes litúrgicos e institucionales, hay diagnósticos acerca del origen de los males del mundo (pecado original) y su cura (el perdón divino y el renacimiento), hay afirmaciones doctrinales empíricas o con implicaciones empíricas, que atañen a entidades (ángeles, alma), sucesos (diluvio universal, juicio final), fenómenos naturales (milagros, resurrecciones) y procesos (creación del universo, evolución de las especies) o estados (una naturaleza caída de la especie humana). Todo eso puede ser objeto de discusión, más o menos controlada experimentalmente[5]. Buena parte de las polémicas generadas por lo que se ha llamado nuevo ateísmo tiene que ver con ello[6]. En todo caso, para los aspectos que aquí nos interesan, lo importante es la existencia de una basamentación doctrinal de comportamientos morales en tesis religiosas, del tipo «X es moralmente correcta (o incorrecta) si y solo si X es ordenada (prohibida) por Dios»[7]. Hay variantes, complicaciones y recovecos en esa relación sobre los que volveré más abajo[8]. Por ahora basta con retener las piezas imprescindibles: las estrategias de fundamentación epistémicas, los contenidos normativos y el alcance de las prescripciones. En todos esos planos asoma alguna relación con la idea de verdad. Con más detalle, conviven o pueden llegar a convivir:

a) Una verdad personal. El juicio «El modo de vida M es bueno para ordenar mi vida» se considera verdadero. Los sujetos hacen (o se abstienen de) X porque creen que es lo que deben hacer de acuerdo con una visión integrada de su vida acorde con M. Las religiones anteriores a la distinción mosaica se ajustan a esta idea: cada uno con su Dios. También una secta, entendida como un club privado. Incluso el aficionado a

---

[4] K. YANDELL ha hecho un meritorio esfuerzo —aunque es discutible si exitoso— de proporcionar una definición en términos de condiciones necesarias y suficientes: «Una religión es un sistema conceptual que proporciona una interpretación del mundo y del lugar de los seres humanos en él, basada en una explicación de cómo la vida debe ser vivida dada esa interpretación, y que expresa esta interpretación y ese estilo de vida en un conjunto de rituales, instituciones y prácticas», *Philosophy of Religion*, New York, Roudledge, 1999, 16.

[5] Otra cosa distinta es la experiencia religiosa. Pero esta cumple una función epistémica en la fundamentación de la creencia religiosa, *cfr.* K. YANDELL, *The Epistemology of Religious Experience,* New York, Cambridge U. P., 1993. Algo parecido sucede con «el ocultamiento de Dios», otro de los clásicos problemas de debate entre los teólogos analíticos. De hecho, «el ocultamiento», el que Dios no se muestre, se toma por algunos como un argumento en favor de las religiones judeo-cristianas, P. MOSER, «Divine Hiddenness Does Not Justify Atheism», en M. PETERSON y R. VANARRAGON (eds.), *Contemporary Debates in Philosophy of Religion*, Oxford, Blackwell, 2004. De todos modos, resulta bastante poderoso el argumento de sentido común según el cual es razonable esperar que si Dios existe —y aspira a ser conocido— propiciaría situaciones que condujeran a cualquier persona razonable a creer en su existencia. Es el argumento desarrollado por J. L. SCHELLENBERG, *Divine Hiddeness and Human Reason*, Ithaca, Cornell U. P., 1993.

[6] También llamados los cuatro jinetes: S. HARRIS, R. DAWKINS, D. C. DENNETT y Ch. HITCHENS. Justo es precisar que no todos argumentan en los mismos términos ni presentan la misma calidad analítica.

[7] Para las diversas variantes: W. K. FRANKENA, «Is Morality Logically Dependent on Religion?», en G. OUTKA y J. REEDER, Jr. (ed.), *Religion and Morality*, Garden City, N. Y., Anchor, 1973; E. ROMERALES, «Sobre la fundamentación lógica de la moral en la religión», *Contextos,* XIII/25-26, 1995. En buena parte el problema lógico se concentra en «la teoría de las ordenes divinas», esto es, si estás son un fundamento «suficiente» de la moral o de la obligación moral: P. HELM (ed.), *Divine Commands and Morality*, Oxford, Oxford U. P. 1981; P. QUINN, *Divine Commands and Moral Requirements*, Oxford, Oxford U. P., 1978; W. WAINWRIGHT, *Religion and Morality*, Ashgate, Aldershot, 2005, 73-140; M. AUSTIN, «Divine Command Theory», *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2012.

[8] Se puede incurrir en falacia naturalista: que Dios ordene X es un hecho del que no se sigue valoración alguna. Para que la inferencia sea correcta se necesita otra premisa normativa: «debemos hacer lo que Dios ordena» o «lo que Dios ordena es bueno». En el fondo, la cuestión filosófica más seria es que la ética requiere autonomía, que no parece compatible con la obediencia incondicional a otro ser. Volveré más abajo sobre estos asuntos.

la filatelia, el homosexual que solo vive en un mundo homosexual o el que práctica una actividad deportiva con regularidad: ahorra para comprarse unas deportivas, mantiene una dieta, busca a otros para relacionarse con ellos. Vale la pena destacar que este rasgo es compatible no solo con la indiferencia acerca de cómo deben comportarse los demás, sino también con el deseo de que los demás no se comporten como uno. Es lo que sucede con ciertas élites sociales, asentadas en la diferencia [«esta moda (ropa, comida) es buena para mí en la medida que no es buena para los demás»] o en los bienes posicionales («esto es valioso para mí en la medida que no es accesible para todos») [9]. Desde el punto de vista de la verdad moral lo que aquí interesa es que esta «religión» no tiene problemas en aceptar una suerte de —teoría de la— doble verdad (en detalle es más complicado), esto es, que podría decir que «según la moral religiosa el aborto es malo para mí», y a la vez sostener que el aborto no es malo para la moral civil, del mismo modo que uno puede sostener que una dieta de espaguetis es una buena para mí, un maratoniano, y no para un ajedrecista.

b) Una verdad pública. El juicio «el modo de vida M es bueno para todos» se considera verdadero. La idea de bien no solo se refiere a mí vida, sino a cualquier vida [10]. Como recuerda S. LONG, «el Padrenuestro, como la Torah, no es únicamente una oración para individuos privados. Los dos son "proyectos sociales", o una "ética social"» [11]. No solo se trata de opiniones acerca de cómo yo debo vivir, sino de cómo se debe vivir. Es más, si el comportamiento X, acorde con M, es verdadero o valioso para mí es porque es verdadero o valioso sin más. No solo es mi aborto, sino todos los abortos; no solo es que yo no me empareje con otra persona de mi propio sexo, sino que nadie debe hacerlo. La traducción más inmediata, en el plano doctrinal, es un antirrelativismo moral, y, en el plano práctico, una voluntad de proselitismo, que no necesariamente requiere de la conversión (judaísmo) [12], de la incorporación de nuevos «creyentes», pero sí de la extensión de la idea de bien [13]. Distintas tradiciones religiosas y aún distintas variantes de una misma religión discreparán acerca de si se busca la conversión y el proselitismo o solo el cumplimiento de la práctica, moral o social [14]. *a)*

---

[9] P. BOURDIEU, *La distinction: critique sociale du jugement*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1979. Sobre los bienes posicionales, valiosos porque los otros no los tienen (o no pueden llegar a tenerlos a la vez todos: una casa solitaria en la playa, por definición), *cfr.* F. HIRSCH, *The Social Limits to Growth*, London, Routledge & Kegan Paul, 1976.

[10] Para la historia, y las variantes, de esa vocación política, *cfr.* R. BRAGUE, *La Loi de Dieu*, Paris, Gallimard, 2005.

[11] *Christian Ethics*, Oxford, Oxford U. P., 2010, 38.

[12] El judaísmo, en tanto hay un pueblo elegido, podría parecer «local»: se trataría de una religión nacional. Pero hay otro modo de verlo: el universalismo es aplazado a una era final mesiánica: los judíos son depositarios de una verdad que, a pesar de que atañe a todos, es de momento confiada al pueblo elegido. Como dice H. PUTNAM: «El judaísmo tradicional aspira a la universalidad, en tanto forma parte de la creencia en la llegada del Mesías y en la Redención final, en una parte fundamental de la religión judía durante más de dos mil años que, al final de los días, toda la humanidad se convertiría al judaísmo. Y en esta edad mesiánica, todos estudiarían la Torá», «Jewish Ethics?», en W. SCHWEIKER (ed.), *The Blackwell Companion to Religous Ethics*, Oxford, Blackwell, 2005, 160.

[13] Y resulta difícil negar que están ahí los gérmenes de cierto fundamentalismo. En un tono belicoso, y a veces poco matizado, pero sin errar en lo esencial, está vocación política la han contado muy bien, C. FOUREST y F. VENNER, en *Tirs croisés. La laïcité à l'épreuve des intégrismes juif, chrétien et musulman*, Paris, éditions, Calmann-Levy, 2003.

[14] La expansión (en el caso de Cristianismo vertiginosa: unos mil cristianos en el año 40, hasta convertirse en unos 6.300.000 en el año 300, con un porcentaje de la población del 10,5 por 100, y casi en 34.000.000 en el año 350) poco tiene que ver con la calidad de la doctrina (o con el poder como tal), el edicto de Milán de 313

y *b)* conjuntamente son compatibles con muchas prácticas, asociadas a ideas de buena vida (ideologías), pero también con prácticas sociales sin vocación normativa: a mí me parece bien que los demás hablen mi lengua, usen la misma moneda o tecnologías o tarjetas de crédito que yo [15]. En ese sentido, la verdadera *differentia specifica* son los dos requisitos siguientes (sobre cuya solvencia volveré al final).

c) Una estrategia de fundamentación peculiar: una divinidad inspiradora de unos textos sagrados que operan como criterios últimos de verdad. En ese contexto, es admisible el anatema de Pío IX: «Al que diga: que "Todo hombre es libre de abrazar y profesar la religión que considere verdadera según las luces de su razón"» [16]. Sencillamente, la verdad doctrinal es independiente de su evaluación racional. Eso no impide un uso «instrumental» de la razón, por ejemplo, para aclarar el sentido genuino de las palabras y, en ese sentido, para precisar los fundamentos doctrinales. De hecho, los Concilios ecuménicos —en especial a partir del concilio de Nicea— cumplían esa función en aspectos centrales de la doctrina: la Trinidad, la encarnación, la expiación, la existencia del infierno, el Juicio Final. La deliberación era el procedimiento mediante el cual se resolvían las disputas, una vez aceptada, sin discusión, una doctrina cuya coherencia y base empírica se intentaba salvar. Aunque no faltan refinados trabajos que intentan dotar de buen sentido epistemológico a las creencias religiosas [17], a mi parecer todas ellas comparten una peculiaridad: la justificación requiere dos operaciones simultáneas, asegurar la estrategia epistémica y, a la vez, el objeto de la creencia (Dios) [18]. En la ciencia —y hasta en el conocimiento común— se discute «el método» o la justificación última de unos resultados que, como tales, nadie cuestiona (que tienen su control independiente, empírico o lógico). Quizá no sea ajena a esta singularidad —debilidad, diría yo— el que exista un reclamo de protección especial —frente a burlas, por ejemplo— que no se produce en otros tipos de creencias.

---

por parte de Constantino que hace del cristianismo la religión oficial del Imperio. Tiene más que ver con redes sociales de expansión, estrategias reproductivas (abortos, infanticidios), papel de las mujeres, etc. En todo caso, serán los subproductos de la doctrina, *cfr.* R. STARK, *La expansión del cristianismo*, Madrid, Trotta, 2009. D. DENNETT hace uso de la «teoría» de los *memes* para explicar la expansión religiosa: ha de tenerse en cuenta que el *meme* trabaja para él, no para los individuos que lo extienden. No es que los grupos con ideas religiosas sobrevivan y se reproduzcan mejor, sino que las ideas religiosas que mejor cohesionan los grupos se expanden más *Breaking the Spell: Religion as a Natural Phenomenon*, London, Viking, 2006.

[15] Por la misma razón que yo tengo interés en que todos tengan teléfono (que el primer tipo con teléfono era poco racional), K. BLIND, *The economics of standards*, New York, Edward Elgar Publishing, 2004. Es lo que se llama economías (o efectos) de red (o, en otra variante, dependencia de la senda).

[16] «Encíclica *Quanta Cura, Syllabus*» (1864), recogido en H. PEÑA-RUIZ y C. TEJEDOR (eds.), *Antología laica*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, 105.

[17] En buena medida realizado por lo que se ha dado en llamar «epistemología reformada» (W. ALSTON, N. WOLTERSTORFF y M. REAL), entre cuyas obras quizá la más reconocida es la de A. PLANTINGA, *Warranted Christian Belief*, New York, Oxford U. P., 2000. Volveré más abajo sobre sus puntos de vista. Una notable antología que incluye algunos de los textos clásicos (hasta los noventa) es el de E. ROMERALES (ed.), *Creencia y racionalidad*, Barcelona, Anthropos, 1992. Sin formar parte del mismo grupo, pero sí en las estrategias analíticas, *cfr.* R. G. SWINBURNE, *La existencia de Dios*, Salamanca, Editorial San Esteban, 2011.

[18] P. ej., ALSTON cuando en su tratamiento/justificación de la experiencia religiosa, importante en su epistemología, comienza por reconocer que está lejos de ser intersubjetiva (W. ALSTON, *Perceiving God: The Epistemology of Religiou Experience*, Ithaca, N. Y.: Cornell U. P., 1991). En el caso de PLANTINGA, como se verá, apela a un tipo de talento o capacidad (*sensus divinitatis*) que, desde luego, está lejos de formar parte de la dotación estándar de la especie humana. Todo esto tiene poco que ver con las creencias empíricas, indisputadas, y su justificación. En buena medida, radica aquí el meollo de los problemas que se verán. El requisito deliberativo de accesibilidad: presentar argumentos justificados de acuerdo con criterios de evaluación estándar.

d) Una verdad moral sostenida en la verdad doctrinal. La doctrina sirve para justificar tesis morales, unas prácticas y unas ideas de bien. Por eso Pío X podía aducir que «es conforme al orden establecido por Dios que haya en la sociedad humana príncipes y súbditos, patronos y proletarios, ricos y pobres, sabios e ignorantes, nobles y plebeyos» [19]. Incluso «El sermón de la montaña», un texto tan conmovedor y tan cercano a nuestras intuiciones morales» no deja de ser una exposición de principios o apreciaciones morales, bellísimas pero sin un argumento. No hay propiamente una discusión moral, normativa; si acaso filológica, de ver qué es «realmente lo que Dios quiso decir». Por sí misma, la voluntad de Dios es la causa, razón o fundamento de los valores. Las creencias religiosas (la verdades reveladas por Dios) constituyen el punto de partida para asegurar (la verdad de) las tesis morales. Esa misma calidad «de autoridad divina» se traduce en el uso de estrategias pragmáticas no argumentativas en la fundamentación moral: asertos veredictivos («te perdono tus culpas»), comisivos («prometo»), ejercitivos («maldigo»); metáforas o analogías; vaguedad de los términos y ausencia de interpretaciones literales o inequívocas [20]. En rigor, al «inferir» las normas de las ordenes divinas, la reflexión moral, como tal, desaparece, subsumida en una argumentación teológica. No es que tasemos al Cristianismo a partir de la ética, sino a la ética a partir del Cristianismo [21].

2. RAWLS: LA TRADUCCIÓN DE LA RELIGIÓN

El punto de partida —y a mi parecer también el de llegada— del problema está bien expuesto en el *Liberalismo político*. Es, seguramente, el meollo de la segunda gran obra de RAWLS: la democracia, en su mejor versión, cuando apunta al entendimiento entre los ciudadanos acerca de los aspectos básicos de cómo vivir juntos, reclama una posibilidad de acuerdo político que se ve en serias dificultades cuando se enfrentan concepciones del mundo diferentes, concepciones comprensivas, esto es, «acerca de lo que es valioso para la vida humana, ideales de carácter de la persona, así como ideales de amistad y de relaciones familiares y asociativas, y muchas otras cosas que informan acerca de nuestra conducta y, en el límite, sobre la globalidad de nuestra vida» [22]. No está de más advertir que, entre esas «muchas otras cosas», y esto a veces se olvida, se incluye la gestión de los procesos económicos y la distribución de la riqueza [23].

---

[19] «Encíclica *Quanta Cura*», H. PEÑA-RUIZ y C. TEJEDOR (eds.), *op. cit.,* 105.

[20] De ahí que resulten excepcionales los que apuestan por la interpretación literal, como R. G. SWINBURNE en *The Coherence of Theism* (Oxford, Clarendon, 1971) y en *Revelation: From Metaphor to Analogy* (Oxford, Oxford U. P., 2007). No se ha de entender esto como una defensa de la teología narrativa, que aparte de su apelación a los «hechos», abandona toda pretensión de fundamentación, teológica en sentido estricto, para quedarse en el relato de «aconteceres» con una intención moralizadora, *cfr.* la crítica de F. ARAN MURPHY, *God is Not a Story*, Oxford, Oxford U. P., 2011.

[21] D. STEPHEN LONG, *Christian Ethics*, Oxford, Oxford U. P., 2010, 11-12.

[22] *Political Liberalism*, New York, Columbia U. P., 1993, 13.

[23] *Cfr.* W. BLOCK, G. BRENNAN y K. ELZINGA, *Morality of the Market: Religious and Economic Perspectives*, Vancouver, Fraser Inst, 1982. En este género se incluyen destacadamente géneros como las «economías islámicas» (o «cristianas») que, a partir de los principios identificables en el Corán y la Sunna (los hechos y dichos del profeta) (o de la Biblia), hace propuestas sobre el sistema financiero, los impuestos, o la distribución de la renta. En el caso islámico es un género muy cultivado, *cfr.* S. N. HAIDER NAQI, *Ethics and Economics: An Islamic Synthesis* (Islamic Foundation, Leicester, 1981), con particular atención a los mecanismos financieros, para algunos, mejor preparados antes las crisis que la economía occidental, *cfr.* C. NAPOLEONI, *La economía*

No estoy seguro de que el problema del entendimiento que preocupa a RAWLS aparezca con todas las concepciones comprensivas, pero, sin duda, es el caso de la religión. Para lo que aquí interesa hay tres aspectos diferentes que conviene deslindar:

a) El plano deliberativo, de la argumentación. En la versión más idealizada de la democracia, los participantes apelarían a los criterios normales con los que se dilucidan las discusiones normativas, unos formales, otros propiamente normativos: justicia, imparcialidad, igualdad, bienestar, libertad. Esos principios, de un modo u otro, están incorporados normalmente en las bases normativas de las diversas propuestas políticas o, por lo menos, son objeto de discusión y crítica, cuando se apela a —o se anteponen— otros principios. Por eso mismo, no es descartable la criba de propuestas políticas basadas en distintas concepciones del mundo. En el caso de la religión, las cosas cambian. Tarde o temprano, los principios normativos de la vida buena («X debe hacerse») se acaban por basar en principios ético-teológicos («x es ordenado por Dios») [24]. En ese sentido, sus estrategias de fundamentación normativa no se corresponden con los usos normales de las teorías políticas o éticas. Para un ciudadano religioso operarían como «argumentos» cosas como «debemos ayudar a los pobres porque todos somos hijos de Dios». El problema aparece, claro, porque ese proceder no resulta de recibo en el reglamento (deliberativo) de la (buena) política y es a eso, a la política, a lo que quieren jugar las religiones: la realización del creyente como creyente requiere que sus ideas cuajen en el mundo. Sus ideas sobre el aborto o los homosexuales no solo valen para él, sino que valen para todos. La vocación política no se acompasa con la aceptación de la buena democracia. Desde la perspectiva de ciudadano religioso eso supone que no se acepta su identidad política cuando se le pide que dé por buenas las decisiones de los demás [25].

b) El plano motivacional, el compromiso para participar en las decisiones y para asumirlas una vez adoptadas. Mis acciones están regidas por aquello que me parece bien. Por lo mismo, yo no me puedo comprometer normativamente con aquello que juzgo un sinsentido, que no considero verdadero o valioso. No importa que sea resultado de una decisión mayoritaria después de una impecable deliberación. Es cierto que si mi idea de «vida buena» carece de implicaciones políticas, la ausencia de continuidad entre mis ideas de bien y las colectivas no supone un problema. Sencillamente, «yo paso» de la política y sus decisiones, mientras no busquen, directamente, complicarme la vida, me traen sin cuidado. Hay muchos modelos de vida a los que uno se puede en-

---

canalla, Barcelona, Paidos, 2008; R. MATEER (ed.), *Christian Perspectives on Economics*, Lynchburg, Contemporary Economics and Business Association, 1985. Para una visión más actualizada y centrada no en el plano institucional, sino teórico (microeconomía, teoría de juegos), A. BRITTON y P. SEDGWICK, *Economic Theory and Christian Belief: A Cognitive Semantic Perspective*, Oxford, Petern Land, 2003. Sin afán de buscar «prescripciones», sobre los principios económicos presentes (la «teoría económica») en los textos sagrados del judaísmo (biblia, Talmud), son de interés los textos incluidos en las dos primeras partes de A. LEVINE (ed.), *The Oxford Handbook of Judaism and Economics*, Oxford, Oxford U. P., 2010.

[24] «Ético-teológicos» por lo ya dicho, porque si son únicamente teológicos hay falacia naturalista: del hecho «X es ordenado por Dios» no se sigue ningún «debe hacerse X» o «X es bueno» (a no ser, claro, que «bueno» signifique «Ordenado por Dios»; pero, en tal caso, es difícil seguir hablando de fundamentación).

[25] A contracorriente, en lo que presenta como una objeción frontal a las tesis de RAWLS y HABERMAS, se ha sostenido que los ciudadanos religiosos pueden imponer sus «razones» o, de otra manera, que las justificaciones no tienen que buscar razones para todos: bastaría con la aspiración a la justificación pública; no sería necesaria la consecución, *cfr.* Ch. EBERLE, *Religious Conviction in Liberal Politics*, Cambridge, Cambridge U. P., 2002.

tregar (deportes, etc.), sin mayores conflictos: a mi me gusta jugar a futbol, no que todo el mundo juegue a futbol. Salvo que se prohíba el fútbol, no tengo problemas con las decisiones. Pero la cosa es diferente cuando «no paso», como sucede con el ciudadano religioso cuyas ideas atañen a verdades morales (otra cosa distinta es que si mi comunidad política comparte mis valores religiosos, es muy probable que surja algo que cumple las funciones de —y hasta se parece a— la virtud cívica y se active la vida pública. Por eso, para algunos, la religión es un buen cemento social para la democracia, para el compromiso, porque aumenta la confianza y la cohesión entre los ciudadanos [26]. Los ciudadanos que van a la iglesia, tramarán lazos de confianza, realizarán actividades juntos, lo que puede tener saludables consecuencias políticas [27]. Pero, en realidad, ese compromiso no es con la democracia: es un subproducto de la comunidad religiosa, una externalidad de la religión [28]. Su vínculo con la democracia es circunstancial: no es con las instituciones o las leyes y durará mientras dure la cohesión religiosa. La prueba es que tenderá a desaparecer cuando más necesario sea el vínculo democrático, cuando aparecen otras concepciones del bien. Es la importante diferencia con la virtud cívica, con el buen comportamiento por las buenas razones [29].

c) Hay, además, otro aspecto —psicológico, si se quiere— que relaciona una cosa con otra: cuanto más intensamente experimento mi compromiso vital, cuanto más estoy «integrado» en mi vida (b), más naturalizada me parece y menos razones doy de ella, menos me pregunto por su justificación (a). Por la misma razón que no fundamento la visión —si acaso la explico— no doy razones de aquello que me resulta «evidente». Mejor dicho, no me siento en condiciones de dar razones, porque para mí es palabra última. Estoy instalado en mi identidad y no puedo escapar a ella, preguntarme por ella; si acaso, me pregunto desde ella. Entiéndase: ésta es una tesis psicológica, empírica, que describe bien la experiencia de tantos ciudadanos, no es una tesis con fundamento epistémico o normativo. Como muestran las revoluciones, no es imposible escapar al propio horizonte cultural o de experiencias [30]. Toda emancipación presume, en algún grado, la posibilidad de distanciarse intelectualmente de una biografía que, hasta ese momento, se vive como «natural». Pero ese reconocimiento conceptual no corrige la verdad empírica descrita y que confirma las dificultades para la deliberación, para la imparcialidad, de quien participa intensamente de una experiencia religiosa.

Estas dificultades complican la participación democrática de los ciudadanos religiosos. La «solución» para RAWLS consiste en que, en la política, en el debate democrático, las concepciones comprensivas muden su condición. Los ciudadanos deberían

---

[26] P. WEITHMAN, *Religion and the Obligation of the Citizenship*, Cambridge, Cambridge U. P., 2002.

[27] En cierto modo sería un proceso inverso a lo que, según algunos, se ha dado con la extensión del cristianismo o de ciertas religiones: las gentes acaban comulgando juntos porque realizan prácticas juntas, no por creencias (la expansión del cristianismo). *cfr.* R. STARK, *La expansión del cristianismo*, *op. cit.*

[28] Es la misma argumentación que lleva a algunos a defender el nacionalismo; entre las menos malas, D. MILLER, *On Nationality*, Oxford, Oxford U. P., 1995.

[29] Las dos dimensiones citadas dibujan un espacio de (4) posibilidades: *a)* racionalidad sin motivación: se puede aceptar que X esta bien (o mal) sin que comprometa la vida (comportamiento de muchos ante el sufrimiento animal); *b)* motivación sin racionalidad: (pasión, nacionalismo); *c)* racionalidad y motivación: hacer lo correcto por las razones correctas, esto es virtud, y *d)* no racionalidad ni motivación: el comportamiento de tantos con la religión. Por supuesto, estas dimensiones, de cerca, son más complejas.

[30] De hecho podemos escapar hasta de nuestras ataduras neurosensoriales, a nuestra identidad biológica: sé que existen longitudes de onda que no percibo, de las que no tengo experiencias. La ciencia me permite escapar —lenguaje mediante— a mis constricciones perceptuales.

dejar en su casa las concepciones religiosas, esas que rigen su vida, y apelar a razones impersonales, a unas exigencias de racionalidad, de universalidad y de laicidad, que los otros pudieran dar como buenas. Deberían «traducir» sus demandas a argumentos aceptables por todos. Yo puedo estar en contra de la pena de muerte porque «la vida es sagrada» o «se la debemos a Dios», pero, si he de defender «mi opinión» en el parlamento deberé apelar a razones laicas (su ineficacia disuasoria, atenta contra la dignidad humana, etc.).

Pero, claro, si tenemos en cuenta lo expuesto, la «solución» de RAWLS no es una solución. La exigencia de traducción de las demandas en «razones para todos», en rigor, es una traición. Y es que esa traducción es un imposible: para el ciudadano religioso lo importante —lo que tiene que traducir— no es «X es bueno (o malo)» sino «X es bueno (o malo) porque Dios lo quiere así». A un vegetariano por razones religiosas (por ejemplo, un jainita) no lo «traducimos» si le pedimos que apele a razones dietéticas. Si como resultado de la investigación empírica se mostrara que comer carne es saludable, sus opiniones seguirían intactas. Si admite la posibilidad de la traducción es que su justificación religiosa es redundante —y en ese sentido prescindible— respecto a la justificación normativa. En tal caso, la religión se convierte en una suerte de simple recreación ociosa de la ética, al modo como sucedería con un poema, que puede expresar o ejemplificar valoraciones, pero no fundamentarlos. Algo inconcebible para el ciudadano religioso, para quien la idea de redundancia en la argumentación no tiene sentido: él está en otra cosa, no quiere dar razones «morales».

RAWLS parece exigir que se abandone lo que hemos visto como característica más genuina de la religión, de sus procedimientos de verdad [31]. En el mejor de los casos, la religión se enfrentaría a un dilema: mantener su apelación doctrinal y abandonar sus pretensiones universalizadoras, su vocación política; o abandonar su fundamentación doctrinal y, convertida en una ideología más, participar en la arena pública. Pero eso es mucho pedir: se está pidiendo a la religión deje de ser religión.

Los problemas descritos lo son, y es importante subrayarlo, para la mejor idea desde el punto de vista normativo, para una idea muy exigente de democracia, deliberativa (a) y participativa (b); republicana, si se quiere. Veremos, al final, que con otra idea de democracia los problemas se mitigan.

3. HABERMAS: LA ENTREGA DE LA RAZÓN

HABERMAS recoge el hilo donde lo deja RAWLS. Y no es extraño. Ambos están interesados en lo mismo, en la defensa de una democracia deliberativa y, en diverso grado, participativa (o, al menos, oxigenada por la virtud ciudadana, por cierto grado de compromiso). En el caso del filósofo alemán, además, hay una apuesta más explícita por la conexión entre deliberación democrática y verdad [32]. A su parecer, la buena

[31] Hay un problema nada irrelevante aquí y es que no está nada claro que significa «traducir» a «razones para todos». Lo que se tiene que traducir, para un religioso no es tanto «X es malo» sino «X es malo porque Dios lo quiere».

[32] Frente a las cautelas de RAWLS, para quien «la política en una sociedad democrática nunca puede dejarse llevar por lo que consideramos la verdad global», *op. cit.,* 243.

democracia tiene que ver con la verdad: «El Estado constitucional democrático, que descansa sobre una forma deliberativa de la política, representa una forma de gobierno epistémicamente exigente y, en cierto modo, sensible a la verdad. Una democracia de la post-verdad [...] ya no sería una democracia» [33]. En breve, la democracia requiere filtrar racionalmente, en debate público, las propuestas hasta recalar en la mejor, en la verdadera.

El problema, nos dirá HABERMAS, es el apuntado: si somos muy estrictos con los ciudadanos, y les exigimos, con RAWLS, que expresen sus demandas en un relato que apele a razones aceptables para todos, corremos el peligro de pedir un imposible. Los ciudadanos religiosos tienen una visión integrada de su vida, su «concepción de la justicia, fundamentada religiosamente, les dice lo que es políticamente correcto o incorrecto, de tal suerte que son incapaces para "percibir alguna atracción de parte de cualesquiera razones seculares"» [34]. Pedirles que «traduzcan» sus propuestas a un «lenguaje neutro» equivale a exigirles que abandonen precisamente lo que para ellos es verdadero.

Según HABERMAS, debemos aflojar las exigencias con los ciudadanos religiosos. Y no solo por simple resignación, por razones negativas, porque restamos apoyos a la democracia. También por razones positivas, que atañen a los planos antes sistematizados. Primero, las vocaciones cívicas asociadas a la religión, en tanto «no se debe excluir que la religión tenga potenciales semánticos valiosos que desarrollen una energía capaz de inspirar a toda la sociedad, una vez que sus contenidos de verdad sean liberados de su original encapsulación dogmática y se hagan profanos» [35]. A esas razones motivacionales añade otras epistémicas. Y es que HABERMAS cree que cabe la posibilidad de «liberar la sustancia cognitiva presente en la religión» [36]. Como se ve, aunque el lenguaje resulta un tanto vaporoso («contenidos de verdad», «potenciales semánticos valiosos», «sustancia cognitiva»), la conclusión parece clara: la religión no es un problema para la democracia, una patología con la tenemos que negociar, que resignarnos, sino una fuente de la que se nutre.

Mientras RAWLS opta por expulsar a la religión del ámbito público, de la democracia, HABERMAS quiere ampliar la democracia para inyectarle religión, aunque para ello tenga que hacer encaje de bolillos, por no decir, que recalar en un ejercicio de *wishful thinking,* que a eso se parecen sus peticiones de racionalidad a los ciudadanos religiosos cuando, a la vez, les exime de cuestionar sus dogmas. Así, les solicita que «pongan

---

[33] Entre *Naturalismo y Religión*, Barcelona, Paidos, 2006, 152.

[34] *Ibid.,* 135. El entrecomillado dentro del entrecomillado es un paso del libro antes citado de WEITHMAN (*Religion and the Obligation of the Citizenship*) que HABERMAS cita y hace suyo.

[35] *Ibid.,* 150-151.

[36] HABERMAS se ha encontrado con el problema de la motivación en su defensa del patriotismo constitucional: «Al contrario de lo que sugiere un malentendido ampliamente extendido, el "patriotismo constitucional" implica que los ciudadanos hagan suyos los principios de la constitución no solo en su contenido abstracto, sino de manera concreta en el contexto histórico de sus respectivas historias nacionales. Si el contenido moral de los derechos fundamentales debe convertirse en profundas convicciones, no basta con el mero proceso cognitivo. Posiciones morales y coincidencias a nivel mundial en la indignación ante violaciones masivas de derechos humanos solo bastarían para fomentar una tenue integración de los ciudadanos de una sociedad mundial constituida políticamente (si es que algún día llegara a existir). Entre ciudadanos, solo puede surgir una solidaridad, como siempre, abstracta y mediada jurídicamente, si los principios de justicia encuentran acomodo en el entramado, más denso, de orientaciones axiológicas de carácter cultural», *ibid.,* 112.

autorreflexivamente en relación sus concesiones religiosas con las doctrinas de la salvación que compiten entre sí, de modo que esa relación no haga peligrar su propia pretensión exclusiva a la verdad» [37]. O, también, que «conciban desde un punto de vista religioso, la relación de los contenidos dogmáticos de la fe con el saber secular acerca del mundo de tal modo que los progresos autónomos en el conocimiento no puedan venir a contradecir los enunciados relevantes para las doctrinas de la salvación» [38].

Al final, uno se pregunta si HABERMAS no está pidiendo a la religión que prescinda de aquello que le es más propio. Cuesta entender cómo no puede peligrar «la pretensión exclusiva la verdad» y «el contenido dogmático», sobre todo cuando, a la vez, les pide que «incorporen de una manera razonable el individualismo igualitario del derecho racional y de la moral universalista en el contexto de sus propias naturalezas comprensivas» [39], esto es, un compromiso con supuestos normativos fundamentales de la deliberación democrática, de las razones atendibles para todos. Después de haberle visto recordar los problemas de los religiosos con la traducción a razones para todos, no es fácil entender de donde procede la confianza habermasiana. En estos pasos, en el mejor de los casos, no se está tan lejos de RAWLS y su traducción de las demandas religiosas a un lenguaje neutro. En el peor, está pidiendo un imposible.

En realidad, tampoco parece confiar en que los ciudadanos religiosos lleguen muy lejos en la deliberación, en el uso de la razón pública. Así al menos entiendo yo su defensa de que «el Estado liberal debe eximir a los ciudadanos religiosos de la excesiva exigencia de efectuar en la propia esfera público política una estricta separación entre las razones seculares y las religiosas, siempre y cuando los ciudadanos los perciban como una agresión a su identidad personal» [40], es decir, siempre, en virtud de la idea que HABERMAS tiene de la religión, lo que —razonablemente— le impedía confiar en la «solución» rawlsiana. El ciudadano religioso puede pedir una suerte de comodín que le proteja de justificar su compromiso con ciertos dogmas: «gracias a su referencia, defendida dado el caso de manera racional, a la autoridad dogmática de un núcleo inviolable de verdades reveladas infalibles, las convicciones existenciales enraizadas éticamente se sustraen a esa clase de debate discursivo sin reservas al que se exponen otras orientaciones éticas de la vida y otras visiones del mundo» [41]. En corto: las convicciones de los ciudadanos religiosos reclaman una protección especial. Pueden invocar «la identidad» para blindar su doctrina frente a las exigencias de racionalidad. Un «privilegio» del que no gozan las convicciones de los demás ciudadanos.

En principio, la protección —el blindaje— es perfectamente compatible con una religión que se entiende como «una verdad para uno mismo», en el sentido más arriba indicado, que se limita a «la esfera privada». Yo no tengo porque dar a nadie razones de mi querencia por el Barça y nadie me puede pedir explicaciones. Pero la cosa se complica si, con HABERMAS, se sostiene que la religión es una fuente vitamínica para la democracia, si aspira a proporcionar verdades para todos. Si ha de ser fuente de propuestas políticas, parece razonable que esté a tiro de las mismas críticas que los

[37] *Ibid.,* 145.
[38] *Ibid.,* 145.
[39] *Ibid.,* 145.
[40] *Ibid.,* 137.
[41] *Ibid.,* 137.

demás, de las exigencias de racionalidad, sobre todo, si los ciudadanos religiosos están en condiciones de manejar la moneda de las razones aceptables para todos, algo que HABERMAS parece dar por supuesto, cuando les pide un compromiso con el Estado de derecho.

Así las cosas, es normal preguntarse que queda del proyecto habermasiano. Si hay una parte atendible, susceptible de ser traducida a razones para todos, en tanto participa de «contenidos de verdad» [42], a qué viene el temor de su desconexión con la sociedad secular, por qué habría de estar en peligro —y reclamar una protección especial para evitar discutir las «verdades reveladas infalibles»— «su identidad», «sus modos de vida» y, si le pedimos razones, podríamos privarnos de «importantes reservas de creación de sentido» [43]. Sobre todo cuando se piensa —como HABERMAS— que el ciudadano religioso es capaz de hacer uso de razones aceptables para todos. Si el ciudadanos religioso «debe haber aceptado la constitución del Estado secular por buenas razones» qué problema hay para pedirle, con RAWLS, que traduzca a razones públicas las demandas basadas en la religión, ¿por qué no sostener el diálogo exclusivamente en el terreno común de las razones de todos y cercenar al relato religioso de sus dimensiones dogmáticas o doctrinales? Especialmente, cuando se admite que no hay problemas para la traducción, como lo muestra el hecho, destacado por HABERMAS, de que «la filosofía ha adquirido en reiteradas ocasiones (en su trato con las tradiciones religiosas) la experiencia de que ella recibe estímulos innovadores cuando logra liberar a la sustancia cognitiva, en el crisol de los discursos justificativos, de su original encapsulación dogmática» [44]. Si es posible extraer —traducir— la parte racional y es a esa a la que hay que referirse par dialogar, estamos en los terrenos de RAWLS, en donde no hay que blindar a la religión, porque la religión no aparece. Si es posible drenar el dogma, entonces la religión es prescindible.

4. ¿QUÉ RELIGIÓN QUEDA?

Los anteriores problemas aparecen cuando nos enfrentamos a una religión en el sentido antes especificado. Si eliminamos alguno de los requisitos, los problemas se alivian o simplemente desaparecen. La duda es si, en tal caso, seguimos estando frente

[42] «Las tradiciones religiosas están provistas de una fuerza especial para articular intuiciones morales, sobre todo en atención a las formas sensibles de la convivencia humana. Este potencial convierte al habla religiosa, cuando se trata de cuestiones políticas pertinentes, en un serio candidato para posibles contenidos de verdad, que pueden ser traducidos entonces desde el vocabulario de una comunidad religiosa determinada a un lenguaje universalmente accesible», *ibid.,* 139.

[43] «La admisión en la esfera público-política de las manifestaciones religiosas que no han sido traducidas no solo se justifica normativamente porque la estipulación rawlsiana no puede ser exigida razonablemente a aquellos creyentes que no pueden renunciar al uso político de razones presuntamente privadas o apolíticas sin poner en peligro su forma religiosa de vida. También hay razones funcionales que desautorizan una reducción precipitada de la complejidad polifónica. Pues el Estado liberal tiene interés en que se permita el libre acceso de las voces religiosas tanto en la esfera público-política como en la participación política de las organizaciones religiosas. El Estado no puede desalentar a los creyentes y a las comunidades religiosas para que se abstengan de manifestarse como tales también de una manera política, pues no puede saber si, en caso contrario, la sociedad secular no se estaría desconectando y privando de importantes reservas para la creación de sentido», *ibid.,* 138.

[44] *Ibid.,* 150.

a una religión, si hemos capturado, para decirlo con los escolásticos, su diferencia específica. Podríamos, por ejemplo, quedarnos con la verdad privada (a) y el dogma (c). La religión se limitaría a un «asunto privado», desprovisto de vocación de verdad pública y, por definición, desaparecería el problema político. Podría regir la vida de los ciudadanos, con liturgias, jerarquías y conductas, al modo como sucede con los aficionados a la Harley Davidson o a la serie Star Trek. O tal vez, como los miembros de una banda urbana, con sus particulares códigos morales. En este caso, mientras no tenga desmedidas externalidades, la «religión» deja de ser un problema para la democracia.

Otra posibilidad es aligerar el dogma, la fundamentación «especial» y contentarse con las verdades morales, las privadas (a) y las públicas (b), como sucede con ciertas interpretaciones kantianas (*La religión dentro de los límites de la razón*) que vacían a la religión de sus modos de fundamentación singulares (c), trascendentes. La religión quedaría reducida a un código moral, a un vago humanismo indistinguible de una moralidad de sentido común y desprovista de apelaciones metafísicas. Así se podría entender, por ejemplo, el budismo theravada[45]. La religión, como tal, desaparece, convertida en una simple «versión» de una teoría moral o una ideología, sin que el dogma importe nada[46]. Estamos, si se quiere, en la «religión» traducida a razones para todos, la de RAWLS. Si acaso, habría un mismo sistema moral compatible con —derivable de— dos conjuntos de axiomas independientes: uno religioso, para uso privado y otro público, para los ciudadanos comunes[47]. Simplemente, el ciudadano religioso, en la plaza pública, cambiaría de registro, como el que cambia de moneda cuando acude a otro país, sin que se modifique su riqueza. Extensionalmente, el conjunto de prescripciones se conserva. De todos modos, resulta difícil pensar que los religiosos pudieran aceptar que lo que realmente les importa es redundante respecto a una moralidad basada en el sentido común. En el fondo, ni siquiera es concebible, por lo que ya se dijo: ellos no están comprometidos con una moral concreta, sino con una fundamentación doctrinal. Sea como sea, también por este camino se vacía a la religión de lo que es propio: un modo particular de fundamentar, no una moral, como tal. Diré algo más sobre esto.

Una tercera posibilidad, quizá un tanto extravagante, consistiría en descargar de moralidad a la doctrina y contentarse con las tres primeras exigencias[48]. Habría dogma, pero sin implicaciones morales. Reconozco que me ha resultado difícil imaginar algún ejemplo de una idea de bien que valga para mí y para todos, sostenida dogmá-

---

[45] Incluso se puede entender como una concepción política. Es el intento muy articulado del economista S. K. KOLM, *Le bonheur-liberté: bouddhisme profond et modernité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1982.

[46] Su correlato es la tesis teológica (frente al «problema de Abraham») de uno de los cuernos del problema de Eutifrón: cuando se dice que Dios no podría en ningún caso sostener nada contrario a la moral —porque si lo hiciera no será Dios— es que reconocemos la existencia de una moral —y de una teoría moral— que puede prescindir de Dios. Y hasta lo mide, hasta desproveerlo de su condición, cuando nos pide cosas incompatibles con la moral. La «traducción» de RAWLS se situaría en el mismo terreno.

[47] Quizá se podría entender en ese sentido a una larga tradición de «teólogos» como AVERROES o MAIMÓNIDES (especialmente en la *Guía de perplejos*, Madrid, Editorial Nacional, 1983), para los que la verdad doctrinal coincidía con la verdad de la razón: la primera era la que podía digerir las masas analfabetas; la segunda, los de sabios, hasta —en esto ya hay discrepancias interpretativas— podía prescindir de Dios.

[48] En realidad, como he dicho, la «moral de la religión», si se quiere tal, esto es, sostener en el dogma, a pulso, sin premisas morales implícitas, será este caso: lo que normalmente llamamos moral sería un modo inexacto de aproximarnos a una doctrina que dicta un código. Después de todo, «Dios no nos debe explicaciones».

ticamente, pero sin que el dogma fundamente juicios normativos. Quizá una monarquía, reducida a ornamento, pudiera aproximarse. Quizá algún tecnócrata que idolatre «el crecimiento» o la «eficiencia» puede creer —injustificadamente— que ese sería su caso. La tesis de la sociedad postindustrial como sociedad sin ideología, también [49].

En fin, no se trata de explorar todas las posibilidades, sino tan solo de destacar que todas las posibles «soluciones» al problema de compatibilidad con la democracia parecen requerir que abandonemos alguna característica que normalmente asociamos a la idea de religión. Quién lo sabe mejor que nadie es nuestro tercer invitado, RATZINGER. Su debate con HABERMAS resulta bastante iluminador. Sobre todo por sus silencios.

5. RATZINGER: EL DOGMA DONDE NO LLEGA LA RAZÓN

En el famoso debate el filósofo apuesta por un inquietante eclecticismo, por una suerte de tercera vía entre racionalidad y religión. Esa búsqueda de equilibrios y complementariedades se observa cuando sitúa en un mismo plano «las imágenes naturalistas del mundo, que provienen de un trabajo especulativo de informaciones y que son relevantes para la propia comprensión ética de los ciudadanos» y las religiosas con las «que compiten» [50]. Esa equiparación solo tiene sentido si se asume que existe ese terreno de competencia entre lo que tradicionalmente se ha llamado metafísica —en el mejor de los sentidos de la palabra— y la religión [51]. Seguramente, esa misma convicción está detrás de la suposición de que la religión también tiene un «potencial de verdad» o de la equiparación entre los «fallos» —o límites— de la razón y los «fallos» de la religión, esa parte dogmática, no susceptible de presentar razones para todos.

Que la equiparación está fuera de lugar se muestra en el hecho mismo de que todo lo que sabemos acerca de «los límites» o excesos optimistas de la razón es un resultado del ejercicio de la razón. Estamos instalados en la razón y es mediante ella como descubrimos sus errores o excesos. Del mismo modo que no podemos mirar la realidad «por detrás de la realidad», no podemos cribar la razón desde un punto de vista trascendental, más allá de la razón y la doctrina. Por supuesto que muchas de «las imágenes naturalistas del mundo» no son otra cosa que un torpe cientificismo, que escamotea sus supuestos normativos (discutibles), o interpretaciones precipitadas y sesgadas —cuando no simples especulaciones gratuitas a partir— de resultados empíricos equívocos y, en muchas ocasiones, nada concluyentes. Las críticas abundan, muchas de ellas bien informadas científicamente, y van en aumento. Pero esa discusión no pisa un territorio distinto de la clásica polémica filosófica, una liga muy distinta de aquella en la que compiten las religiones, en la que se toma una doctrina revelada como

---

[49] D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society*, New York, Harper Colophon Books, 1974. O la democracia del «fin de la historia» de F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992.

[50] «¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático?», en J. RATZINGER y J. HABERMAS, *Dialéctica de la secularización*, Salamanca, Ediciones Encuentro, 2006, 46.

[51] La desconfianza habermasiana por «las imágenes naturalistas del mundo» —y su contraposición con la religión— es una constante (*cfr.* el arranque de *Entre naturalismo y religión*, *op. cit.,* 9 y ss.).

punto de partida, y en la que se da por supuesto, desde el minuto uno, que el dogma llega donde la razón no alcanza[52].

La exigencia habermasiana de una protección especial para la religión, a esas «verdades reveladas infalibles», confirma la imposibilidad de la equiparación. A nadie se le ocurriría pedir una protección pareja para «las imágenes naturalistas del mundo». La crítica a este género no abandona el uso de la razón y, *de facto*, apela a la mejor ciencia. Nada distinto, por lo demás, de que ha permitido avanzar a la investigación, corrigendo resultados anteriores, rechazando conjeturas infundadas. Razón en ejercicio y nada más. En ese sentido se podría considerar mucho más consistente a uno de los teólogos contemporáneos más articulados, teísta (cristiano), PLANTINGA, dispuesto a enfrentar al naturalismo y al teísmo —y concluir, en una auténtica filigrana intelectual, que si el naturalismo es correcto, entonces es débil o indeterminada la probabilidad de que existan buenas razones para creer en la teoría de la evolución; mientras que si el teísmo es verdadero, esa misma probabilidad es elevada—[53].

Cuando HABERMAS desciende por esa pendiente, no es difícil que se encuentre con la complacencia de RATZINGER, quien se confiesa «en gran parte de acuerdo con lo que ha expuesto HABERMAS [...] sobre la disposición a aprender y sobre la autolimitación por ambas partes». Al cabo, cualquier cosa que esté más allá de la razón, que muestre sus límites, a su parecer, es un negociado de su departamento. El vacío de la razón lo llena el dogma. No lo digo yo, que es el mismo quien allí afirma que: «A la razón se le debe exigir a su vez que reconozca sus límites y que aprenda a escuchar a las grandes tradiciones religiosas de la humanidad»[54].

Pero, no nos engañemos, la anuencia del anterior Papa es, antes que otra cosa, un movimiento táctico, componer el gesto para la fotografía. RATZINGER tiene una idea de religión poco compatible con equilibrios, concesiones o pasteleos. Y es que cabe poco lugar para la equidistancia cuando se descalifica —entre religiones— a quienes apuestan por «poner en el mismo plano la propia posición o la propia fe y las convicciones de los otros, de manera que todo se reduce a un intercambio entre posiciones fundamentalmente paritarias y por tanto relativas entre ellas, con el objetivo superior de alcanzar el máximo de colaboración y de integración entre las diversas concepciones religiosas»[55]. Es importante destacar que ese punto de vista, sin concesiones, se refiere a la relación entre religiones. La posición de RATZINGER no es equiparable a la de quien se mantiene en su punto de vista porque, a su parecer, está avalado por las mejores razones: una consideración trivial, pues de otro modo, si tuviera mejores razones para tener otro punto de vista, cambiaría. Ese no es el terreno de RATZINGER: no

[52] En ese sentido es iluminadora la perspectiva de A. ROSENBERG en su defensa del ateísmo, un ejemplo de «imagen naturalista»: *The Atheist's Guide to Reality,* New York, Norton, 2012. Su libro no nos habla de Dios ni pierde un instante «mostrando que las historias de la religión son falsas» (a las que reconoce su ventaja psicológica, en tanto funcionan como relatos). Se limita a contraponer una imagen (respuesta) naturalista a los problemas de la religión. Y uno puede discrepar de las interpretaciones, pero lo cierto es que sus respuestas están perfiladas y son susceptibles de ser corregidas. Ahí no cabe comparación posible.

[53] En su formulación más actualizada, *Where the conflict really lies?*, Oxford, Oxford U. P., 2011.

[54] J. RATZINGER, «Lo que cohesiona el mundo. Las bases morales y prepolíticas del Estado», en J. RATZINGER y J. HABERMAS, *op. cit.,* 67.

[55] Contexto y significado de la Declaración «*Dominus Iesus*», Intervención de RATZINGER, durante la presentación de la Declaración «Dominus Iesus», *http://www.ciberiglesia.net/discipulos/02/02documentosdominus_iesus.htm* (citaré más adelante esta intervención desde esta misma procedencia).

apela a las mejores razones, sino a la mejor doctrina. Y ahí no cree en la posibilidad de encuentros, ni con otras religiones ni, tampoco, con la deliberación. Su apuesta es por la religión, por la religión como la que caracterizamos más arriba, la que tiene serios problemas de compatibilidad con la democracia. Hace ya bastante tiempo que insiste en ello.

6. EL DEBATE DEL PLURALISMO RELIGIOSO

Porque RATZINGER no desembarca en estos asuntos en su famoso debate con HABERMAS. Lleva en él —o en otros parecidos— desde hace mucho tiempo. Y es que buena parte de su quehacer intelectual ha consistido en abordar las posibilidades de entendimiento entre las distintas religiones, que es lo mismo que decir, entre distintas concepciones comprensivas del mundo. Se podría decir que estaba en los mismos asuntos que RAWLS y HABERMAS. Incluso desde el mismo plano analítico: su disputa no era, en rigor, un debate entre religiones, sino acerca de la posibilidad del debate entre religiones. Por eso mismo vale la pena recordar esa disputa (meta) teológica. Resulta muy iluminadora para lo que ahora nos interesa.

Las discrepancias tienen que ver con distintos puntos de vista acerca de la verdad y, por implicación, de la salvación. Según los pluralistas, para decirlo toscamente, las religiones son distintas formas de aproximarse a una misma verdad (inasible) y, por ende, la salvación está abierta a cualquiera. Su defensa más vertebrada, en términos kantianos, la de HICK, sostiene que existe una realidad infinita, impenetrable para la razón humana, que se experimenta de distinto modo según cada religión. Las religiones vendrían a ser distintos modos de responder a esa realidad última. La verdad religiosa «noumenica» se expresaría en diferentes credos o comportamientos morales que pueden incluso participar de tesis contrapuestas. El núcleo teológico «verdadero» está más allá de lo que podemos llegar a entender o reconocer. Deshilachada su conexión con el mundo en el que nosotros nos desenvolvemos, no habría manera de reconocer un hilván único o inequívoco que nos permita acceder a él. Dicho de otro modo y para lo que importa: no hay una interpretación doctrinal correcta ni por tanto nada parecido a una verdad compartida. Cada cual tiene la suya, tan buena como la de los demás. Dado que el núcleo es inaccesible, no hay ninguna interpretación superior a las demás en virtud de su accesibilidad al núcleo. Aunque pudiera existir una verdad para todos (b), ante la imposibilidad de asegurarnos una verdad doctrinal (c), nos tenemos que contentar con una verdad de cada cual (a) compatible con muchas «verdades morales» (d).

El polo opuesto del pluralismo religioso anda muy disputado. Las posiciones estrictamente exclusivistas, según las cuales, fuera de la propia doctrina no cabe la salvación, pocas veces aparecen como tales. En sus presentaciones católicas clásicas, el acento recaía en la Iglesia, depositaria de la verdad y la salvación. El conocido lema de Cipriano de Cartago, *extra eccesiam nulla salus* (fuera de la Iglesia no hay salvación), resume con eficacia ese punto de vista: únicamente la Iglesia católica habría sido instituida por Dios, mediante su hijo, Jesucristo, el exclusivo mediador entre Dios y la Humanidad. La Iglesia sería, por tanto, la depositaria de la verdad, la revelación y la salvación. Los que no se acogen a su doctrina y amparo están en el error y solo se salvan, si acaso, porque en su tránsito vital no tuvieron la oportunidad de asomarse a la verdad. La versión

protestante del exclusivismo se presenta en formas menos institucionales («la sola Fe, la sola Gracia, la sola Escritura»), pero, en esencia, viene a sostener algo muy parecido: fuera de la verdad de la doctrina, no hay salvación [56].

Pero, como digo, esas formulaciones, tan explícitas, no son muy comunes y, en el presente, casi todas las propuestas se presentan como variantes de lo que se ha dado en llamar inclusivismo. Según éste, hay un conjunto de tesis que son absolutamente indisputables y en la medida que las (otras) religiones se aproximan a ellas, aumentan su contenido de verdad y se convierten en medios para la salvación. Habría, por tanto, un mínimo contenido indispensable, irrenunciable, que, obviamente, se corresponde con la propia religión. Quienes no participan de ese contenido están en el error y, por ello, condenados. Por ejemplo, RAHNER y D'COSTA sostienen que hay dos axiomas (cristianos) indiscutibles: el amor universal de Dios por la humanidad y la necesidad de la gracia de Cristo para la salvación [57]. Las distintas religiones oficiarían como medios para la salvación en la medida que compartieran tales axiomas. Según se cargue de contenido el núcleo de axiomas indisputables, resulta más (o menos) exigente la versión de inclusivismo, o, dicho de otro modo, habrá un mayor o menor número de religiones que participarán de la verdad absoluta. En buena medida, esa perspectiva, relativamente tolerante, inspiró al Concilio Vaticano II, en documento como el «Lumen Gentium» que, en su capítulo II, contemplaba la posibilidad de salvación para musulmanes y paganos [58].

En todo caso, no es ese el punto de vista de RATZINGER, autor del citado documento *Dominus Iesus*, de elocuente subtítulo «Sobre la unicidad de la Iglesia católica como religión verdadera». Esa declaración, ratificada en su día por Juan Pablo II, aunque contempla que los textos sagrados de otras religiones «contienen elementos gracias a los cuales multitud de personas a través de los siglos han podido y todavía hoy pueden alimentar y conservar su relación religiosa con Dios», apela al Concilio de Trento para recordar que «la tradición de la Iglesia reserva la calificación de textos inspirados a los libros canónicos del Antiguo y Nuevo Testamento, en cuanto inspirados por el Espíritu Santo». En la presentación RATZINGER deja bien clara su oposición a «la idea de que todas las religiones son para sus seguidores vías igualmente válidas de salvación». Por eso mismo, se entiende que muestre su descuerdo con la tesis de que, para la salvación, basta con el «sentido personal de la religión». En nuestra descripción: RATZINGER descalifica la idea de reducir la religión a una «verdad para mí», a (a). A su parecer, resulta absolutamente insostenible la tesis de «la completa inaferrabilidad e inefabilidad de la verdad divina; la actitud relativista con relación a la verdad, en virtud de lo cual aquello que es verdad para algunos no lo sería para otros». Si (a), la verdad para uno, tiene sentido y hay lugar la salvación, es porque esa verdad coincide con (b), con la verdad

[56] Por ejemplo, S. ZWEMER, H. KRAEMER o L. NEWBIGIN. Seguramente es en el judaísmo donde el exclusivismo alcance son formulación superlativa: hay un dios superior, sino un pueblo elegido por un Dios no solo superior sino único, que crea a todos pero solo salva a algunos. Para un panorama, *cfr.* D. BASINGER, «Religious Diversity», en la *Standford Encyclopedia of Philosophy* (2010).

[57] G. D'COSTA, *Theology and Religious Pluralism*, New York, Basil Blackwell, 1986.

[58] *Lumen Gentium*, 16, «el designio de salvación abarca también a los que reconocen al Creador, entre los cuales están en primer lugar los musulmanes, que, confesando adherirse a la fe de Abraham, adoran como nosotros a un Dios único, misericordioso, que juzgará a los hombres en el día postrero», *http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19641121_lumen-gentium_sp.html*.

sin más, con una verdad para todos, cuyo fundamento es doctrinal (c): «una verdad universal, vinculante y válida en la historia misma, que se cumple en la figura de Jesucristo y es transmitida por la fe de la Iglesia». Y ahí, en el núcleo doctrinal, hay poco que esperar de la razón. RATZINGER muestra su explícito desacuerdo con «el subjetivismo exasperado de quien considera la razón como única fuente de conocimiento». Desde luego, no es el camino de la razón el que nos llevaría a concluir, como él, que la Iglesia, el dogma y los sacramentos tienen «el valor de una necesidad absoluta». La deliberación no es una estrategia epistémica para descubrir la verdad, sino un simple modo de acceder en un dogma cuya verdad es independiente de nuestros análisis, un proceder pedagógico para llegar a una verdad que encuentra su fundamento en la revelación. Al otro, al disputante, la conclusión le viene predeterminada. De ahí su crítica «al diálogo, o mejor (a) la ideología del diálogo (que) sustituye a la misión y a la urgencia del llamado a la conversión».

En resumen, tenemos aquí la idea de religión —en su relación con la verdad— que hemos dibujado más arriba: hay una verdad (moral) objetiva, que precisamente por eso puede ser valiosa para mí salvación, una verdad que otorga (real) sentido a mi vida, y que se sostiene en una verdad doctrinal con una estrategia particular de fundamentación. Esa verdad doctrinal es la que hay que difundir: «La pretensión de unicidad e universalidad salvífica del Cristianismo proviene esencialmente del misterio de Jesucristo que continúa su presencia en la Iglesia, su Cuerpo y su Esposa. Por ello la Iglesia se siente comprometida, constitutivamente, en la evangelización de los pueblos». Con esa perspectiva no hay que extrañarse que desconfíe de las apelaciones a la tolerancia en las que no ve sino una suerte de ardid para criticar «la pretensión del carácter absoluto y definitivo de la revelación de Jesucristo mantenida por la fe cristiana».

Dominus Iesus, en realidad, no era más que la versión destilada y vulgarizada de opiniones que RATZINGER había venido sosteniendo en textos más elaborados y en los que la tensión entre religión y democracia se hace más explícita. En sus reflexiones sobre la encíclica *Fides et ratio* comienza por citar pasajes bíblicos clásicamente invocados por el exclusivismo religioso «"Yo soy el Camino, la Verdad y la Vida": nadie accede al Padre, sino por Mí», en estas palabras de Cristo según el Evangelio de Juan (14, 6) está expresada la pretensión fundamental de la fe cristiana. De esta pretensión brota el impulso misionero de la fe: solo si la fe cristiana es verdad, afecta a todos los hombres; si es solo una variante cultural de las experiencias religiosas del hombre, cifradas en símbolos y nunca descifradas, entonces tiene que permanecer en su cultura y dejar a las otras en la suya. Pero esto significa lo siguiente: «La cuestión de la verdad es la cuestión esencial de la fe cristiana»[59].

Esa verdad, cimentada doctrinalmente, es el fundamento de una idea de bien que tiene una explícita vocación política: «La última palabra que el Señor resucitado dirige a sus discípulos es una palabra de misión: con ella los envía a los últimos confines de la tierra: "Poneos, pues, en camino; haced discípulos a todos los pueblos y bautizadlos... enseñándoles a poner por obra todo lo que os he mandado" (Mt 28, 19s; *cfr.* Hch, 1, 8). El cristianismo se presentó en el mundo con la conciencia de un encargo universal»[60].

---

[59] Recogido en J. RATZINGER, *Fe, verdad y tolerancia,* Salamanca, Sígueme, 2006, 160.
[60] «Fe, religión y cultural» (1992), en J. RATZINGER, *ibid.,* 51.

Una verdad con vocación política, que vale para todos, pero, y ahí viene lo interesante, que no quiere jugar a las reglas de la democracia, que, en realidad, precede y valora a la democracia, como se ve en su defensa de Juan Pablo II cuando este calificó «como carentes de validez auténticamente jurídica las leyes que permiten el aborto y la eutanasia». La verdad que le interesa —que, insisto, es una verdad para todos— es completamente independiente de la voluntad de todos, de las decisiones democráticas. De ahí su crítica a la presunción de «que no puede haber ninguna otra instancia por encima de las decisiones de una mayoría. La mayoría coyuntural se convierte en un absoluto [...]. Si el hombre queda fuera de la verdad, entonces ya solo puede dominar sobre él lo coyuntural, lo arbitrario» [61].

Esto es, hay una verdad, una idea de bien con vocación política, que tasa no solo a las otras religiones, sino a las decisiones de una comunidad política. Y esa verdad encuentra su fundamento en un cuerpo doctrinal inspirado por Dios y materializado en unos textos sagrados (inspirados por Dios). Quizá tuviera HABERMAS razón en su afirmación de que en la religión había «gérmenes de verdad», pero, desde luego, que no espere que RATZINGER le allane el camino para que los pueda descubrir mediante el diálogo. Hay que comprar el lote completo, que incluye el dogma doctrinal.

7. LA COHERENCIA ANTIPLURALISTA

Este RATZINGER es el que debate con HABERMAS sobre las relaciones entre democracia y religión. Sus juicios nos pueden resultar antipáticos, pero, desde luego, resultan más coherentes que el eclecticismo intelectual del filósofo. Hay que tomarse en serio lo que dice RATZINGER, quien, a qué negarlo, no es un tuercebotas. Pero es que está vez, además, conduce cuesta abajo y con viento favorable. Y es que sus tesis se ajustan a la naturaleza del empeño. La prueba es que no camina solo. Como dice y defiende otro teólogo analítico, VAN INVAWGEN, para una religión como el cristianismo la defensa del pluralismo es inevitablemente retórica [62]. Un punto de vista que comparte con PLANTINGA, quien hace una explícita defensa del exclusivismo religioso en clave analítica. No entraré ahora en el contenido de su defensa, pero sí me interesa destacar el sentido último de su empeño, en realidad, de buena parte de su obra: una vez se asume que hay un Dios, garantía última de una doctrina —materializada en unos textos sagrados— que sirve de base a una idea del bien, la apuesta por la doctrina y por su condición fundamentadora (de las normas) es inevitable [63].

Los dos planos de la discusión, que se corresponden con los dos últimos requisitos de nuestra caracterización de la religión, los dos más importantes, los aborda

---

[61] *Ibid.,* 166.

[62] «Non Est Hick», en T. SENOR (ed.), *The Rationality of Belief and the Plurality of Faith*, Ithaca, N. Y., Cornel U. P., 1995.

[63] Cimentado en dos tesis que juzga verdaderas: *a)* el mundo fue creado por Dios, un ser personal (esto es, que tiene creencias, objetivos, planes e intenciones) omnipotente, omnisciente e infinitamente bueno, y *b)* los seres humanos requieren salvación y Dios ha proporcionado una única vía de salvación a través de encarnación, vida, sacrificio y resurrección de su hijo divino. En el parecer de PLANTINGA estas tesis son verdaderas y todas las inconsistentes con estas son falsas, «Pluralism: A Defense of Religious exclusivism», en T. SENOR (ed.), *The Rationality of Belief...*, *op. cit.* También en «Ad Hick», *Faith and Philosophy*, 1997, 14.

PLANTINGA [64]: la creencia en Dios, piedra de bóveda de edificio, y la relación de fundamentación entre la doctrina (religiosa) y las ideas morales o políticas. Vale la pena examinarlos con algún detenimiento, porque ahí radica la particularidad más genuina de la religión. En los dos casos, se percibe la coherencia del proyecto. No está de más precisar que en esos planos de discusión, aunque las argumentaciones son minuciosas hasta el tedio, los teólogos no aspiran a «probar» o «demostrar» nada a nadie. Si la religión dependiera de una demostración o de una simple argumentación, dejaría de ser religión. Más bien, se busca «aclarar» en qué consiste el fundamento de las creencias, en un empeño comparable a «aclarar» la idea de color a un ciego o la experiencia amorosa a alguien que jamás ha experimentado el amor, o, en todo caso, mostrar que no es irrazonable la creencia religiosa.

PLANTINGA ha abordado con detalle «la creencia en Dios». La idea de Dios, como tal [65], no la ve problemática [66], y concentra sus energías en la idea de creencia fundamentada, tarea que aborda a partir de una minuciosa crítica epistemológica a la tesis de que solo son racionales las creencias apoyadas en evidencias [67]. A su parecer, la creencia de Dios estaría tan garantizada como pueda estarlo mi creencia en la existencia de una mente en la persona con la que me relaciono, la creencia que, por ejemplo, me lleva a atribuirle el deseo «me gustaría que me pases el salero» cuando me señala el salero o a el propósito de «voy a cambiar la trayectoria» cuando enciende el intermitente del coche. En esos casos yo te atribuyo esos estados mentales (un deseo, una intención) y, no se olvide, tú también estas suponiendo que yo tengo una mente y por eso, para que yo sepa que quieres el salero o que tienes la intención de girar, actúas como lo haces. El soporte «yo pienso que tú piensas que yo pienso que...» es un cimiento de las relaciones humanas, de la confianza (y también de la mentira, porque cuando me engañas tu quieres que yo piense que tú piensas A cuando piensas B). Son creencias que operan como atribuciones, sin «evidencias» y en las que, por así decir, estamos instalados. Forman parte de nuestros «talentos naturales», salvo que tengamos una insuficiencia de algún orden (como sucede, seguramente, con los autistas, incapaces de presumir que las acciones de los demás responden a sus intenciones, sus creencias y sus deseos).

Del mismo modo, para decirlo con CALVINO, «existe en la mente del hombre a modo de instinto natural una conciencia de la divinidad», de un *Sensus divinita-*

---

[64] En particular el primero.

[65] Es lo que intenta la teología natural, en contraposición a la teología revelada: hablar de Dios y prescindir de la religión. «La práctica de la filosófica de la reflexión sobre la naturaleza y la existencia de Dios con independencia de la real o aparente rerlevación divina y de las Escrituras», Ch. TALIAFERRO, «Te Projet of Natural Theology», en W. GRAIG y J. P. MORELAND (eds.), *The Blackwell Companion to Natural Theology*, Oxford, Blackwell, 2009, 1.

[66] Ha discutido las objeciones que apelan a la omnipotencia, a la incoherencia de la idea de omnipotencia, a la imposibilidad ontológica y a la verificación, *God and Others Minds: A Study in the Racional Justification of Belief in God*, Ithaca (N. Y.), Cornell U. P., 1967.

[67] Sobre la epistemologia de la creencia religiosa, W. ALSTON, R. AUDI, T. PENELHUM, R. POPKIN y M. HESTER, *Faith, Reason, and Skepticism,* Filadelfia, Temple U. P, 1992. Una presentación sistemática de los argumentos, J. BISHOP, *Believing by Faith*, Oxford, Oxford U. P. 2007. Como se dijo, en buena medida, la literatura se superpone con la tesis de la experiencia religiosa como fundamento de la creencia, en lo que la obra ALSTON (*op. cit.*) es pionera en la tradición analítica (la famosa obra de W. JAMES, *Las variedades de la experiencia religiosa*, tenía otra intención). Una valoración de su obra, actualizada, es la tesis doctoral de F. J. CARBALLO, *Experiencia religiosa y pluralismo: epistemología de la experiencia religiosa con especial atención a las tesis de William P. Alston*, Universidad Complutense de Madrid, 2006.

tis [68]. En términos de las modernas ciencias cognitivas, diríamos que estamos dotados de un módulo epistémico o facultad cognitiva cuya función es hacernos conocer directamente la existencia de Dios. Todos tendríamos esa facultad y, en ese sentido, los que carecen del *sensus divinitatis* serían comparables a los ciegos, los autistas o los amnésicos. Es una facultad como lo son la memoria, la de inducir, la de amar o la visión. En determinadas circunstancias o experiencias (lectura de la Biblia; percepción de la belleza de la naturaleza; sentimiento de culpa), *el sensus divinitatis* produce creencias sobre Dios del mismo modo que, en otras circunstancias (cuando alguien señala hacia un lugar), otra facultad nos lleva a pensar que quiere que reparemos en alguna cosa. Esa facultad —como las otras, por lo demás— ha sido diseñada por Dios (para producir las creencias correctas) [69].

El argumento de PLANTINGA puede sonar un tanto extravagante: entre la circularidad (Dios está al comienzo y al final: «dotándonos» de un talento cuya presencia se utiliza precisamente para fundamentar la creencia en Dios) y cosas más inquietantes: la capacidad, a pesar de ser «básica», no es universal, no la tenemos todos y, por tanto, quienes no disponemos de *sensus divinitatis,* tenemos serias dificultades para entender de qué se habla (vendíamos a ser como los ciegos, que no están en condiciones de terciar sobre pintura). En todo caso, por un lado o por otro, parece que, para que hacer inteligible la exposición, se necesita algo parecido a una presunción —a una petición de principio— de Dios (o del talento religioso). Por más que PLANTINGA ha ido cambiando a lo largo de tiempo sus tesis o, al menos, los acentos [70], al final, siempre, para su propósito de asegurar la doctrina, ha optado por una (singular) estrategia epistémica en la que, al final, Dios es, de un modo u otro, un especial garante, imprescindible. Desde luego, un proceder que resulta complicado entender como «argumentos aceptables por todos».

La relación entre religión y moral es la otra pieza analítica imprescindible. La verdad teológica serviría de fundamento a una verdad moral que no tendría otra garantía independiente —esto es, moral— distinta de la religiosa. La crítica a la democracia que hemos visto defender a RATZINGER arrancaba de aquí: hay unos valores previos a cualquier juicio humano que encontrarían su soporte en la doctrina cristiana. La raíz última de esa crítica tiene el mismo origen que la crítica al pluralismo: al sostener éste que la verdad religiosa es inalcanzable, nouménica, nos dejaría a solas en el único mundo accesible a nosotros, las incertidumbres morales, la autonomía, cada uno sin otro pie que la provisionalidad revisable de sus juicios. El exclusivismo, por contra, no deja espacio a la fundamentación moral: la reducción —si queremos hablar en el léxico de la teoría de la ciencia— de la moral a la religión, explícita o vergonzante, es absoluta. No hay una razón moral para hacer lo que debemos hacer distinta de la voluntad divina.

---

[68] CALVINO, *Institución de la religión cristiana,* libro 1, cap. III, *http://www.iglesiareformada.com/Calvino_Institucion_1_3.html*. PLANTINGA, en su fundamentación, cita ese paso, *Warranted...*, *op. cit.,* 170.

[69] Y por aquí se acaba en otro avispero, ya mencionado: su crítica del darwinismo, en una famosa polémica pública, ya publicada con uno de los nuevos ateos: D. DENNETT y A. PLANTINGA, *Science and Religion: Are They Compatible?,* Oxford, Oxford, U. P., 2010.

[70] Sobre la evolución de PLANTINGA: *cfr.* F. CONESA, «La epistemología reformada», *Revista de Filosofía*, 1998, XI, 20; J. BEILBY, *Epistemology As Theology: An Evaluation of Alvin Plantinga's Religious Epistemology*, Ashgate, Burlington, 2005. También la introducción de D. P. BAKER (ed.), *Alvin Plantinga,* Cambridge, Cambridge U. P., 2007.

Una apuesta fuerte que excluye muchas cosas. Excluye, en primer lugar, esa vaga religiosidad que viene a sostener que, en el fondo, el núcleo de la religión es la moral, que la religión no es más que un modo de dotar de articulación simbólica y ritual a un conjunto de obvias prescripciones morales que encuentran su sostén en algunos profetas ejemplares —para decirlo con WEBER— como Jesús de Nazaret. También excluye la superposición entre nuestras valoraciones y las divinas, que las verdades morales humanas coincidan con las prescripciones religiosas: si así fuera, la fundamentación religiosa resultaría redundante y, por ende, se abriría el terreno para una traducción rawlsiana, para prescindir de la religión y sostener lo mismo —sin variación en el contenido— en la argumentación pública. Se excluye, no menos, el progreso moral, que contempla revisar nuestras intuiciones y juicios, esos que hacen que hoy nos parezca una barbaridad lo que en otro tiempo no pareció «normal» como, por ejemplo, discutir los derechos de las mujeres o penalizar la homosexualidad. Desde la perspectiva exclusivista, las verdades morales sostenidas en las verdades doctrinales vendrían dadas de una vez por todas, sin otro tribunal que las escrituras [71]. Si acaso cabría corregir la aplicación de los principios a la luz de nuevos conocimientos empíricos [72]. Por eso mismo, no habría ningún problema para que las verdades morales sostenidas en la doctrina, precisamente por su condición de anclaje firme, violentaran nuestras concepciones morales comunes, esas intuiciones que, revisitadas o confirmadas, están en el centro del progreso moral. El Dios de la Biblia que prescribe cientos de órdenes que nos parecen verdaderos desatinos morales, crueles o arbitrarios y que, ante las dudas, se pone tremendo, en realidad, nos está recordando que no hay otra razón moral que su voluntad. No nos debe nada, ni siquiera una explicación [73]. La descalificación de los derechos humanos por parte de Pío IX arrancaba de ahí. Los mandatos de Dios son la única fuente de moralidad. No hay otra legislación realmente justificada que su voluntad [74].

El reto de la fundamentación doctrinal (religiosa) de la moral equivale a optar sin reservas por uno de los cuernos del dilema de Eutifron y sostener que lo bueno es bueno porque Dios lo quiere así, o, con más fuerza y precisión —para escapar a la falacia naturalista y evitar abrir una puerta a las premisas normativas— que «bueno» y «obligatorio» no tienen otro significado que «es lo que Dios quiere (o lo que Dios ordena)». Por supuesto, esa estrategia no cancela los problemas. Antes al contrario, abre otros tantos. El más inmediato: con ese proceder, en realidad, no se está fundamentando la moral en la religión sino que se está diciendo que son lo mismo, que son equivalentes conceptualmente, lo que nos arroja a la desazonadora conclusión de que esa «realidad» que nosotros percibimos como moral es un sinsentido, que lo único que quedan son las prescripciones religiosas, lo que nos avecina a NIETZSCHE. El más inquietante, ya apuntado: como cabe la posibilidad de que Dios nos ordene lo que juzgamos barbaridades

[71] Dicho de otro modo: sin que quepa lugar a alguna forma de equilibrio reflexivo en el que las intuiciones son una pieza importante.

[72] Siempre se podrá decir que lo que se ha revisado es algún juicio empírico: la inteligencia de la mujer, la consideración de «natural» o «patológica» de la homosexualidad.

[73] Para decirlo con L. KOLAKOWSKI, en el libro en el que describe las sutiles discusiones del jansenismo a cuenta de estas cosas: *Dios no nos debe nada*, Barcelona, Herder, 1996.

[74] No sostengo que los exclusionistas suscriben los puntos de vista anteriores. No lo sé y, seguramente, habrá de todo; pero sí que creo que son los más consistentes con su pretensión de monopolio en la fundamentación doctrinal.

—como vemos tantas veces en la Biblia, como le sucedió a Abraham— quizá no nos queda otra que asumir nuestra ceguera moral, que nuestras intuiciones son una ilusión, al modo como admitimos que muchas de nuestras percepciones son ilusiones visuales o que —en el parecer de los psicólogos evolutivos— el amor es una simple fantasía psicológica con el que recreamos una realidad más importante, las estrategias reproductivas. El más hondo y clásico: el de la teodicea, la coexistencia entre Dios y lo que experimentamos como el mal, el problema más serio, el único que según PLANTINGA podría justificar las dudas sobre Dios. Por supuesto, no faltan réplicas a las objeciones, como, por ejemplo, establecer la relación entre la voluntad de Dios y lo valioso en términos no de equivalencia conceptual, sino lógica: la voluntad Divina como condición necesaria y suficiente de la moralidad. Naturalmente, también eso tiene sus problemas y sus réplicas [75].

Los dos planos tienen problemas, sin duda. Pero, a la vez, los problemas son «soluciones» en el terreno de la apuesta por una religión como Dios manda. La «creencia en el fundamento de la doctrina» acaba encontrando, como no puede ser de otro modo, su garantía en Dios y la doctrina moral, si quiere estar realmente fundamentada en Dios, tiene que expurgar cualquier soporte moral. Las soluciones «normales», la cautela epistemológica y la apuesta por la compatibilidad con la autonomía moral, sencillamente suponen vaciar a la religión de lo que le resulta más propio. Sí, la traduciríamos, pero al precio de dejarla irreconocible. A la religión, si es coherente, le están vedados los territorios en los que se desarrolla la argumentación moral, los que quisiera merodear la democracia.

8. DOS RELIGIONES

Afortunadamente no es menester para lo que ahora interesa recorrer un debate con tantos recovecos. Resultan bastante tediosos, sobre todo si, como es mi caso, uno carece —en la noble compañía de M. WEBER— de oído musical para la religión. Por lo demás, incluso para los dotados de oído, las esperanzas de que alguno se resuelva parecen bastante remotas y solo una paciencia entrenada en la espera de Juicio Final parece en condiciones de alcanzar cosecha alguna. Ahí está, sin ir más lejos, para mencionar uno de los clásicos, el de la Santísima Trinidad, que tantas inteligencias, incluidas las analíticas, ha convocado en sofisticadas discusiones desde el concilio de Nicea [76]. Tantos esfuerzos, entre gentes que comparten doctrina, han cuajado en magros resultados, por más que no han faltado los procedimientos deliberativos, bastante pulcros en muchas ocasiones. Claro que tampoco ha faltado otros menos civilizados, desde el puñetazo que le propinara Nicolás de Mira al pobre Arrió en aquel concilio. Y, por cierto, no es exagerado conjeturar que si asoman tales procederes no es por una insuficiencia de los protagonistas, sino por la naturaleza de los problemas, que no

[75] *Cfr.* W. WAINWRIGHT, *Religion and Morality, op. cit.*

[76] P. VAN INWAGEN, «Three persons in one being», «Three Persons in One Being: On Attempts to Show That the Doctrine of the Trinity is Self-Contradictory», en M. STEWART (ed.), *The Trinity: East/West Dialogue,* Boston, Kluwer, 2003, 83-97; D. TUGGY DALE, «Trinity», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* 2009; M. REA, «The Trinity», en T. FLINT y M. REA (eds.), *The Oxford Handbook of Philosophical Theology,* Oxford, Oxford U. P., 2001, 403-429.

tienen un modo claro de ser resueltos. La acritud no es ajena a la pobreza —a la imposibilidad— de los resultados. Las disputas teológicas, precisamente por el material que manejan, tan huidizo, están lejos de permitir resoluciones inequívocas, lo que encanalla mucho los ambientes. Lo dijo de una vez y para siempre B. RUSSELL: «Las más enconadas controversias son las que giran alrededor de cuestiones para las que no hay evidencia valida en ninguno de los sentidos. La persecución es usada en teología, no en aritmética, porque en aritmética existe conocimiento, pero en teología solo hay opinión»[77]. Axioma al que podríamos añadir otro referido a los mismos asuntos, a saber, que el *odium theologicum* —porque la expresión está acuñada—, esto es, la violencia desatada acerca de las cuestiones divinas, es directamente proporcional a la proximidad doctrinal. Quizá entre académicos estas cosas tampoco sorprenden mucho, pero no está de más recordar que los caminos del señor, inescrutables en su trayectoria, tiene, con frecuencia, un destino cierto, la violencia, sobre todo cuando el punto de partida es el monoteísmo[78]. Aunque tampoco es cosa de ignorar que hay otros caminos que conducen al mismo destino[79].

Pero, como decía, afortunadamente no es necesario recorrer tan peliagudos asuntos. Me basta con perfilar los dos extremos de las interpretaciones religiosas. De un lado el pluralismo: difusa espiritualidad personal, diversidad de implicaciones normativas y reconocimiento explícito de que hay límites infranqueables a la intelección de la doctrina, esto es, renuncia a la pretensión de fundamentación en el dogma. Para lo que ahora interesa, desde el punto de vista de cómo se vive la experiencia religiosa y de sus implicaciones para la sociedad democrática, hay tres rasgos importantes en esa perspectiva: privacidad del acceso a la divinidad o, lo que es lo mismo, renuncia a «demostrar» la verdad doctrinal; compatibilidad con diversas concepciones morales; ausencia de pretensión política, de universalidad de la doctrina y de la moral basada en ella. Un «programa» que deja a la religión en la vecindad de las asociaciones privadas, las comunidades hippies, los club exclusivos o, incluso, las sectas: un conjunto de individuos que rigen su vida según sus particulares reglas sin pretender regular la vida de los demás o, incluso, sin permitir el acceso a los demás. En todo caso, por la senda del pluralismo nos hemos alejado de la religión como fundamento de una verdad moral, bien (a) porque toda las interpretaciones valen, porque resulta compatible con morales distintas (b) porque la doctrina carece de fuerza normativa o (c) porque se

---

[77] «Esbozo del disparate intelectual» (1943) en B. RUSSELL, *Ensayos impopulares*, Barcelona, Edhasa, 1985, 122.

[78] Ch. KIMBALL, *When Religion Becomes Evil* (New York, Harper Collins, 2008) y ya centrado en las tres religiones monoteístas: Ch. KIMBALL, *When Religion Becomes Letal*, San Francisco, John Wiley, 2011; E. BARNAVI, *Las religiones asesinas*, Madrid, Turner, 2007. Reservas acerca de la violencia en W. CAVANAUGH, *The Myth of Religious Violence*, Oxford, Oxford U. P., 2009.

[79] K. ARMSTRONG intenta «explicar» el fundamentalismo violento por otras causas subyacentes (desesperación frente al racionalismo, entre otras cosas), *Los orígenes del fundamentalismo en el judaísmo, el cristianismo y el islam*, Barcelona, Tusquets, 2004. En realidad, las acusaciones de absolutismo o irracionalidad se pueden predicar por igual de otras «ideologías», como el nacionalismo o el liberalismo, una vez se convierten en herramientas de guerra. Por detrás de muchas guerras de religión hay otras cosas (por ejemplo, el cardenal Richelieu y la católica Francia entran en la guerra de los treinta años del lado de los luteranos suizos; de hecho, la segunda mitad de esa guerra —el prototipo de guerra religiosa— era esencialmente una guerra entre los Borbones y los Habsburgo, las dos grandes dinastías europeas). Otra posibilidad consiste en aducir que lo que hay es un deterioro de la original doctrina. Es lo que hace J. FLORI, para quien las cruzadas fueron el corolario obligado de una revolución doctrinal que tuvo lugar entre los siglos X y XI, *La guerra santa. La formación de la idea de cruzada en el Occidente cristiano*, Madrid, Trotta, 2003.

opta por una moral de validez limitada, para el grupo. En ninguno de estos casos aparece el problema de «traducir»: en *a)* porque cualquier traducción sirve; en *b)* porque el «original» se considera ininteligible, y en *c)* porque no hay otros interlocutores que los cofrades.

Muy distinta es la perspectiva que comparte el *continuum* que va del inclusionismo al exclusivismo, la idea de religión que hemos visto en las últimas líneas: un contenido doctrinario preciso; implicaciones normativas con vocación pública y derivación inequívoca —fundamentada epistémicamente— del contenido normativo en la doctrina. Desde la perspectiva política ello quiere decir que nos encontramos frente a una justificación «demostrativa» —pero ajena a razones válidas para todos— de una verdad doctrinal que fundamenta una verdad moral, con vocación política, de validez para todos. Para bien o para mal, esto se corresponde con lo que normalmente entendemos como religión, como una concepción comprensiva del mundo. Es esa la que planteaba los problemas de «traducción» a RAWLS, la que conducía a HABERMAS a la búsqueda de una imposible equidistancia y la que RATZINGER reconoce como propia. El problema es que esta interpretación, la genuina religión, tiene serios problemas de compatibilidad con la democracia, al menos con una democracia que apueste por la deliberación y la participación, con exigencias de racionalidad y, en algún sentido, comprometida con alguna idea de verdad. La pregunta es si no hay otra idea de democracia que allane el camino. Y sí, sí la hay. Quizá el problema es de RAWLS y HABERMAS, de su exigente idea de democracia.

9. UNA DEMOCRACIA COMPATIBLE

Las tensiones se mitigan cuando manejamos una idea poco exigente de democracia, como la de cierto liberalismo. Pensemos en ese liberalismo comprometido exclusivamente con el ideal de libertad negativa, según el cual, uno es máximamente libre cuanto menos intromisiones experimenta. Desde esa perspectiva, mi libertad se ve menoscabada cuando el Estado, o los otros, tercian en mis posibles acciones, con prohibiciones, bien arrebatándome lo mío, con los impuestos, bien entrometiéndose en mis ideas, con recomendaciones acerca de cómo debo llevar mi vida. Frente a esto, dirá el liberal, se levanta unos derechos garantes de la libertad negativa, que me aseguran la protección de mis ideas, mis costumbres y mis bienes.

Este liberalismo mira con desconfianza a la democracia [80]. La democracia, las decisiones de la mayoría sobre asuntos públicos, suponen una potencial intromisión en la libertad negativa de los ciudadanos. A su parecer hay un conflicto inevitable entre democracia y derechos —cuando no entre política y derechos— y, en ese dilema, su apuesta es por los derechos, por minimizar las intromisiones de unas mayorías que asocia a potenciales amenazas tiránicas. La «solución» consiste en cercenar los ámbitos de decisión de la democracia, en acotar el alcance de la voluntad general y, a la vez, desvincular a ésta de cualquier relación con la idea de corrección normativa. La democracia tendría que ver con la selección de las élites o, si acaso, con el bienestar —con la satisfacción de preferencias— de los ciudadanos, en ningún caso con la valoración

[80] W. RIKER, *Liberalism Against Populism*, San Francisco, W. H. Freeman, 1982.

democrática, mediante deliberación, de las preferencias y, por esa vía, apuntar a alguna idea de «verdad» normativa. No se contempla que las preferencias —dadas, exógenas (anteriores) al escenario público— se modifiquen, cambien, en el proceso político como resultado de públicas discusiones. Mi voto sentimental (por la belleza del candidato, porque es de mi pueblo, por su raza) y tu voto religioso (basado en textos sagrados) está tan —o tan poco— justificado como el voto meditado—y corregido— atendiendo a los intereses generales. Se trata, simplemente, de agregar preferencias, no de ponderar los distintos intereses a la luz de criterios de imparcialidad o justicia: precisamente por ello está justificado el temor a la tiranía de las mayorías, porque no hay preocupación por el interés general, porque se asume que cada cual barre para su casa. La teoría económica de la democracia describe razonablemente bien ese ideal: unas élites políticas compiten en un mercado de votos: los políticos si quieren mantenerse en el poder han de obtener el mayor número de votos y para ello su mejor estrategia es atender al mayor número de preferencias (intereses) relevantes, con independencia de su calidad normativa [81].

Según una lectura muy popular de este liberalismo, hay un juego de suma cero entre la libertad del ciudadano y el Estado, incluido el Estado democrático. El mejor Estado es un Estado mínimo que me asegure unos derechos, en particular, un derecho a la propiedad, la mejor garantía de la libertad. Y esto por dos razones. Primero, por la máxima expresión de libertad es la que cristaliza en mis acuerdos (contractuales) de intercambio entre las personas, cada una con lo legítimamente suyo: si tú y yo intercambiamos libremente lo que es nuestro, el resultado está justificado y nadie tiene que decir nada. Segundo, y sobre todo, porque la propiedad es un territorio «protegido», un espacio de privacidad, donde yo puedo ejercer mi libertad. Lo que yo hago con mi vida a nadie le importa, sobre todo si lo hago en mi casa, en mi propiedad, el ámbito en donde se forja mi «identidad» personal. Por la misma razón que soy libre de dejar entrar en mi casa a quien me parezca, lo soy de educar a mi hijo como me dé la gana o, si tengo un comercio, de no emplear —o de no vender— a trabajadores negros o a mujeres adultas u obesas. Si amplío mi propiedad hasta —o me asocio con otros propietarios para— adquirir un territorio extenso, cabría, en esa hacienda, impedir el acceso a quien nos parezca, exigir vestir de cierta forma u obligar a comportarse según ciertos patrones [82]. Al final, podríamos limitar el acceso solo a los copropietarios que comparten nuestra concepción de la vida y establecer allí un terreno protegido de las intromisiones democráticas [83].

De este modo, la apelación a libertad negativa —a solas, o en compañía reforzada de la propiedad— se convierte en una garantía para protección la «identidad», frente a las potenciales intromisiones de la democracia. Incluso, cuando se estira —hasta

---

[81] A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York, Harper, 1957.

[82] Por lo demás, lo aceptamos con normalidad. Respectivamente: en bares gays; en piscinas; en templos.

[83] Otra cosa es cuando esas sociedades privadas se extienden en amplias zonas de territorio, como sucede con ciertas comunidades de propietarios que pueden llegar a apropiarse de regiones enteras y apelando a los derechos de propiedad para quebrar la universalidad del imperio de la ley, *cfr.* E. McKenzie, *Privatopia: Homeowner Associations and the Rise of Residential Private Government*, New Haven, Yale U. P., 1994. Pero esos casos no son más que una muestra de los conflictos entre propiedad y ciudadanía (aunque se podría pensar que los Estados teocráticos como el Vaticano no son más que la expresión más patológica de esa contradicción).

desdibujarla— la idea, se puede invocar para exigir «protección» frente a quienes ridiculizan o descalifican las ideas religiosas. La exigencia de «respeto» a las creencias se blinda y, por ese camino, no es raro encontrarnos con vetos a las críticas que, en nombre de la tolerancia, no dejan hablar a nadie. El paisaje final —en el que conviven comunitaristas y «liberales»— es una sociedad compartimentada en «comunidades de creencias» en las que nadie se siente —ni se ve obligado— a dar razón de sus creencias. Una suerte de grandes almacenes multiculturales a comunidad por planta. Al final, la discusión de ideas, y hasta la formación de los juicios, se ve encorsetada en una vereda de líneas rojas, de prohibiciones, cada vez más estrecha, porque cada vez hay más «comunidades» que, por lo que sea, se sienten provocadas en sus sentimientos y creencias, sin que quepa ni siquiera la ocasión de tasar la pertinencia de las indignaciones en un debate democrático.

Esta democracia no convive mal con una «religión» entendida al modo del pluralismo, esto es, desprendida de pretensiones de verdad pública. Ni la democracia molesta a las religiones ni las religiones tercian en la vida pública. La política, ajena a cualquier idea de bien, no tendría otra función que garantizar unos derechos que, por un lado, aseguren el funcionamiento del mercado y que, por otro, protegiesen las identidades. Por su parte, las diversas «concepciones comprensivas del bien», entre ellas las religiones, se interpretarían como una suerte de «sentimientos privados» —que no exigen razones—, en convivencia con otras «sensibilidades». Las normas asociadas a esas concepciones del bien carecerían de pretensión pública —más allá de sus feligreses— y su fundamentación se resolvería psicológicamente, con las dosis de religiosidad que cada cual le quisiera añadir, pero, en todo caso, en una conexión íntima con la divinidad. Cada uno puede educarse, reproducirse, emparejarse o vestirse según lo que le dictase su particular doctrina religiosa [84].

Las disputas religiosas no serían en nombre de ninguna verdad esencial, sino, si acaso, una competencia no muy diferente a la del mercado [85], en la que no importan la «razón» doctrinal sino cosas como la «calidad» (la salvación, ayudas, educación) y el «precio» (las exigencias: ritos, penitencias, comportamientos, laxitud en exigencia) o incluso las externalidades positivas (amigos, exigencias, contactos, vida sana, etc.) que ofrecen [86]. La religión quedaría equiparada a una suerte de parque temático de moralidad: una práctica que, aunque singular, solo compromete a sus miembros en el mejor

[84] Los ejemplos asoman a diario. Hace poco, en un pueblo llamado Nueva Jerusalén, en el Estado mexicano de Michoacán, una secta apocalíptica, que «acaudilla» la población, ha prohibido la enseñanza oficial, *El País*, 27 de agosto de 2012. Las fronteras entre eso y ciertos indigenismos no son siempre nítidas.

[85] La idea está ya en A. SMITH (*An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations,* Chicago, University of Chicago Press, 1976, 315). En las versiones «modernas» los individuos asignarían su tiempo y riqueza entre los productos religiosos y seculares con la intención de maximizar *«lifetime and afterlife utility»,* C. AZZI y R. EHERENBERG, «Household Allocation of Time and Church Attendance», *Journal of Political Economy*, 1975, 83(1). Una revisión de ese y otros modelos posteriores, en términos parecidos (las iglesias como clubs, p. ej.): L. IANNACCONE, «Introduction to the Economics of Religion», *Journal of Economic Literature,* 1998, vol. 36(3).

[86] En otra perspectiva, la creencia (la fe) aparecería como el subproducto. Para estas perspectivas sobre la religión, L. R. IANNACCONE, «Voodoo Economics? Reviewing the Rational Choice Approach to Religion», *Journal for the Scientific Study of Religion,* 1995, 34(1). También, los trabajos de C. BANKSTON, «Rationality, Choice and the Religious Economy: The Problem of Belief», *Review of Religious Research*, 2002, 43(4); «Rationality, Choice and the Religious Economy: Individual and Collective Rationality in Supply and Demand», *Review of Religious Research*, 2003, 45(2).

de los casos en el trato con sus miembros [87]. Algo, por cierto, que invita a mirarla de otro modo en muchos aspectos. Por ejemplo, desde esa perspectiva, no se entendería el reproche que a veces se hace a la Iglesia por el celibato de los sacerdotes o por no igualar a los sexos en el acceso a sus cargos [88]. Si la Iglesia viene a ser como el Club Med con su sede central en Roma, se complica la descalificación de sus reglas internas de funcionamiento, al modo como resulta complicado criticar los bares homosexuales en los que se impide la entrada a los heterosexuales. El problema es si a eso se le puede seguir llamando religión.

La compatibilidad es menos llevadera cuando la religión aspira a regir la vida pública, no tanto porque la religión no cumpla la exigencia de dar razones validas —nadie está obligado a darlas en la democracia liberal— como por su pretensión de establecer una moral pública. Con todo, en baja intensidad, sí que cabría reconocer un trasunto liberal en ciertas democracias «confesionales», cristianas o islámicas, en las que una religión ostenta el monopolio —limitado a ciertos aspectos— de la vida pública y las demás renuncian a disputar ese territorio. La política se desprende de pretensiones de corrección normativa, sin traspasar las barreras de una libertad negativa donde los ciudadanos, solo o en el marco de una comunidad, pueden regular sus vidas, a partir de otras concepciones del bien, incluidas las religiosas —eso si, siempre que abandonen toda pretensión pública—. En su expresión más vistosa, es lo que ha sucedido en distintos lugares en los que una religión institucional ha convivido con comunidades como los menonitas o los *amish*, que disponían, como propietarios, de unos terrenos en donde ejercer el monopolio de su verdad doctrinal, con una autonomía casi absoluta para regular sus propios asuntos [89]. También en ciertas sociedades premodernas —más o menos idealizadas por los historiadores— en las que se daba la «convivencia de religiones y culturas» (las «tres culturas» en *Al-Andalus*; el imperio Otomano, con el sistema de los *Millet*), en las que los grupos religiosos «no oficiales» se comprometían a pagar impuestos de manera colectiva (tributos) y a vivir pacíficamente sin retar la hegemonía militar del Estado [90]. No se pedía ni se esperaba que ocurriera ningún tipo de integración o asimilación. Las distintas comunidades convivían con sus propios regímenes jurídicos, económicos y rangos sociales, eso sí, con la explícita prohibición

---

[87] En cierto modo es lo que destacan los economistas que aplican la teoría de los clubs. E incluso, en esos casos, los comportamientos extravagantes, el cultivo de la estima y el sacrificio, pueden proporcionar ventajas (al modo como lo hacen las fraternidades universitarias); *cfr.* L. IANNCCONE, «Sacrifice and Stigma: Reducing Free-riding in Cults, Communes, and Other Collectives», *Journal of Political Economy,* 1992, 100, 2.

[88] Por supuesto, hay mil problemas aquí: acerca de la «democracia interna», los derechos de los miembros, etcétera.

[89] Conviene en todo caso precisar que el grado de independencia —respecto a las leyes— es limitado, y cada vez menor, y que los *amish* acaban por tener una enseñanza obligatoria en inglés, el idioma mayoritario, *cfr.* B. BARRY, *Culture and Equality* (Cambridge: Polity Press, 2001), y A. AGUILAR RIVERA, «El fin de la raza cósmica» (*http://bv.gva.es/documentos/Aguilar%20Rivera.doc*).

[90] Así que no es raro que se quiera ver un anticipo de las sociedades liberales. Con todo, cuesta coincidir con la opinión que ve el Corán como «un fundamento de la libertad religiosa. No solo mantiene la idea de valores universales objetivos cognitivamente accesibles para la razón humana, también la de conciencia falible. Esta noción se traduce en la tolerancia de la autonomía humana en la elección de religión», A. SACHEDINA, *The Islamic Roots of Democratic Pluralism*, Oxford, Oxford U. P., 2001, 96. A partir de ahí inicia la apología del *millet*: «paradigma premoderno de una sociedad pluratista religiosa», 96-97. Una mirada (algo) más realista, la de B. BRAUDE, «Foundation Myths of the Millet System», en B. BRAUDE y B. LEWIS (eds.), *Christians and Jews in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society,* vol. 1, New York, Holmes & Meir Publications, 1982, 69-87.

de relacionarse amistosamente, contraer matrimonio o de visitar los templos ajenas. De todos modos, cuando se trata de religiones como las que aquí nos interesan, esas situaciones acostumbran a ser circunstanciales, transitorias. Quizá no hay mejor ejemplo que lo sucedido con el cristianismo, legalizado mediante del edicto de Milán (313) por Constantino, que, convertido en religión oficial con Teodosio (edicto de Tesalónica, 380), acabará persiguiendo herejes y paganos.

10. LA DEMOCRACIA INCOMPATIBLE

Estas «soluciones» o componendas resultan más improbables cuando manejamos una idea más exigente de democracia, como la que está en el horizonte de las reflexiones de RAWLS y HABERMAS [91]. Según esta otra idea, la discusión de las propuestas, la pública deliberación, es el mejor camino para obtener leyes justas y con ellas ordenar la vida compartida. En su fórmula más radical, e idealizada, asociada a ciertas interpretaciones de la tradición republicana, la ley justa se entiende como el resultado de una democracia máximamente participativa embridada —en sus posibles derivas tiránicas— por la deliberación, por una discusión pública en la que se ponderan todas las opiniones y todos los intereses. La ley, el resultado de las decisiones democráticas, no es una amenaza, sino la garantía de la libertad. La participación, en ese parecer, es fundamental: la calidad de las demandas, su corrección normativa, se determina a través de procesos de pública deliberación en la que es importante no desatender ninguna voz, ningún argumento, ningún interés. Todos expresan sus preferencias, escuchan las de los demás, las ponderan y se muestran dispuestos a corregir los propios juicios a la luz de razones aceptables para todos. En ese contexto, cuando está conformada a través de procesos de participación, la voluntad colectiva no debería verse como una «intromisión», ni cabría interpretar las decisiones de la mayoría como una «tiranía» frente a la cual se ha de levantar un blindaje especial [92]. Los derechos estarían ya incorporados en una voluntad pública y, por ende, su protección no requiere blindajes especiales. Los derechos no son aquello que está más allá de la comunidad ciudadana, sino aquello que los ciudadanos, a través de sus decisiones colectivas, consideran justo y que, además, aseguran colectivamente, precisamente porque los consideran justos. No hay un derecho a viajar en una nave espacial para contemplar el espacio exterior, al menos no en el mismo sentido en el que hay un derecho a la educación. Y es que no se trata de satisfacer todas las demandas, sino aquellas susceptibles de ser defendidas con buenas razones.

Esa democracia no convive bien con la religión con pretensiones públicas, que no satisface los requisitos de racionalidad y, con frecuencia, reclama un «blindaje» protector [93]. Su voluntad de ofrecer una idea de bien que es verdad para todos le obligaría a

[91] J. L. MARTÍ, *La república deliberativa*, Madrid, Marcial Pons, 2006; F. OVEJERO, «Deliberación», en A. ARTETA (ed.), *El saber del ciudadano*, Madrid, Alianza, 179-206; D. ESTLUND, *Democratic Authority: A Philosophical Framework*, Princeton, Princeton U. P., 2007.

[92] J. WALDRON, *Liberal Rights*, Cambridge, Cambridge U. P., 1993.

[93] Desde una perspectiva más simpática con el liberalismo, C. LABORDE también reconoce los mayores problemas de compatibilidad del republicanismo, «Political Liberalism and Religion», *The Journal of Political Philosophy*, 2013, 1, 67 y ss.

comparecer en un juego cuyas reglas no acepta. Sus criterios de verdad son ajenos a la deliberación democrática. Si acaso, como vimos argumentar a RATZINGER, tasa a la democracia por su capacidad para acercarse a una verdad que tiene sus fundamentos en otra parte. La aceptación del juego democrático es puramente circunstancial y cuando llega la discrepancia entre sus verdades y las decisiones colectivas, no se siente comprometido con las decisiones democráticas.

11. PARA CONCLUIR

El camino recorrido nos conduce a un destino previsible. En realidad, no se ha ido mucho más allá de RAWLS, si acaso por otro camino. La gravedad del conflicto depende de cómo entendemos la democracia y la religión. Si adoptamos una idea poco exigente de democracia, los frentes de conflicto se aligeran: la política y el espacio público se convierten —se limitan— a las tareas de gestión, minimizadas las consideraciones normativas (acerca de la buena sociedad) y, con ello, el ciudadano deja para su espacio «privado» las consideraciones que atañen a sus modos de vida, sus convicciones más hondas, los principios más básicos que inspiran sus acciones. Un panorama atractivo para una idea de religión sin vocación de verdad para todos, para las apuestas multiculturales que se entienden como coexistencia de grupos con reglas del juego compartidas pero «privadas», modos de vida, más o menos ritualizados, sin otra pretensión de verdad que «dar sentido a la vida de sus miembros» . Por contra, los problemas se multiplican si adoptamos una idea de democracia más exigente en la que importan la participación en la cosa pública como la deliberación compartida, el compromiso normativo de los ciudadanos con las decisiones y la criba racional de las propuestas. En ese caso, las decisiones colectivas apuntan a una corrección normativa que, en más de un sentido, se puede entender como verdad moral. Algo que no se digiere nada bien cuando las perspectivas culturales en convivencia tienen la pretensión de validez moral y, además y peor, esa validez se sostiene desde una estrategia particular de fundamentación. Vamos, que RAWLS tenía más razón que un santo.

No irá mucho más allá de RAWLS. Si acaso, más despacio y más lejos, con más pesimismo.

LO MAYORITARIO Y LO DEMOCRÁTICO *

Aurelio Arteta

Universidad del País Vasco

RESUMEN. Hay que recuperar una concepción de democracia militante y tenerla dispuesta para llevarla a la práctica y afrontar los problemas políticos. Para ello es preciso que la democracia sea entendida más como una sustancia (un ideal de igual libertad) que como un mero procedimiento decisorio (regla de la mayoría). Si bien se mira, este método mayoritario deriva de aquella sustancia y sólo se justifica en la medida en que se atenga a ella. Por eso la democracia importa sobre todo como un criterio con que medir el grado de justicia de las decisiones y, sólo después, en razón del modo mayoritario con que se han adoptado. La igualdad política de los ciudadanos se ha de plasmar en sus métodos democráticos, claro está, pero antes todavía en esa misma igualdad alcanzada en sus resultados. De ahí que rechacemos esa habitual confusión entre democracia y mayoritarismo, uno de cuyos máximos representantes sería J. Waldron.

Palabras clave: democracia-procedimiento, democracia-sustancia. J. Waldron. El desacuerdo insuperable. El alcance de la mayoría.

The Majoritarian and the Democratic

ABSTRACT. A conception of militant democracy must be recovered and ready to be put into practice in order to solve problems. This requires to see democracy as a substance (an ideal of equal liberty) rather than as a mere decisional process (majority rule). All things considered, the method of majority rule derives of that substance and is only justified to the extent that suits it. That is why democracy matters mainly as a yard stick to measure the degree of fairness of public decisions, and solely after that because of the majority rule with which they have been adopted. Obviously, the political equality of citizens must be embodied in democratic methods, but even before, that same equality must be achieved in their results. So we reject the usual confusion between democracy and majoritarianism, one of whose main exponents would be J. Waldron.

Keywords: democracy-procedure, democracy-substance. J. Waldron. The insurmountabled is agreement. The scope of the majority.

---

* Fecha de recepción: 27 de junio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

Este artículo se enmarca en el proyecto «Patologías de la democracia» (FFI200913229, subprograma FISO), financiado por el Ministerio de Educación e Innovación.

«La degeneración de la D. no podrá ser detenida hasta que desarrollemos una visión más refinada de su significado».

(R. DWORKIN)

«Nuestra degradada vida política no sólo resulta ofensiva y deprimente, sino que además ni siquiera es democrática».

(R. DWORKIN)

1.

«De toda palabra ociosa darán los hombres cuenta rigurosa», sentencia el evangelista, y es de temer que en su uso ordinario la de *democracia* resulta hoy ociosa en demasiadas ocasiones [1]. Entiéndase aquí por «ociosa» esa palabra que está de más porque, según recoge el diccionario, no tiene fin determinado y se dice por mero pasatiempo. Peor todavía es que la palabra, junto a ser ociosa, sea asimismo peligrosa en la medida en que pueda transmitir a quien la pronuncia o la escucha una falsa creencia y dar lugar a conductas poco acordes con su significado más propio y preciso. Es lo que a mi entender sucede con «democracia» en su empleo popular más socorrido, tanto privado como público. Al eliminar o descuidar la parte principal de su sentido, pierde también buena parte de su dimensión crítica e incapacita al ciudadano para reflexiones más hondas y comportamientos más exigentes. Resumiría todo ello diciendo que en nuestros sistemas políticos actuales la atención concedida al *procedimiento* o *forma* de la democracia se acompaña de la desatención prestada a su *sustancia* o *contenido* [2]. A remover y cuestionar esa amplia conciencia se dirige este trabajo.

Quizá sobra advertir entonces que, más que un trabajo académico de investigación, este texto pretende invitar a un ejercicio de democracia militante. A la postre, una concepción sustantiva de la democracia —por contraste con la puramente procedimental, ya lo veremos— propicia su presencia continua en el combate político. Por eso nada cuesta reconocer desde el inicio que buena parte de estas ideas es ajena y que lo propio se descubre en la intención que dispone el orden de los materiales acarreados. Es decir, en el propósito de defender una tesis de importancia política creciente: que el sentido y el quehacer de la democracia excede con mucho lo que demanda su procedimiento mayoritario... y, por tanto, lo que imagina la creencia mayoritaria.

Sin duda acierta ROSANVALLON cuando afirma que la democracia se ha vuelto mucho más compleja que lo que pensaba TOCQUEVILLE, a saber, «una cuestión de aritmética». Es seguro también que, *conceptualmente y en los hechos objetivos*, su dimensión

---

[1] Hace casi cien años KELSEN ya había advertido que, por ser una consigna, la democracia «pierde su sentido profundo». Por eso «se puede hacer uso de la democracia al servicio de todos los fines imaginables y en todas las ocasiones imaginables» y se degrada «a la condición de un término convencional que no se corresponde con ningún significado determinado»... (*De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK, 2.ª ed., 2009, 36). Quien esto escribe se atrevió a proponer para estos tiempos un nuevo mandamiento: «No pronunciarás el nombre de *democracia* en vano».

[2] El ejemplo más reciente entre un millón: «Llamamos democracia a un país en virtud de ciertos rasgos de los procedimientos por los que son elegidos los legisladores, promulgadas sus leyes y practicadas las políticas en aquel país», J. WALDRON, «Democracy», en D. ESTLUND (ed.), *The Oxford Handbook of Political Philosophy,* New York, Oxford Univ. Press, 2012, 187.

electoral sólo es una entre varias, de igual modo que al pueblo electoral (el que se manifiesta en mayoría y minorías) le acompañan el pueblo social y el pueblo-principio, y que los tiempos actuales han alumbrado nuevos mecanismos de poder. Pero creo que no es menos cierto que todavía hoy en la mente de muchos la democracia apenas evoca más que «un sistema de elecciones para instaurar un poder mayoritario» [3]. Podrá aumentar el descrédito de la democracia y de los partidos, pero se diría que ello no desgasta el crédito de legitimidad que sigue recibiendo la mayoría electoral. Al menos si nuestro modo de hablar habitual delata nuestra forma de pensar.

1.1. Ocasión

1. Abundan a diario las situaciones que solicitan reflexionar sobre ello y bastaría reparar en alguna expresión corriente para verificar ese punto de partida. Así se dice de una reunión, manifestación callejera o jornada políticas, por ejemplo, que han transcurrido con total «normalidad democrática». Con ello no se quiere decir que lo acordado en aquella reunión, lo reclamado en esa manifestación o lo decidido en tal jornada sea algo más o menos justo, fundado en premisas legítimas, argumentado de manera razonable y conforme a la igual libertad que nos define como ciudadanos. Sólo quiere decirse que esos hechos han tenido lugar de manera legal y pacífica, en orden, sin incidentes que alteraran esa normalidad. Pensemos después en el significado habitual de que una decisión o una norma sean «plenamente democráticas». Si no entiendo mal, sólo significa que una u otra han satisfecho los trámites formales previstos por la ley para su aprobación; en menos palabras, que han sido adoptadas por mayoría.

Democrático sería, en resumen, todo lo concerniente al interés público con tal simplemente de que fuera pacífico y mayoritario. Y aún cabría añadir el sentido que adquiere este vocablo al referirse a la esfera internacional. Entre otros muchos de sus usos, por ejemplo, a la hora de pregonar que se ha restablecido o instaurado la democracia en un país nada más que por el hecho de celebrar por fin o por vez primera unas llamadas «elecciones libres». Ya se advierte que no estamos sólo ante un litigio de palabras, pues en este trasvase o vaciamiento del sentido está en juego la legitimidad de nuestros regímenes democráticos.

Claro que, en mi caso, probablemente el impulso más decisivo para suscitar este tema proviene de esta comunidad política de Euskadi en que trabajo [4]. A lo largo de decenios aquí se ha escuchado la salmodia de que al pueblo vasco le tocaba decidir «libre y democráticamente» su destino. Cinismos aparte, es un modo de decir que lo libre, al parecer, no entra en la definición de lo democrático y que éste se define sólo como la voluntad de la mayoría. Pero ha sido sobre todo desde hace tiempo el males-

---

[3] P. Rosanvallon, *La legitimidad democrática*, Barcelona, Paidós, 2010, 35, 181-183 y 298. A propósito de cómo se mostró el verdadero espíritu de la revolución, Tocqueville resume: «La noción de gobierno se simplifica: solamente la mayoría hace la ley y el derecho. Toda la política se reduce a una cuestión de aritmética» (*El antiguo régimen y la revolución*, Madrid, Alianza, 1982, vol. 2, 55-56).

[4] Si se me permite hacer mía esta reflexión de J. Waldron, «...pienso que en filosofía política deberíamos interesarnos tanto por las condiciones de la cultura política —el conjunto de juicios compartidos actuales— como lo estamos en tener institucionalizados los principios que apreciamos» (*Derecho y desacuerdos*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, 370).

tar, o sería mejor llamarlo escándalo, que me producía la coexistencia de democracia y nacionalismo etnicista en ese lugar. Es decir, la permanente presencia de este nacionalismo en el seno de la vida e instituciones democráticas, como si entre ambas prácticas y programas políticos no hubiera más tensiones que las que se registran en cualesquiera otras situaciones o partidos. Los nacionalistas serían partidos como cualquier otro, es decir, tan democráticos y dignos de ese crédito político como los demás. En la conciencia ciudadana, al parecer, no habría paradoja ni misterio alguno en esa coexistencia ni en esos calificativos.

No lo creo así. Para sostener esta posición disidente tan sólo hace falta poner en paralelo las caracteres básicos de un régimen que merezca el título de democrático con los principios capitales del nacionalismo. No parece que encajen o se aproximen ni en sus principios ni en sus objetivos. ¿Qué es entonces lo que lleva a casi todos a decir que los partidos, programas, metas, políticas particulares, propuestas, etc... nacionalistas son democráticas? Sencillamente, que condenan los métodos violentos, que se sirven exclusivamente de medios legales y, en especial, que aceptan participar en las instituciones políticas dejándose regir en su toma de decisiones por la aplicación de la regla de la mayoría. Incluso partidos que hasta ayer amparaban, justificaban y refrendaban el recurso a la fuerza por parte de grupos terroristas pueden al fin legalizarse y ser tenidos por democráticos en cuanto rechazan el uso de la violencia para fines políticos y se acogen al de la regla mayoritaria. Sus presupuestos programáticos últimos y sus objetivos finales quedan, al parecer, fuera de toda consideración. En suma: a los ojos de muchos, la democracia se refiere tan sólo al *procedimiento* y no a la *sustancia* de la práctica política; subraya el *cómo* y no tanto el *qué* y el *porqué* de las decisiones públicas.

2. Pero éste es un ejemplo demasiado particular para abarcar la extensión del prejuicio que denuncio. En la mente de casi todos ha arraigado la creencia de que en democracia las formas deben predominar sobre su materia o contenido, de que lo que importa es cumplir las formalidades y trámites sin entrar en el acierto o justicia de la decisión adoptada. Esto vale para múltiples momentos del proceso democrático y para todas sus instituciones, pero en especial se echa de ver en las decisiones acerca de lo público, las electorales como las más culminantes, y podrían condensarse en el procedimiento que ordena la regla de la mayoría. Son propias de ciudadanos y, en especial, de sus representantes políticos, y de éstos a su vez de manera individual o en órganos colectivos. No es extraño que ésta sea «la madre de todas las reglas» decisorias, ya sea aplicada de modo inmediato o mediato, en un régimen de carácter representativo. En una sociedad democrática la decisión mayoritaria es la única legítima o, mejor dicho, *se considera ya sólo por ser mayoritaria una decisión democrática*.

No creo que vaya desorientado quien busque las raíces últimas de esta mentalidad en pro de la mayoría en aquella «pasión por la igualdad» que TOCQUEVILLE juzgaba la más característica del estado social de la democracia. Siendo todos los individuos de valor semejante, nadie es más que nadie, pero la masa y su opinión son por ello mismo superiores[5]. Si existen la razón y la verdad, tiene que estar del lado de la mayoría. Para

[5] Sólo una muestra: «En épocas de igualdad ningún hombre fía en otro, a causa de su equivalencia; pero esta misma equivalencia les da una confianza casi ilimitada en el juicio público, ya que no les parece verosímil que siendo todos de igualdad discernimiento, la verdad no se encuentre del lado de la mayoría» (*La democracia en América II*, Alianza, 1980, 15).

ese demócrata que en líneas generales aún subsiste, no hay mayor poder que el detentado por la opinión pública, o sea, por las ideas, gustos y preferencias de los más.

Todo transcurre como si la voluntad general se concentrara en un núcleo que gira en torno a las elecciones como un momento privilegiado. ORTEGA dejó escrito que «la salud de la democracia, cualquiera que sean su tipo y su grado, depende de un mísero detalle técnico: el procedimiento electoral. Todo lo demás es secundario». Como a juicio de HUNTINGTON «las elecciones abiertas, libres y justas son la esencia de la democracia», ha de concluir que los gobiernos elegidos en ellas podrán ser *indeseables*, pero no por ello *menos democráticos*. Según subraya WOLIN comentando una tesis así de reiterada, «al identificar la democracia sobre todo con el hecho de votar, se corre el riesgo de que la legitimación se vuelva automática» [6]; tan automática que acaba amparando medidas inicuas y configurando una ciudadanía sumisa. Esta concepción minimalista de la democracia ya la había prescrito SCHUMPETER, mientras insistía en que él se limitaba a describirla. Ese sistema es esencialmente el gobierno de los políticos y, su procedimiento máximo, la lucha por el voto popular y su desenlace mediante la regla de la mayoría. De suerte que, «si lo que queremos no es filosofar, sino comprender, tenemos que reconocer que las democracias son como que deben ser» [7]. Pues no, ni mucho menos.

1.2. La prevalencia del procedimiento

1. Nadie ignora el hecho insoslayable del pluralismo de valores (o sea, de criterios sustantivos de legitimidad) y, con él, del seguro desacuerdo entre los ciudadanos en materia pública [8]. Entre concepciones diversas y propuestas con frecuencia irreconciliables se hace preciso recurrir a algún instrumento de decisión y el de la mayoría se ofrece como el mejor candidato para ese quehacer. Pero no por ello la atención al procedimiento debería ocupar el primer plano —y mucho menos el único— en el escenario democrático.

Anticipo en síntesis, pues, que desde el punto de vista conceptual, lo primero es la sustancia misma de lo que se dilucida mediante el procedimiento democrático. Esto es, los ideales y valores ético-políticos —al final, traducidos a derechos— que deben regir el proceso decisorio y que no son otros que la libertad e igualdad que nos atribuimos como seres humanos. Tiene que haber un procedimiento que permita pasar de ese reino de los valores al mundo real. Pero, con ser imprescindible para alcanzar

---

[6] S. HUNTINGTON, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX,* Barcelona, Paidós, 1994, 237. S. S. WOLIN, *Democracia S.A.,* Barcelona, Paidós, 212. La perspicacia de DEWEY ya había hecho notar que el gobierno de la mayoría no pasaba de ser mera apariencia: «El derecho de voto popular y el gobierno de la mayoría permitían concebir la imagen de unos individuos que, en su soberanía individual libre de ataduras, constituían el Estado [...]. Los acostumbrados elogios al espectáculo de los "hombres libres", que acudían a votar para determinar con su voluntad personal las formas políticas en las que iban a vivir, es una muestra de esta tendencia a considerar lo que primero salta a la vista como si eso fuera la completa realidad de una situación» (*La opinión pública y sus problemas*, Madrid, Morata, 2004, 110).

[7] J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Madrid, Folio, 1984, 346.

[8] Junto a esa incompatibilidad de valores, GUTMANN y THOMSON, señalan otras varias fuentes del desacuerdo moral: el señuelo del interés, la generosidad limitada y el conocimiento incompleto (*Democracy and Disagreement*, Cambridge-London, Harvard U. Press, 1996, 18-25).

decisiones, esa es una necesidad de rango inferior a la que determina aquella sustancia. Al prestar mayor o exclusiva atención al procedimiento, late el peligro de dejar de prestarla lo suficiente a los aspectos sustantivos; olvidar poco a poco la *razón de ser* de ese procedimiento, que no es otro sino la aproximación de la vida política particular al ideal práctico del que el método democrático hace de mediador.

De ahí que, ya sea entendida como su preámbulo imprescindible o como su parte primordial, este método debe contar siempre con la deliberación encargada de comparar y medir el valor de las opciones sujetas a votación a la luz de aquella sustancia democrática que se invoca. Sin esa referencia básica, ¿no nos faltará el criterio o baremo común con arreglo al cual calificar un programa o una resolución política de más o menos justos y adecuados? ¿Y cómo dilucidar que tal vez alguno de los valores expresos o latentes que orientan las medidas en liza, lejos de merecer tolerancia, haya de ser rechazado desde un pluralismo político bien entendido? ¿Sabremos detectar los déficit democráticos en que incurran nuestras decisiones mayoritarias y, en caso afirmativo, llegaremos a repararlos justificando la conveniencia de un nuevo ejercicio del procedimiento? ¿Y cómo haremos para juzgar si el procedimiento mismo cumple los requisitos para considerarlo fiable y legítimo?

2. Varios rasgos de nuestra época, sin embargo, contribuyen a asentar en la opinión pública la prevalencia del procedimiento. Entre ellos está el espectáculo cotidiano del ramplón pragmatismo de los partidos, la preferencia por la negociación, el temor a los debates abiertos, la obsesión electoralista, etc. Al parecer no hay razones en liza en los conflictos políticos, sino más bien motivos que no pasan de ser puros intereses grupales reacios a vestirse de razones universalizables. En otros casos, su entrega a la voluntad de la mayoría sirve a muchos de evacuación de su impotencia o pereza: o bien porque carecen de razones contra las ajenas o porque les llevaría demasiado esfuerzo probar la superioridad de las propias. Comoquiera que sea, de nada valen las razones como no las respalden los votos suficientes, sea la calidad de esos votos la que fuere y se obtengan como se obtengan (principio mayoritario o proporcional, dimensión de los distritos electorales, financiación privada de los candidatos, etc.). Quiere así ignorarse la notable diferencia entre una elección neutral y otra partidaria, de igual manera que se soslaya la distorsión sufrida por la voluntad general en todos los órganos públicos en cuanto pasa bajo el influjo mediador de los partidos políticos...

«Un hombre, un voto», se repite como el lema que demuestra de modo fehaciente la igualdad ciudadana. En su práctica ordinaria, sin embargo, este lema se apoya en una doble abstracción o un doble olvido. Se abstrae primero la cualidad del voto, que lo mismo puede ser el voto del miedo (al señor o al violento), como de la ignorancia o del desinterés y, desde luego, del dinero. Lo único que importa es que, en tanto que mera actividad o como objeto material, ese voto sea *igual*. Y se hace abstracción asimismo de su cantidad, quiero decir, de los aspectos cuantitativos que falsifican aquella pregonada equivalencia entre cada ciudadano y cada voto. De una parte, si no votar también es una forma indudable de participar en la toma de decisiones sobre lo común, la abstención debería contar con un reconocimiento más efectivo. De otra, porque la exclusión de los emigrantes, el recuento por sistemas mayoritarios o el diseño de los distritos electorales privan directa o indirectamente de votos a muchos o reducen su peso. La desaforada financiación privada de las campañas electorales (o sea, la campaña para

recaudar fondos que permita sufragar después la campaña electoral), en fin, rompe con la mayor desvergüenza el principio de la igualdad política. Si algunos candidatos resultan más elegibles que otros, ello se debe a que unos pocos ciudadanos son más electores —cuentan con más votos efectivos— que los demás [9].

Pese a todo, parece como si se buscara eliminar todo análisis sustantivo que vaya más allá del mero ejercicio procedimental. Se cierra todo portillo por donde pudiera colarse la menor crítica tanto de las deficiencias en el empleo del procedimiento como de la injusticia de sus resultados. Así que para muchos la democracia sólo sirve para zanjar, no a base de discernir su mejor fundamento sino mediante el puro cálculo aritmético de sus apoyos, cuál de estos intereses recibe el consentimiento de la mayoría. Todo acaba con la sentencia de que algo ha sido aprobado o alguien ha sido elegido por mayoría, y no hay más que hablar. Lo cuantitativo prevalece sobre lo cualitativo.

Tal vez convendría tomar en consideración como un probable factor que contribuye a esta mentalidad general la privacidad de que suele rodearse la votación y en la que se ejerce el derecho de voto. No son difíciles de entender las razones legales y morales que aconsejan guardar esa privacidad para las preferencias políticas individuales, pero tan cuidadosas reservas pueden también encerrar otras razones menos respetables. Lo cierto es que, siendo las elecciones (en especial, las generales) la ceremonia primordial y más concurrida de la participación del ciudadano en la esfera pública, hay bastantes aspectos que la hacen aparecer como un asunto confidencial. Y así el secretismo mantenido en torno al voto de cada cual impide revelar que la intención que lo guía podría arraigar en móviles más o menos rastreros o sectarios, o bien que está ayuno de argumentos suficientes para justificar el contenido de su papeleta.

El secreto puede asimismo ocultar la despreocupación del votante por lo común, así como su desinterés en formar su juicio sobre lo que se está dilucidando. Nada se diga de cuánto explica la desidia del ciudadano —cuando no asume el papel de candidato— para ponerse a enseñar, aclarar o persuadir a los demás a lo largo del proceso, iniciativas éstas que a quien se atreviera a emprenderlas le costarían como mínimo la acusación de antidemócrata. Se trata de algo parecido a la norma de secreto que rige en el mercado, que libra al comprador o vendedor de toda exigencia de justificación pública de sus proyectos o conductas comerciales. Son unos torpes presupuestos y unas penosas consecuencias que ya denunció con lucidez S. MILL por considerar el voto como una obligación hacia lo público [10]. Y así es como la alianza entre el secreto del voto y la regla de la mayoría nos garantiza diluirnos entre el público y diluir nuestra responsabilidad con lo público.

---

[9] S. MILL fue el primero que denunció esa corrupción electoral, por la que el costo de las elecciones «es una ventaja para quienes pueden pagar ese gasto, pues de esta forma excluyen a una multitud de competidores». Pese a ello, entonces como ahora, la opinión pública no deja de mirar «este serísimo crimen contra la sociedad como si sólo fuera un pecadillo venial» (*Consideraciones sobre el gobierno representativo*, cit., 230-231).

[10] Con el voto secreto «lo que probablemente se le está sugiriendo al elector cuando se le deja votar de esa manera, es que el sufragio se le da a él para que él lo use para sí mismo, para su uso y beneficio particulares, y no como una obligación para con el público. Pues si fuera en efecto una obligación, si el público tuviese derecho a reclamar el voto de un elector particular, ¿no tendría ese público el derecho de conocer también el contenido de dicho voto?». Haciendo el voto público, podríamos «lograr de este modo que el votante se responsabilizara ante la gente por su manera de votar» (S. MILL, *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, Alianza, 2001, 214-215 y 218).

Pero seguramente la máxima ventaja de esa concepción que se aferra a la pauta de la mayoría consiste en su misma simplicidad. Añádase a ello que el procedimiento o el mecanismo agregativo se dejan observar en su proceso y llaman a ser medidos y cuantificados con la suficiente precisión. Los valores sustantivos en juego, sin embargo, y la acomodación a ellos del procedimiento mayoritario plantean la dificultad de distinguir y argumentar entre ideas abstractas. El procedimiento opera a modo de una pantalla que oculta el contenido, que no deja ver el *de qué* se trata. En el mismo sentido del dicho popular, el recurso a la voluntad de la mayoría viene a ser la práctica, lo que al fin cuenta; lo otro, la ganancia o pérdida de cotas de libertad o igualdad no pasaría de ser *mera teoría*.

Más aún, en el marco de lo procedimental los sujetos nos hacemos presentes en alguna medida, mientras que en lo sustantivo dejamos que otros piensen y juzguen por nosotros; resulta más fácil votar que deliberar (o informarse para defender una opinión o depositar un voto). Alguien ha escrito que la mayoría la componen «las personas cuya única forma de poder radica fundamentalmente en su número» [11]. El elector común comprende enseguida, además, que la actitud más conveniente para él es una «ignorancia racional»: a fin de librarse de preocupaciones y compromisos, no le interesa saber más de las cuestiones públicas ni prestarles mayor dedicación. Reducidos nuestros deberes democráticos a lo sumo a votar en las elecciones, ser o comportarse como un demócrata resulta cosa llevadera y no exige mayor esfuerzo.

1.3. Algunos resultados funestos

1. Esta al parecer irresistible tendencia a reducir la democracia a su condición de mero procedimiento, este triunfo sin reservas de la regla de mayoría, da lugar a consecuencias de un alcance descomunal. He aquí un apretado resumen de las principales de ellas.

Arrastrada por la lógica de esa regla nuclear, la democracia misma viene a convertirse para el ciudadano y el político comunes en poco más que una mera técnica de toma de decisiones, elección de cargos o resolución de conflictos en el ámbito de lo público. Sin exagerar mucho la expresión, la democracia sería así otro avatar más de la correlación de fuerzas que, en lugar de servirse de la fuerza bruta, se dirime por esa forma civilizada de la fuerza que es el peso de la mayoría. Este limitarse a significar ante todo un método decisorio mayoritario entraña, desde luego, una cadena de efectos notorios. Por de pronto, el privilegio del tiempo de la inmediatez, del corto plazo en el que se impone el pueblo del sufragio o de las urnas (que diría ROSSANVALLON) sobre el pueblo-principio dilatado en el tiempo. Por la misma razón, la presunción de una legitimidad de origen en cualquier autoridad mayoritaria, que tiende a relegar la pregunta por su legitimidad de ejercicio. De un lado, el triunfo de la voluntad sobre cualquier otra facultad humana; al margen del papel que pudiera desempeñar nuestra capacidad teórica, el ciudadano pronuncia a su manera el viejo dicho *sic volo, sic jubeo*. Del otro, el olvido absoluto de la perspectiva moral de la legitimidad para atenernos

[11] S. S. WOLIN, *Democracia S.A.*, cit., 214.

tan sólo a la psicosociológica de la legitimación y a la meramente jurídica de la legalidad. El mandatario demócrata, puesto en el trance de dar razón de alguna conducta pública, a menudo responderá: «Mis razones son mis votos». Y ello se acompañaría del predominio incontestado de los medios sobre los fines y presupuestos de la acción colectiva; o sea, por decirlo en términos más ajustados, de la dictadura de la racionalidad instrumental y la subordinación de la racionalidad normativa.

De ahí el visible descrédito de la entraña normativa que anima a la política democrática. Muestras de ello serían el depreciado lugar que se reserva a la práctica de la deliberación en esa política; el escueto y hasta sospechoso papel atribuido a los principios y argumentos de los sujetos democráticos; o el desconocimiento del valor práctico de las ideas prácticas, es decir, del lazo que vincula a teoría y praxis [12]. Todo lo cual desembocaría en el fomento del relativismo intelectual y moral hoy tan en boga, y en el riesgo cierto del nihilismo: ni en la vida privada ni en la pública habría valores últimos que invocar o, si los hubiera, los valores serían relativos a cada grupo y situación. Si renunciamos a su debate, admitimos que para ellos no hay universalidad posible y sólo quedaría escoger entre las decisiones prácticas por sí solas.

El despropósito será tanto más espectacular cuanto menores en número sean las minorías políticas de las que se trate. Es de hecho lo que origina la escasa participación electoral en los regímenes democráticos contemporáneos: por lo general la mayoría no pasa de ser tan sólo «la minoría mayor» de los electores y por eso la minoría decisiva. Se la conoce como la *sinécdoque democrática*. El pomposamente llamado «pueblo» es el nombre con que la ideología democrática designa al pequeño grupo de individuos que decide la suerte y la política de los gobiernos. Varía según sea la amplitud de la mayoría, pero la regla mayoritaria incurre siempre en esa sinécdoque desde el momento en que impone la voluntad de una parte sobre el todo como si fuera la voluntad entera de este todo [13]. Claro que eso encubre que hay otra parte tan numerosa o mayor de electores responsables de que el gobierno de la mayoría sea de hecho un gobierno de la minoría. Esa otra es la minoría decisiva formada por la abstención —premeditada o no— de quienes con su voto hubieran podido contribuir a otro resultado más mayoritario.

Calificadas sin más cuidado de democráticas, las decisiones mayoritarias adquieren figura de inapelables. Más concretamente dicho: una vez pronunciada la mayoría en unas elecciones o en una consulta pública, al ciudadano sólo le cabe aguardar al pronunciamiento de otra mayoría para que las cosas cambien. Todo parece conspirar a favor de una autoconciencia política demasiado pobre, pero satisfecha, que desdeña la formación de la competencia cívica del sujeto. La democracia sigue siendo el mejor régimen entre los posibles, pero su quehacer ya no es por definición perfeccionable sino que se entiende más bien como próximo a lo acabado.

2. Alguien podría objetar este punto de partida con la observación de que el ciudadano medio identifica la democracia *antes* o *también* con un régimen que se inspira

---

[12] «... el público está tan acostumbrado a la política de baja calidad que castigará a cualquiera que le moleste con un silogismo. La verdad como criterio de oro se ha vuelto obsoleta» (R. DWORKIN, *La democracia posible*, Barcelona, Paidós, 2006, 164).

[13] P. PASQUINO, «La minorité décisive. La paradoxe de la démocratie majoritaire», *La Vie des Idées,* 2 de diciembre de 2011.

en ciertos valores morales y reconoce derechos políticos a sus miembros. A juicio de la conciencia popular el procedimiento mayoritario sería sin duda un rasgo central de la democracia, pero no su cogollo mismo. Restringirla tanto sería una simplificación grosera.

Pero no es para estar seguro, ni mucho menos, si nos orientamos a la vez tanto por las expresiones comunes de la gente y hasta de los políticos ordinarios, como por las observaciones críticas de destacados filósofos políticos. Aquel ciudadano no es consciente (o no lo es tanto) de los valores o principios últimos que han servido para configurar esos procedimientos e instituciones a los que conceden de hecho primacía. De ahí que por lo general tampoco sepan evaluar lo correcto de su aplicación. Puesto que apenas hace sitio a la deliberación, por la que cabría aquilatar el grado de justicia de una propuesta, tampoco acierta a ver el sentido práctico de invocar valores. Serían a lo sumo valores ya conquistados, dados por supuesto y de una vez para siempre. Se tiende así a pasar por alto las innumerables pruebas de cómo las políticas democráticas traicionan esos ideales o premisas últimas en que descansa. En lo que aquí nos concierne, deberá admitirse que los principios normativos y el procedimiento suelen discurrir en la opinión pública a través de lógicas distintas y canales independientes. No se entiende cómo y por qué la regla de la mayoría emana de aquellos valores últimos ni, en consecuencia, tampoco que el ejercicio y los resultados de esa regla deberán atenerse a (y ser juzgados por) aquélla. Así las cosas, sobra decir que dejan de detectarse las numerosas colisiones que se dan entre ambas instancias, las procedimentales y las sustantivas.

2.

Se diría que aquella opinión dominante peca de cierta prepotencia por parte de la mayoría. No hay que descartar que en su fondo esté latiendo todavía la convicción de que los muchos son más fuertes que los pocos y que, de llegarse a medir esas fuerzas, la mera amenaza de la mayoría bastaría para que la minoría desistiera de cualquier resistencia [14]. Lo indudable es que adolece también de un conformismo por parte de todos, como si la réplica a aquellos postulados de apariencia tan evidente fuera poco menos que imposible. Pero aquí vamos a replicar en nuestra medida.

2.1. Lo primero es la sustancia

1. Lo sepan o no, quienes participan de la opinión de que la democracia se identifica esencialmente con un gobierno elegido mediante la regla mayoritaria y con unas instituciones que se sirven de esa misma regla defienden una democracia procedimental o procedimentalista. Según ésta, «todas las cuestiones de principio deben decidirse mediante voto mayoritario», de modo tal que «la democracia es, de principio a fin, regla de la mayoría» [15]. En caso de discrepancia entre ciudadanos, el número mayor debe gobernar sobre el menor; si fuera la minoría la que impusiera sus deseos sobre la

[14] G. Simmel, «Digresión sobre la sumisión de las minorías a las mayorías», *Sociología I. Estudio sobre las formas de socialización*, Madrid, Alianza, 1986, 204.

[15] R. Dworkin, *Justicia con toga*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, 161-152. *Cfr. id., La democracia posible,* Barcelona, Paidós, 2006, 167.

mayoría, se supondría que las convicciones de unos cuentan más que las de otros [16]. Ya, sólo que esta reducción de la democracia ofrece múltiples insuficiencias.

La insuficiencia más inmediata es que entonces la democracia sólo tendría que ver con el modo de distribuirse las opiniones políticas en una comunidad, y no con la manera en que han llegado a formarse. Aunque la limitación fundamental es que se despreocupa de la justicia de los resultados de aplicar esa regla mayoritaria. Esos resultados serán legítimos simplemente porque su procedimiento ha sido correcto, no porque sean justos. Por otra parte, desaparece toda alusión a valores fundamentales que deban ser compartidos. Claro que, si no hay ninguna razón que secunde la validez de algún reclamo moral, tampoco la habrá en definitiva para aceptar las disposiciones de la mayoría. Al final, si quiere calibrar el valor de la regla mayoritaria, el procedimentalista tendrá que compararlo con el valor sustantivo de otros procedimientos alternativos. Porque nosotros no desaprobamos esa regla como último recurso decisorio, sino tan sólo el hecho de que la votación se celebre antes de discutir los argumentos favorables o contrarios a la opción en liza o que se desentienda de las principales condiciones que debe cumplir para aproximarse a un resultado justo.

2. En consecuencia, la legitimidad democrática no procede sólo de su carácter procedimental; o sea, no descansa únicamente en la voluntad mayoritaria. La justificación de las decisiones democráticas no se agota en que hayan sido adoptadas por la mayoría. Un demócrata sensato comprenderá que los meros procedimientos tales como la regla de la mayoría no pueden justificar resultados a todas luces injustos. Por eso, escribirá PETTIT, «lo que da legitimidad a una ley tiene que ser otra cosa que el hecho de que disfrute de apoyo popular mayoritario» [17]. Esa otra cosa es su adecuación a las exigencias que le marca su sustancia democrática.

Admitamos sin discusión, para no repetir obviedades, que la sustancia de la democracia consiste en los valores de libertad (o autonomía) e igualdad que atribuimos al ser humano —que pueden resumirse como dignidad— y que el procedimiento mayoritario debe respetar. Antes aún y para ser más exacto: es de esos valores, y no de otros, de los que emana precisamente ese procedimiento decisorio, y no otro. Un clásico como KELSEN sostiene primero que la democracia es «una cuestión de procedimiento». Pero ese procedimiento, al crear y aplicar ese orden social por los mismos que están sujetos a él, manifiesta que «la democracia sirve necesariamente, siempre y en todo lugar, al ideal de la libertad política». Y asimismo al de la igualdad política, porque «libertad e igualdad, en efecto, son las ideas fundamentales de la democracia y los dos instintos primitivos del hombre como ser social, el deseo de libertad y el sentimiento e igualdad, están en su base...» [18]. Lejos de cualquier neutralidad, la entraña de la democracia es, pues, moral; sus instituciones otorgan a los individuos, considerados «agentes éticos», un trato más digno que cualquier otro sistema político [19].

---

[16] A. GUTMANN-THOMSON, *Democracy and Disagreement*, *op. cit.,* 27-28. En lo inmediato que sigue adopto ideas de los autores de las dos últimas notas.

[17] Ph. PETTIT, *Republicanismo*, Barcelona, Paidós, 1999, 238.

[18] H. KELSEN, «Los fundamentos de la democracia», *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Debate, 1988, 210-211 y 230. En realidad, «no renuncia en modo alguno a conjugar la libertad y la igualdad, siendo característico de la democracia, precisamente, la síntesis de ambos principios» (*De la esencia y valor de la democracia*, cit., 40).

[19] A. GUTMANN, *La identidad en democracia*, Madrid, Katz, 2008, 44-49.

Deberá quedar claro que sustancia y procedimiento de algo se requieren mutuamente por definición; también cuando se trata de democracia. No reinará igualdad ni libertad en una sociedad que no se rija en sus acuerdos por el procedimiento mayoritario, ni tampoco es posible una regla de la mayoría como no se desprenda del ideal de la igual libertad de los ciudadanos. Separarlos el uno del otro, abstraerlos de su implicación recíproca y así absolutizarlos daría lugar a desastres nada democráticos. Un sustantivismo radical que defendiera que una decisión democrática es legítima sólo si es justa, al margen del procedimiento que pueda adoptarla, sería rechazable porque consagraría un gobierno de expertos o de autócratas benignos. Como también lo sería un procedimentalismo radical, porque no podría ocultar que el método democrático tiene siempre una justificación sustantiva, que se asienta en valores. En suma, «sobre un amplio conjunto de fundamentos válidos, los principios democráticos deben ser tanto sustantivos como procedimentales»[20]. Con tal de añadir enseguida que el principio primero es el sustantivo de la igual libertad. Como resume DWORKIN, «la democracia es un ideal sustantivo, no meramente procedimental»[21].

3. Si se distinguen tres criterios de legitimidad, según el *quién*, el *cómo* y el *qué* de la decisión política, es el último de ellos el que impone el criterio fundamental. Si son interdependientes, lo son justamente porque la cuestión de la autoridad (soberanía popular) y del procedimiento (regla mayoritaria) dependen por definición de la sustantiva. Lo primero que una comunidad política ha de decidir es el modo de tomar decisiones vinculantes para todos, y esta decisión primera sólo puede hacerse desde alguna creencia o valores compartidos. Desde el presupuesto de que sólo uno o pocos son sujetos políticos, y los demás súbditos, se implantarán métodos decisorios autocráticos o aristocráticos; desde el ideal de libertad e igualdad de todos, por el contrario, sólo cabe instaurar el principio de la mayoría. Habrá, pues, una prioridad pragmática y lógica del procedimiento, pero otra prioridad esencial del criterio sustantivo.

La prueba más concluyente de esta última prioridad radica en que las especies de mayoría (desde la simple a la cualificada y hasta la supermayoritaria) se ordenan en una escala de valor en función del grado de libertad e igualdad individual que cada una de ellas obtiene. Llama la atención que muchos ciudadanos todavía presupongan que la búsqueda de la unanimidad (o del «consenso») representa el criterio de bondad democrática más indisputable, cuando encarna por el contrario el más rechazable. En efecto, «el principio de mayoría simple es el que asegura el más algo grado de libertad que es posible en la sociedad» y además «presupone como condición esencial el principio de igualdad»[22]. Cuanto más cualificada sea la mayoría exigida para adoptar una decisión pública, los menos tendrán más posibilidad de limitar la libertad de aquella mayoría y, por ello, cada uno de ellos se distinguirá por un valor superior al de los miembros de la mayoría. En tales casos, el principio de la mayoría funciona de hecho como principio de la minoría.

Lo mayoritario es democrático nada más que en la proporción en que aumenta aquella igual libertad para los ciudadanos, o cuando disminuye su riesgo de opresión,

---

[20] A. GUTMANN-D. THOMSON, «Deliberative Democracy Beyond Process», 154. Tomo algunas ideas de J. L. MARTÍ, *La república deliberativa*, Barcelona, Marcial Pons, 2006, 135 y ss.

[21] *La democracia posible,* cit., 170.

[22] H. KELSEN, «Los fundamentos de la democracia», *op. cit.,* 239-240. *De la esencia y valor...*, cit., 50 y ss.

pero no en ningún otro caso. Una mayoría política sería tanto más temible cuanto más apoye o consagre las prácticas contrarias. Ahora bien, ¿la libertad de los unos no traerá consigo alguna falta de libertad de los otros políticamente iguales? Temporalmente, sin duda, pero ese es el paradójico coste de instituir una comunidad política de hombres libres. La libertad de los más numerosos vale más que la libertad de los menos numerosos, siempre que para estos últimos exista la posibilidad de transformarse en mayoría.

Así las cosas, digamos que el valor de la regla de la mayoría no es sólo instrumental y que supera el cometido que le atribuye el utilitarismo: esto es, si más personas prefieren *x* a *y*, entonces la elección de *x* arrojará más bienestar agregado que si fuera *y* el escogido. Mucho más allá, su valor intrínseco estriba en su capacidad de remitir sin cesar a esa sustancia de igual libertad, de proponer una permanente revisión de los resultados de cualesquiera elecciones a la luz de estos supuestos normativos. El objetivo principal de la versión de la democracia que defendemos es limitar aquel mayoritarismo mediante constricciones morales, o sea, sustantivas y no procedimentales.

2.2. Los requisitos (sustantivos) del procedimiento

A fin de expresarse, ser respetado o alcanzarse por medio de su procedimiento mayoritario, ese contenido de libertad e igualdad dicta sus propias condiciones al procedimiento. «La regla de la mayoría es democrática sólo cuando se dan y se mantienen ciertas condiciones previas: las condiciones democráticas de igual membresía». Tal es un pilar de la conocida como democracia sustantiva, asociativa o constitucional. Más pendiente de poner el énfasis en sus resultados igualitarios que en sus premisas mayoritarias, DWORKIN define esa concepción de democracia como aquella en «que las decisiones colectivas sean tomadas por instituciones políticas cuya estructura, composición y prácticas traten a todos los miembros de la comunidad como individuos con igual consideración y respeto»[23].

1. No es poco, aunque tampoco es todo, que el procedimiento mayoritario tenga que cumplir las *condiciones* que permitan la suficiente libertad e igualdad por parte de los ciudadanos. Universalidad del sufragio, información pública suficiente, libertad de asociación y de expresión, igualdad de impacto del voto ciudadano, igualdad de oportunidades para electores y elegibles, libertad de voto, etc., son algunos requisitos sustanciales indiscutibles del ejercicio legítimo de la regla de mayoría. Se trata de valores que, sólo en parte, también los partidarios de reducir este régimen político a su pura forma consideran necesarios para preservar el proceso democrático. Pero ya su mero enunciado basta para medir la distancia que aún separa en los regímenes liberales más prestigiosos el procedimiento democrático ideal del real. Más o menos alejada de

[23] R. DWORKIN, *Justicia con toga*, cit., 151-152, y «La lectura moral y la premisa mayoritarista», en H. JONGJU y R. G. SLYE (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona, Gedisa, 2004, 117, respectivamente. Todavía más del mismo autor: «La concepción mayoritaria de la democracia es defectuosa, ya que no puede explicar por sí misma qué es lo bueno de la democracia. Necesitamos una aproximación más profunda y más elaborada que nos diga qué condiciones deben cumplirse y protegerse en una comunidad política antes de que la regla de la mayoría sea apropiada a dicha comunidad», *La democracia posible*, cit., 181. «Una parte fundamental del principio de mayorías es que el procedimiento satisfaga las condiciones básicas de la justicia» (J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, F.C.E., 397).

tales exigencias, su puesta en práctica acaba proclamando la victoria electoral de una mayoría, pero difícilmente podrá calificarse a esta mayoría de democrática.

Un pensador como DWORKIN, aunque limitándose a su país, no rehúye los aspectos particulares de tales condiciones en el comportamiento electoral de las democracias contemporáneas. Lo mismo exige una reforma radical de la financiación de las candidaturas como sugiere la presencia de canales electorales públicos y la consagración del derecho de réplica por parte de los candidatos. En último término, mientras no se imparta una educación cívica que plantee las cuestiones públicas más candentes, no habrá ciudadanía y engañaremos a nuestros hijos con una «farsa de democracia»[24].

2. Si ellas son condiciones del ejercicio legítimo de la regla mayoritaria, es porque constituyen otros tantos *derechos* del ciudadano. Los derechos políticos son de los individuos y preceden a cualquier mayoría. No es la mayoría democrática la que otorga derechos de libertad e igualdad, sino el reconocimiento recíproco de estos derechos el que impulsa la formación de mayorías y consagra la regla de mayoría como el instrumento para que aquéllas decidan y formen el gobierno. Las mayorías sólo deberían regir cuando se atuvieran a esos derechos previos. «La democracia no consiste sólo en un proceso político. Es también necesariamente un sistema de derechos». Al fin y al cabo, «parece obvio que los derechos fundamentales necesarios a la democracia misma no pueden legítimamente ser infringidos por mayorías cuyas acciones se justifican sólo por el principio de igualdad política»[25]. Pues bien, todo ello no queda lo bastante subrayado por la concepción procedimental de la democracia, sólo pendiente de que la decisión exprese formalmente la voluntad popular.

Habrá que insistir entonces en que una mayoría no tiene el derecho general ni automático a imponer su omnímoda voluntad sobre la minoría, pues hay derechos que el ciudadano debe preservar para que someterse a esa voluntad mayoritaria no ponga en entredicho su dignidad. Y la garantía de que esa voluntad popular no se atreverá a lesionar esos derechos es elevarlos a la condición de derechos constitucionales. Así es como ninguna mayoría puede decidir sobre lo que no le pertenece, es decir, sobre la supresión o restricción de las normas constitucionales que proclaman como intocables esos derechos fundamentales. Aquella *sustancia* de la democracia —la igual libertad como fundamento e ideal de la convivencia entre ciudadanos— impone al procedimiento *condiciones* que son en realidad *derechos* y que, en última instancia, se erigen asimismo en otros tantos *límites* del proceso democrático. Frente al poder de la mayoría, los derechos fundamentales funcionan como contrapoderes.

Y es que, como mantiene FERRAJOLI, la supervivencia de la democracia exige un límite sustancial. Siempre es posible que con métodos democráticos se supriman los métodos democráticos mismos y, si no entiendo mal, también su contenido normativo[26]. Para seguir empleando las palabras de aquel autor, un límite es el de los derechos

---

[24] «Las personas no se gobiernan a sí mismas si carecen de la información que necesitan para tomar decisiones inteligentes o se les escatima la crítica que necesitan para juzgar de manera efectiva el grado de cumplimiento de sus representantes» (*La democracia posible,* cit., 164 y ss. y 193 ss.).

[25] R. DAHL, *On political equality*, New Haven, Yale U.P., 2006, 10 y 16 respectivamente.

[26] L. FERRAJOLI, *Principia juris. 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2010, 11. «Para que un sistema sea democrático se exige al menos que la mayoría no tenga el poder de suprimir la posibilidad de que las minorías se conviertan en mayoría...» (*ibid.,* 15).

individuales o derechos de libertad, que fijan lo que sería la *esfera de lo indecidible* o lo que no está permitido (o está prohibido) decidir. El otro es el de los derechos sociales, que delimitan *la esfera de lo indecidible que no* o lo que es obligatorio decidir. Aquellos derechos de libertad serán tanto más efectivos cuanto más asegurados estén por los derechos sociales a prestaciones positivas [27]. Al final, justicia democrática y justicia social se reclaman entre sí.

3. Faltaría aún por aducir lo que sin duda es la condición del cumplimiento de las demás condiciones procedimentales o la herramienta que siempre debería acompañarlas: la *deliberación*. Se trata del momento más relegado, el vacío intermedio entre la representación y la decisión democráticas que un ser razonable debe rellenar. Frente al papel inmediato, exclusivo o en todo caso privilegiado que la creencia y la práctica más comunes atribuyen a la votación, desde un punto de vista sustantivo el acento se pone en la deliberación que debe precederla. En realidad, todo proceso político ordinario comprende dos fases decisorias, la deliberación y la decisión [28], y ésta no podría darse sin aquélla. Ciertamente la votación es un momento clave del proceso democrático legítimo, porque es probable que una deliberación no acabe con las discrepancias y porque sin la votación final aquélla perdería gran parte de su interés [29]. Sea como fuere, interesa comprender que «la justicia de una elección depende de la naturaleza del debate que precede al voto» [30]. ¿Por qué? Porque ese debate, al depurar las razones de unos y otros, daría a la decisión resultante una mayor calidad epistémica [31]. Sin deliberación la votación medida por la regla mayoritaria vale bastante poco.

4. Ahora bien, hasta aquí hemos presentado esas condiciones como si fueran exigibles tan sólo del procedimiento como tal, al margen de cuáles puedan ser sus logros. La atención a los *resultados* es, con todo, otra condición sustantiva impuesta al procedimiento democrático esta vez en su vertiente instrumental. Sería absurdo que una regla decisoria se bastase a sí misma, desentendiéndose de las consecuencias de sus decisiones inmediatas y más mediatas; desde luego, no sería una regla arraigada en la igual libertad de sus usuarios [32]. El desinterés hacia los resultados podría revestirse de consentimiento hacia la acción del gobierno, cuando un proceso democrático demanda más bien la disputabilidad, la permanente posibilidad de ponerlo en cuestión [33].

---

[27] *Id., op. cit.,* 16 y ss. *Cfr. id., Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011, 27 y ss.

[28] A. MARMOR, art. cit., 331 y ss. La igualdad de poder político de los ciudadanos se traduciría en la igual oportunidad para la deliberación y la igual participación en la decisión.

[29] A. GUTMANN, «Democracy and Majority Rule: Reply to Waldron», cit., 228-229.

[30] R. DWORKIN, *La democracia posible*, cit., 193. Para HOLMES, «no se debería dar autoridad soberana a cualquier "voluntad", sino sólo a una voluntad formada en un debate ampliamente abierto y dinámico». Citado en WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit., 331.

[31] Son tantas las obras dedicadas a la defensa o crítica de la democracia deliberativa, que sólo citaré dos en muestra de todas ellas: D. ESTLUND, *La autoridad democrática*, Buenos Aires, Veintiuno, 2011; y, entre los autores españoles, sin lugar a dudas, J. L. MARTÍ, *La república deliberativa*, cit.

[32] «Los procedimentalistas dan prioridad sólo a los derechos cuyo propósito primario es hacer equitativo (*fair*) el proceso democrático, mientras que los constitucionalistas dan prioridad a algunos derechos cuyo primer objetivo es producir resultados justificados protegiendo los intereses vitales de los individuos» (A. GUTMANN-THOMSON, *Democracy and Disagreement*, cit., 33-34).

[33] Ch. PETTIT, *Republicanismo*, Barcelona, Paidós, 1999, 91 y 240 y ss.

En una sociedad democrática no importa sólo quién y cómo gobierna, sino también qué resulta de ese gobierno en términos normativos. «No veo otra alternativa que utilizar un estándar que atienda a los resultados y no uno que atienda al procedimiento» [34]. Con cuidado, eso sí, de que esta perspectiva no dé por supuesto que las políticas promueven el bien común según el número de gente al que benefician. Aparte del problema que aquí subyace sobre el valor concedido a la intensidad de las preferencias, ese planteamiento sería aceptable si las cuestiones políticas se redujeran a elegir entre dos opciones cualesquiera. Pero esas opciones implican con frecuencia profundas cuestiones de moralidad pública, y no sólo estratégicos cálculos de eficiencia. Lo que suele ignorar el utilitarista es que la mayor parte de nuestras preferencias se basan en razones y éstas pueden ser buenas o malas razones [35]. Por eso tomar una decisión democrática no siempre significa adoptarla por medios democráticos cuando esto último sólo pretenda decir «por mayoría».

Lo que desea la mayoría, obviamente, no tiene por qué ser correcto. Por eso, como dice RAWLS, «aunque los ciudadanos someten su conducta a la autoridad democrática, no someten a ella su juicio». Pero, avanzado ya nuestro recorrido, ¿no cabe sostener que existe una correlación entre procedimiento en verdad democrático y resultados asimismo democráticos, y por tanto también moralmente —no sólo legalmente— obligatorios? ¿No estaríamos ante un situación de perfecta justicia procesal? En principio debe haber una presunción favorable a que, satisfechas las condiciones de igual libertad en la regla, sus resultados serán probablemente acordes con esos valores. El gobierno *del* pueblo, si es realmente ejercido *por* el pueblo (es decir, según una mayoría conformada por los requisitos sustantivos), tiende a ser asimismo un gobierno *para* el pueblo (esto es, en beneficio de la igualdad y libertad de sus individuos). Ese sería el procedimiento ideal que prestaría a sus decisiones una legitimidad indudable [36].

5. Intentemos esbozar algunas conclusiones. Recuérdese que son otras tantas réplicas que ofrecer a quienes se contentan —por interés, desinterés o simple desconocimiento— con aquella concepción formalista de la democracia.

- Que, aunque ya se adelantó, la democracia no puede prescindir de ninguna de sus dos dimensiones, procedimental y sustantiva, pero menos aún de esta última: sin referencia a los presupuestos morales o valores contenidos en su sustancia, no habría democracia o no duraría mucho el régimen que usurpara ese nombre [37].
- Que lo que aquí está primordialmente en juego no es tan sólo una aproximación teórica, sino nada menos que la legitimidad misma de nuestros regímenes democráti-

---

[34] R. DWORKIN, *Freedom's Law*, 34, citado en WALDRON, cit., 352.

[35] A. MARMOR, «Authority, Equality and Democracy», *Ratio Juris*, vol. 18 (septiembre de 2005), 3.

[36] «Una ley o un programa es suficientemente justo, o al menos no es injusto, si, cuando tratamos de imaginar cómo resultaría el procedimiento ideal, decidimos que la mayoría de las personas que toman parte en este procedimiento y cumplen sus estipulaciones estarían a favor de esta ley o de este programa...» (RAWLS, *Teoría de la justicia*, cit., 397-398, respectivamente para los textos del comienzo y final de párrafo). MARMOR añade una interesante razón moral para obedecer decisiones equivocadas en virtud del deber de apoyar a un régimen democrático razonablemente justo (art. cit., 342-343).

[37] «La democracia no es solamente un método, sino también un ideal: es el ideal igualitario. Donde este ideal no inspira a los gobernantes de un régimen que se llama democrático, la democracia es un nombre vano. Yo no puedo separar la democracia formal de la democracia sustancial. Tengo el presentimiento de que donde existe solamente la primera un régimen democrático no está destinado a durar» (Carta de BOBBIO a G. FASSÓ, en FERRAJOLI, *Principia juris 2*, cit., 109, n. 7).

cos y de sus políticas. Las inferencias que un DWORKIN extrae no pueden ser más contundentes: «...a menos que tales condiciones [las revisadas en las páginas precedentes, A.A.] se cumplan por lo menos sustancialmente [entiéndase: en lo fundamental, A.A.], la regla de la mayoría no es ni siquiera legítima, no digamos ya democrática». Por si no acabara de entenderse: «... es evidente que la mayoría no tiene derecho a gobernar a menos que se cumplan las condiciones expuestas» [38].

• Que pueden darse varias combinaciones entre lo mayoritario y lo sustancial o propiamente democrático, de suerte que habría que atreverse a enunciar ciertas tesis que a muchos sonarán chocantes cuando no intempestivas [39]. Por ejemplo, que hay decisiones no mayoritarias que son en su sentido fuerte democráticas: lo son los veredictos del jurado estadounidense, pese a que sus decisiones deben tomarse por unanimidad. O bien que la decisión no mayoritaria no tiene por qué ser antidemocrática o injusta, siempre que respete la igualdad cívica de los individuos. O que, por último y la que más nos interesa, *la decisión mayoritaria no es necesariamente democrática* (si desatiende o perjudica la igual libertad de muchos o pocos). No sólo, como es habitual, cada vez que la incompetencia ciudadana permite su fácil manipulación por parte de los gobiernos de turno. La mayoría pierde su fuerza moral si los puntos de vista de minorías aisladas —incluidas las intelectuales—, tanto o más meritorios, son desdeñados ante los de una mayoría relativamente unida. Lo que es más preocupante: el sistema mayoritario puro ofrece a las mayorías un aliciente para violar condiciones institucionales de la democracia (como la libertad de expresión) o derechos vitales de los individuos (como la libertad religiosa de las minorías) con vistas a asegurar el mantenimiento de su poder político.

• Que, al final, seguramente todavía vale para el año 2012 lo que DEWEY ya preconizaba en 1927: «El gobierno de la mayoría [...] nunca es *meramente* el gobierno de la mayoría», porque llega a serlo gracias a servirse de medios por los que se forman y transforman las opiniones de la gente. Pues bien, hoy como entonces, «la necesidad esencial [...] es la mejora de los métodos y condiciones de debate, discusión y persuasión. Este es *el* problema del público» [40]. Lo era entonces y lo es hoy.

3.

Al final, sería bueno poner a prueba una muestra teórica del mayoritarismo reinante y lo haré mediante una revisión crítica parcial de la conocida obra de J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos* [41]. No se pretende sugerir con ello que ésta sea una teoría nacida de (o con vistas a alimentar) aquella conciencia tan popular. Esta última seguramente ni siquiera comparte algunas de las tesis más extremas de aquella reflexión. Pero parece indudable que esa extendida creencia de la que hemos partido encuentra en este trabajo académico alguna justificación que la refuerza y ciertas conclusiones aún implícitas pero a las que lógicamente apunta.

---

[38] R. DWORKIN, *Justicia con toga*, cit., 152.

[39] Para esas tesis que vienen a continuación, A. GUTMANN, «Democracy and Majority Rule...», cit., 229-234.

[40] J. DEWEY, *La opinión pública y sus problemas*, cit., 168-169.

[41] Barcelona, Marcial Pons, 2005. En adelante, la paginación de las ideas o textos citados de este libro irá entre paréntesis.

3.1. La justificación por el desacuerdo insuperable

El recurso a la regla de la mayoría resulta inevitable en cuanto reparemos en la presencia absolutamente universal de los desacuerdos a la hora de adoptar una decisión en cualquier esfera o situación políticas. Aceptémoslo, pese a que seguramente muchas de esas discrepancias podrían atribuirse más a la incompetencia ciudadana que a las distintas opiniones reflexivas de sus sujetos. En último término, sostiene WALDRON, la política es la forma de gestionar los desacuerdos acerca de los asuntos públicos (315). El problema surge cuando esta realidad insuperable del pluralismo se presenta, si bien con notables titubeos, como la negación *a priori* de valores sustantivos. ¿Nos resignaremos ante tesis tan discutible?

1. Para esta concepción, lo primero y esencial en una democracia es el procedimiento decisorio. Afirmar, por ejemplo, que en una sociedad ciertos derechos deben prevalecer sobre la voluntad de la mayoría y quedar a resguardo de ella, implica que ya se ha salvado el seguro desacuerdo que esa cuestión suscitaba. Ha sido preciso entonces «que en un estadio anterior el derecho a X haya estado de hecho al alcance de un procedimiento de decisión que abordara la cuestión de si la comunidad debía comprometerse con este derecho» (362). O sea, que tiene que haber una regla decisoria última —la mayoritaria— si queremos evitar una cadena interminable de desacuerdos.

Uno replicaría que esa regresión no tiene que remontarse por fuerza al infinito. Podríamos ponernos pronto de acuerdo en que esos derechos últimos se condensan en la igual libertad, precisamente porque esta igual libertad está presupuesta en el derecho mismo a participar en ese procedimiento. Pero cabría asimismo decir que, por mucho que haya habido que recurrir a una regla decisoria, eso no anula el hecho de que esa regla deba siempre referirse a esos valores presupuestos, sean explícitos o implícitos. Pues ya sabemos que una regla como la mayoritaria no ha creado tales valores, sino que se limita a expresarlos y a concretarlos en forma de derechos. Hasta lo reconoce expresamente nuestro autor: «la idea de los derechos está basada en una concepción del ser humano esencialmente como un agente dotado de razón, con una habilidad para deliberar moralmente», etc. (298) [42].

El caso es que, si no existe acuerdo posible de mínimos sobre un número reducido de valores fundamentales (como igualdad, libertad o justicia), entonces ya no hablamos de personas capaces de someterse a un procedimiento democrático. Sencillamente, porque ni son demócratas ni aspiran a serlo. Este género de desacuerdo radical manifiesta una pluralidad que no se deja sumar y resolver mediante la regla de la mayoría. Hay otra clase de desacuerdo de valores, sin embargo, que tiene lugar en un plano penúltimo o secundario: el que se produce en su aplicación a los hechos, en su enjuiciamiento y evaluación. Sólo este desacuerdo puede considerarse objeto de un pluralismo legítimo. La regla mayoritaria es la única regla decisoria congruente con el

[42] Los mismos autores de la introducción a esta obra insisten en que «la posición procedimentalista de la legitimidad política que adopta WALDRON es inestable, ya que cualquier discrepancia o discusión acerca de cuál es el mejor procedimiento [...] para tomar decisiones políticas, sólo puede responder a criterios (y por lo tanto a desacuerdos) sustantivos» (R. GARGARELLA-J. L. MARTÍ, «Estudio preliminar», cit., XXVI). Esa inestabilidad explicaría, según creo, sus aparentes incoherencias en esta materia.

ideal democrático; pero por eso mismo no es compatible con *todo* pluralismo, sino sólo con un pluralismo *tolerable* (o de lo tolerable).

Claro que podrá haber desacuerdo incluso acerca de los derechos mismos, pero entonces deberá añadirse que los desacuerdos pueden ser también *ilegítimos*. Serán democráticamente inadmisibles los que nacen de negar elementos esenciales de la democracia misma. De poco sirve matizar que los desacuerdos sean «de buena fe» (362), porque los disparates no dejan de serlo por mucho que les anime la mejor intención. Lo que importa es excluir las disensiones en torno a derechos incontrovertibles, que la regla de la mayoría no puede suspender o recortar... so pena de negar su propio sustento o razón de ser. Pluralidad no es lo mismo que pluralismo. El pluralismo en un principio democrático que no acoge todo lo plural, sino que regula sus requisitos para que lo plural pueda ser acogido.

Es verdad que la democracia versa en parte sobre la democracia (354), pero no será precisamente con el fin de cuestionar sus fundamentos y renegar de ella. Tanto los derechos requeridos para la constitución de la democracia como para la legitimidad o respetabilidad de sus decisiones, en suma, los «derechos asociados a la democracia» (338-340), no admiten desacuerdos capitales. Habrá asimismo divergencias en los criterios de justicia prevalentes. Pero no podrá haber discrepancias en cuanto al derecho igual a participar en lo público. Si pues «no debemos *perder la esperanza* de una reflexión sustantiva» acerca de los derechos (291), esa reflexión nos enseñaría que, para ser democrático, el pluralismo deberá ser un pluralismo limitado. Como los antagonistas no compartieran el supuesto de la igual dignidad de los seres humanos, por ejemplo, no arreglarían sus discrepancias mediante votación; se servirían del engaño o de la fuerza. En lugar de valorarse por igual, todos darían mayor peso a su propia voluntad; aquel pluralismo radical no puede ser inclusivo, porque los sujetos rechazarían ser medidos unos con otros por los mismos criterios. He ahí cómo la decisión por mayoría emana de valores o presupuestos morales relativos al ser humano y sus derechos. Esto ya lo sabe WALDRON, para quien el ser humano es un «portador de derechos», dotado de «dignidad y autonomía» (266; 337)..., pero a veces se diría que lo olvida. Pues bien, sólo este núcleo sustantivo común *justifica, hace posible y limita* —las tres funciones a un tiempo— el ejercicio de la regla de la mayoría como procedimiento.

2. De manera que habrá que distinguir con RAWLS entre el pluralismo *razonable* e *irrazonable*[43] o, en otras palabras, entre unos desacuerdos *tolerables* y otros *intolerables*. Según este léxico, doctrinas irrazonables serían las concepciones del bien inasimilables por esa concepción de justicia que los ciudadanos han de compartir en una sociedad democrática. «Muchas doctrinas son sencillamente incompatibles con los valores de la democracia»[44]. Serían irrazonables —y por lo mismo intolerables— por negar los principios mismos de la justicia política, principalmente el supuesto básico de unos ciudadanos iguales y libres que postula la razón pública. Y no hay duda de la eficiencia práctica de tales ideas, cuando su difusión puede comprometer esa justicia esencial de las instituciones básicas de la sociedad... (*ibid.*, 249).

---

[43] *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, 94-95. Son doctrinas irrazonables las «que rechacen una o más libertades democráticas» (95, n. 19).

[44] *La justicia como equidad*, Barcelona, Paidós, 2002, 64. A la inversa, habría que calificar a los intolerantes de personas irrazonables (*ibid.,* 64, 253-254 y 258-260).

Una distinción tan crucial, sin embargo, parece ausente del planteamiento de WALDRON. Amparados en la seguridad de que siempre habrá desacuerdos, nos ahorramos entonces la tarea de discernir los legítimos de los que no lo son. Pero una cosa es desechar así la pretensión del consenso (134), un rechazo aceptable siquiera por realista, y otra bien distinta conceder *igual* peso a los puntos de vista de cada cual (137), que resulta incoherente. En llamativa coincidencia con lo que declara el manido tópico, se postula el respeto de todas las concepciones, opiniones y conciencias de los demás (362), como si ello fuera equivalente a respetar a las personas mismas y como si el respeto debido a esas opiniones no consistiera justamente en contrastarlas para medir su grado de verdad respectiva. La igual dignidad de las personas no iguala el desigual valor de sus opiniones.

3. En cuanto se elude el esfuerzo de la deliberación (un empeño que tal vez redujera el índice de desacuerdos), sólo queda acudir a la votación. A la postre, «una cultura del desacuerdo [es] una cultura que entiende que, al fin y al cabo, lo único que podemos hacer respecto al mismo es contar los síes y noes» (366).

Ningún demócrata, ni el miembro más entusiasta de la secta deliberativa, se mostrará dispuesto a prescindir de la necesidad de una votación al final del proceso decisorio y de contar los votos. Todos aceptarán que «a menos que tengamos mucha suerte», siempre habrá alguna disonancia entre lo que consideramos la decisión política correcta y la que sale al fin investida de autoridad en el proceso de decisión (293 y ss). Pero siendo indudable que la respetabilidad de la decisión mayoritaria estriba en su capacidad de resolver el problema engendrado por los desacuerdos, no lo es tanto que lo resuelva «de modo respetuoso para todos» (142). Para depositar tamaña fe en la virtud de la regla de la mayoría habría que revisar el grado de cumplimiento de sus estrictos requisitos, como ya vimos.

Aquella tesis concluyente sobre la necesidad de agregar votos resulta, pues, simplificadora. Por razonable que sea, a causa de las circunstancias de la política, la votación sometida a la regla de la mayoría es un procedimiento arbitrario; se parece más a lanzar una moneda al aire que al ejercicio de la razón (108-109). De ahí que aquella operación aritmética no sea lo único que cabe hacer, sino más bien lo último. *Previamente* se requiere que los desacuerdos encarnen en argumentos, que no haya otra manera de solventarlos o disminuirlos y que los agentes morales hayan cultivado su capacidad de pensar la relación entre sus intereses y los ajenos. Al fin y al cabo, «la posesión de esta capacidad —un sentido de la justicia, si se prefiere— es la base principal para tener competencia democrática» (337). ¿Pero acaso no demanda todo ello un formidable programa de educación cívica?

Por aquí se revela una de las mayores debilidades que aquejan a la doctrina mayoritarista. Decir que el gobierno popular es muy distinto según fomente una mayor o menor deliberación (331) es confesar por lo bajo que sin deliberación ese gobierno mayoritario será muy deficiente. El mayoritarismo estaría más cerca de justificarse si la mayoría fuera capaz de formar juicios maduros sobre las cuestiones comunes. Pero refugiarse en la autoridad de la regla de la mayoría, sostenida a su vez en nuestros iguales derechos de participación, incurre en una trampa demagógica: la igualdad de los ciudadanos en la mera incompetencia no es la igualdad democrática. Así que nada cuesta corroborar en este punto la sentencia de B. BARBER: «Sin

educación cívica la decisión democrática es poco más que la expresión de prejuicios privados»[45].

3.2. ¿Todo al alcance de la mayoría?

Pero la sorpresa llega a su colmo casi al final del libro. Brota entonces la pregunta crucial: «¿Cómo pueden los derechos estar seguros si están a merced de la decisión de la mayoría?». ¿Cómo pueden respetarse los derechos en un proceso que no pone límites *a priori* a los resultados políticos? Y escuchemos su respuesta no menos crucial: «Sí, todo *está* al alcance de nuestra mano en una democracia, incluyendo los derechos asociados a la democracia misma» (361-362). No aventuremos que tan irrefrenable pretensión sea compartida por cada integrante de las mayorías políticas, pero podría revelar una tendencia imparable de la lógica mayoritaria. Vayamos por partes.

1. Parece innegable que nos hallamos ante el rostro político de la «tiranía de la mayoría», por lo demás nada alejado del sentido que le imprime TOCQUEVILLE, según se vio más atrás. La doctrina se muestra contraria a la de KELSEN, para quien la voluntad colectiva no nace del dominio de la mayoría sobre la minoría, sino como resultado de la influencia recíproca entre ambos grupos; en una palabra, de su compromiso[46]. Pero esta mayoría de WALDRON se mostrará tiránica por una ilimitada prepotencia que no admite restricciones. Su derecho consiste precisamente en no ceder ninguna de sus competencias a órganos contramayoritarios que, ya sólo por eso, se convertirían en antidemocráticos. Bien mirado, aquel «derecho de los derechos» en una sociedad democrática no es el de la igual participación de todos en la vida pública; sería el de cualquier mayoría política que vaya conformándose, porque ésta detenta incluso el derecho de abolir aquél... Las indudables ventajas de la regla de la mayoría se invierten en este autogobierno absoluto.

2. Lo menos que cabe decir es que se trata de una conclusión contradictoria. Por extremar la coherencia con la presunta insuperabilidad de los desacuerdos, se desemboca en la total incoherencia con otros varios postulados centrales de este ensayo. Pero la máxima prueba del sinsentido de la corriente ecuación entre dominio de la mayoría y sistema democrático sería la mera *posibilidad* lógica y práctica de que la democracia pudiera acabar consigo misma. Mantener semejante tesis no resulta desconcertante sólo «desde algún punto de vista», como llega a insinuar el autor, sino desde cualquiera.

No vale aceptar una regla que desdiga de los valores expresos en que se apoya. Si una mayoría puede atentar contra los mismos derechos asociados a la democracia (más aún, los «constitutivos» de ella), la democracia podrá negarse a sí misma *mayoritariamente*, pero no democráticamente. Sería absurdo suponer que la no-democracia fuera producto de la democracia[47]; sólo sería resultado de la acción de no-demócratas

---

[45] *Democracia fuerte*, Córdoba, Almuzara, 2004, 359.

[46] *De la esencia y valor...*, cit., 146 y ss.

[47] «Ninguna mayoría está moralmente autorizada a lesionar derechos, libertades y oportunidades que son esenciales para la existencia y funcionamiento de la democracia misma. Es una *contradicción lógica* justificar una acción por una mayoría que viola esos mismos principios y procesos. Decir que una mayoría puede destruir

y de procesos antidemocráticos, eso sí, todos ellos mayoritarios. En el terreno de los principios la democracia no puede atentar contra la democracia, pero sí una mayoría en momentos y circunstancias dadas, como prueba con creces la historia reciente. De manera que un demócrata que se tiene por radical en su calidad de procedimentalista difícilmente será defensor de los derechos humanos, si se arroga la capacidad de (el derecho a) violarlos y suprimirlos en cuanto así lo determine la mayoría. En definitiva, una razón más de que el procedimiento decisorio democrático no se confunde con la esencia de la democracia es que gracias a él podríamos traicionar la sustancia (y, por supuesto, también el procedimiento) de la democracia misma.

Las incongruencias principales de esa omnipotencia de la mayoría residen en que una mayoría tendría así un supuesto derecho democrático a anular con sus decisiones la dignidad y autonomía de las personas que tanto celebraba su teoría. Más en concreto, de aquel lema «Todo a nuestro alcance» que WALDRON consagra se desprende, por ejemplo, que la mayoría podría impunemente violar los derechos de la minoría. Pero no será un derecho universal el que, llegado el caso, puede despojar a otros de los mismos derechos. ¿Reinaría un estado de libertad allí donde se puede privar arbitrariamente de la libertad? [48]. Con igual fundamento, la mayoría podría renunciar asimismo a sus propios derechos, sólo que no parece que ello sea un empleo legítimo de la regla mayoritaria. No hay derecho a renunciar a tener derechos, no hay libertad para no ser libres. Podemos prescindir de su uso, pero no del derecho mismo, pues sería absurdo negar un derecho en nombre de ese mismo derecho.

3. Algunos hacen notar que en esta capacidad suicida de la democracia se encierra idéntica aporía lógica que en la idea de omnipotencia divina. Al igual que Dios podría autodestruirse si es omnipotente, «la misma regla fundacional del sistema hace legítimo romper con el sistema; de lo contrario no sería la última regla» [49]. ¿Y si esa analogía revelara justamente lo contrario?

Si Dios pudiera destruirse a sí mismo, no demostraría así ser omnipotente, sino que se ha vuelto un Dios loco por suicida, lo que sería contrario a la propia idea de divinidad. La omnipotencia tiene que ser congruente con el resto de sus propiedades: ese Dios omnipotente no puede aniquilarse si ha de ser asimismo eterno, omnisciente y la suma bondad. De manera parecida la democracia no demostraría su fortaleza como decidiera por mayoría dar paso a un régimen autocrático, sino su evidente debilidad. Sólo su flaqueza en convicciones democráticas explicaría esa entrega de la mayoría; a esa omnipotencia mayoritaria le corresponde precisamente la impotencia democrática. La democracia posee otros atributos incompatibles con un eventual propósito de autoextinción: ya sea su voluntad de justicia o la creencia en la dignidad humana. Una vez más, la regla mayoritaria conduce a semejante desatino tan sólo cuando desata por inconsciencia su vínculo con la sustancia normativa de igual libertad. Esta última regla

---

la democracia no significa que la mayoría esté autorizada a hacerlo» (R. DAHL, *How democratic is the American Constitution*, New Haven, Yale U. Press., 2002, 165). Pero quien lo prohíbe no es ninguna autoridad democrática, sino la propia idea de democracia.

[48] WALDRON parece contradecirse de nuevo, porque líneas después admitirá que no hay derecho a retirar el sufragio al que disiente o evitar la deliberación, etc. (365). Si el lector no entiende mal su proclama mayoritarista, sin embargo, la mayoría podría decidirlo tranquilamente.

[49] J. M. RUIZ SOROA, *El esencialismo democrático*, Madrid, Trotta, 2010, 31.

del «juego» democrático siempre es penúltima respecto de lo que sustancialmente se está jugando.

4. Reparemos, por fin, en algo que puede pasar inadvertido al lado de esta hipotética catástrofe. Si se admite tan descomunal efecto negativo de la regla mayoritaria (la excepcional decisión «democrática» de trocarse en el régimen opuesto), con mayor razón habrá que admitir la mucho más alta probabilidad de que esa misma regla absolutizada produzca a diario consecuencias parciales perversas. Se calificarán de democráticas por costumbre, pero por nada más.

WALDRON reconoce que la premisa básica de su argumentación ha sido que la política no se limita a ser una lucha despiadada de intereses, que «la política democrática no es necesariamente así», aunque enseguida añada que quizá esté equivocado: «tal vez la política es sólo un juego de intereses» (363). Que toda política (incluida la democrática) implique un conflicto de intereses, eso forma parte de su definición compartida desde muy antiguo; en torno a ella no hay desacuerdo posible. El desafío democrático radica en que no sea *tan sólo* eso y que *además* pueda orientarse hacia el logro de una vida pública más justa. Pero la mera probabilidad de aquel enfrentamiento, si es que no la certeza, ya bastaría para ser cautos en proteger nuestros derechos.

No hace falta, pues, recurrir al *pánico* para explicar nuestra prevención frente a ese ilimitado autogobierno (362). Basta con temer que una mayoría provista de escasos argumentos democráticos y de excesivas pasiones pueda en múltiples circunstancias echar a perder en una sociedad bienes públicos como la paz o la justicia. A fin de impedirlo, el tratamiento académico acostumbrado pone el acento en aportar razones a favor de la constitucionalización de los derechos, de su revisión judicial, etc. Pero eso son palabras mayores que pasan por alto riesgos más regulares en que incurre toda mayoría que imagine estar libre de limitaciones sustantivas. Tanto si formamos parte o no de la mayoría, tanto si somos partidarios de que toda decisión la adopte el Parlamento o de delegar alguna en un órgano contramayoritario, lo mismo si la materia sometida a decisión es capital o más ordinaria..., lo razonable en un ciudadano sensato es el miedo permanente a la amenaza escondida en cualquier mayoría que considere que todo está a su alcance. Será un temor a que esa coyuntural mayoría haga o permita *lo que no debe hacer o permitir*, o a hacerlo/permitirlo *por malas razones* o a hacerlo/permitirlo *con carácter irreversible* (o de difícil reversibilidad).

Para mantener esta saludable actitud crítica tampoco es preciso sospechar por sistema de los otros y confiar sólo en uno mismo. Al contrario, precisamente por la sobrada experiencia de nuestros propios errores en materia pública, sabemos que podemos equivocarnos gravemente y que no merecemos disponer del derecho irrestricto a fijar el destino de nuestra comunidad el día que formemos parte de la mayoría. Se nos explica que, como portadores de derechos que somos, debemos confiar también en la capacidad de participar y responsabilizarnos en la toma de decisiones políticas (266). Tal vez fuera más apropiado decir que, en calidad de sujetos de derechos, tenemos el deber de aprender a desarrollar esa capacidad participativa; y más aún, cuando esa participación carece de límites... «Precisamente porque yo veo a toda persona como un potencial agente moral, dotado de dignidad y autonomía, desearía confiar al pueblo *en masse* la obligación del autogobierno» (*ibid.*). Pero que el ser humano sea en efecto un *potencial* agente moral no quita para que, en cualquier momento, pueda ser *actualmen-*

te un agente capaz de las mayores aberraciones. Las estructuras económicas y políticas de nuestras sociedades deparan incontables estímulos para esa conducta inmoral. Eso es lo que intentan impedir ciertos mecanismos de la democracia constitucional; lo demás es angelismo.

* * *

Pero ni siquiera voy a rozar las cuestiones debatidas a propósito del «coto vedado» y del principio contramayoritario que instaura una democracia constitucional. Aunque me inclino hacia procedimientos diferentes de la simple remisión a un Tribunal superior, las razones que amparan limitar el poder de las mayorías me resultan convincentes [50]. Al término de este trabajo, sin embargo, mi propuesta es completar ese «control de constitucionalidad» por algo así como un *control de democraticidad*. Mientras aquél estriba en una revisión judicial y de naturaleza relativamente excepcional, éste instituiría un control ciudadano y más regular. Si el examen de los jueces (o de cualquier otro órgano que lo sustituyese) se ocupa de contrastar una norma pública con el texto constitucional, el examen de los ciudadanos sometería a escrutinio aquella norma (y la propia Constitución) conforme a los principios sustanciales y procedimentales de la democracia misma. En suma, la revisión posterior no tendría que excluir la posibilidad de una revisión anterior y más inmediata. Algunos han propuesto encomendarlo a «autoridades independientes» y también a «comisiones públicas», siempre de carácter colegiado, que pueden tomar la forma de foros abiertos, jurados o grupos de expertos, agencias ciudadanas de evaluación, etc., cuyos miembros ostentan un carácter inamovible y ejercen su función por tiempo limitado, que amplían la deliberación y contribuyen a una mejor decisión gubernamental [51].

Sabemos que toda Constitución es el gran acuerdo en que, cada sociedad y momento histórico, plasma las exigencias políticas que considera democráticas tras un amplio debate. Pero no habría que olvidar que las Constituciones no constituyen modelos de imparcialidad (porque, como la nuestra, llegan a acoger derechos antidemocráticos tales como los históricos y forales) y que, por ello mismo, pueden ser justas o injustas [52].

---

[50] Son muy esclarecedoras las reflexiones de ROSANVALLON. A su entender, en ese control alternan «dos formas de entender y construir la voluntad general en las democracias. Por un lado, una lógica de la cantidad, que hace prevalecer la opinión inmediatamente predominante; por el otro, una lógica del razonamiento, que introduce una obligación oponible de justificación». Y todo ello obliga a distinguir diversas temporalidades, argumentos y definiciones de la generalidad social en la decisión democrática (*La legitimidad democrática*, cit., 192 y ss.).

[51] P. ROSANVALLON, *La legitimidad democrática*, cit., 133-136, 207-208, 289-290. El mismo autor ya se había acercado al tema en *La contrademocracia*, Buenos Aires, Manantial, 2007. Ahí, frente a una democracia de legitimidad electoral, dibujaba tres modalidades principales que adopta una democracia de la desconfianza o de poderes indirectos: la vigilancia, la denuncia y la calificación (21-40). Para J. M. RUIZ SOROA («Un poder de contrapeso», *El País*, 16 de agosto de 2012), y como una forma de reactivación del eforado clásico griego, se trataría de «encontrar una forma de organizar institucionalmente un poder ciudadano que vigile y corrija al de los partidos políticos pero que, al mismo tiempo, no caiga en sus manos». Así sugiere, entre otras, la formación por sorteo (entre interesados) de asambleas de carácter especializado, cuya intervención fuera obligada en los desarrollos de políticas particulares y la de jurados electorales que fiscalicen la actividad de los diputados electos...

[52] F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, Madrid, Trotta, 2007, 222-223 y 230-231. Su texto dice que pueden ser justas, aunque no hayan sido adoptadas democráticamente, o injustas, por más que sean producto de una deliberación democrática. En lugar de ese «democráticamente», ya se comprende que yo diría «mayoritariamente» (el juicio encerrado entre paréntesis es mío, no del autor del libro).

Convengamos entonces que recurrir a ella como definitiva instancia legitimadora, pese a sus inocultables deficiencias, y hacerlo para medir la adecuación o inadecuación de una norma a la letra de esa Ley básica..., probablemente significa un acercamiento legal más que sustantivo. La sugerencia de un control de democraticidad, en cambio, es introducir —frente a una democracia de partidos o de jueces— la idea de una *democracia militante*. La dimensión interactiva de la democracia implica una batalla cotidiana por la justificación de sus actos. Cada una de las decisiones de cierto calado de las instituciones políticas, lo mismo locales que estatales, sería revisada en público y por el «público» desde el criterio último del contenido o sustancia democrática.

Llegados a este punto, poco cuesta imaginar la poderosa objeción que aquí se levantaría por encima de las demás posibles. A saber, que no habría procedimiento, ni mayoría ni decisión política alguna que merecieran el título de «democráticos», sencillamente porque sería imposible que se atuvieran en todo a las exigencias que derivan de tal título. Pues si ese calificativo no debe confundirse con el de «mayoritario», resultaría que lo democrático vendría a superponerse con exactitud a lo justo y que lo injusto sería sinónimo de no democrático: ¿no habíamos quedado incluso en que los derechos políticos instaban al reconocimiento y prestación de los derechos sociales? La única democracia propiamente dicha encarnaría tan sólo en una sociedad perfecta. Habríamos elaborado una defensa a ultranza de la pureza democrática. Es lo que se desprende de aceptar que el ideal de la igual libertad contiene los criterios normativos últimos de la acción política que ni el procedimiento ni sus resultados deberían defraudar. ¿No estaríamos así ante un absolutismo de la sustancia, ante lo que cabría tildar de «fundamentalismo democrático»?

Una respuesta posible se encamina hacia esa distinción que dibuja el profesor LAPORTA entre los *principios* o exigencias ético-políticas y los *mecanismos* institucionales que sirven de vehículo para su realización [53]. Si los principios democráticos son abstractos y absolutos, los mecanismos que los encauzan en cada momento y lugar son concretos y relativos, de manera que sus resultados serán por definición limitados. Así las cosas, lo democrático será por definición un contenido normativo *gradual*, y *cada uno* de los regímenes e instituciones, procesos y leyes que lo pretendan se merecen ese adjetivo sólo en una porción mayor o menor. Como un ideal asintótico, su gracia consiste en reavivar la tensión entre los hechos políticos y ese ideal. El refrendo de la mayoría sería sólo, y en el mejor de los casos, un camino de aproximación hacia él. Pero el riesgo más notorio de la reducción de lo democrático a su carácter mayoritario es que tienda a neutralizar cualquier empeño crítico, a disuadir del análisis normativo o sustantivo ulterior, a procurar la permanencia de lo establecido. De tal manera que todo, lo decente y lo indecente, quedaría canonizado.

[53] F. LAPORTA, cit., 233.

PRINCIPIOS JURÍDICOS IMPLÍCITOS Y COHERENCIA*

Juan Pablo Alonso

Universidad de Buenos Aires

RESUMEN. El presente trabajo presenta una concepción de los principios jurídicos implícitos compatible con la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho, a través de tres funciones de la coherencia jurídica: una descriptiva y dos normativas. En la función descriptiva, los principios «describen» (o «explican») las relaciones de coherencia del sistema de normas. En la primera función normativa, los principios se utilizan para resolver algún caso difícil (*i. e.* lagunas normativas). En la segunda función normativa, los principios se utilizan para detectar incoherencias y, eventualmente, «derrotarlas». Los principios implícitos son inducidos/abducidos a partir de las normas positivas. Se parte de la concepción de las normas y de los sistemas normativos de Alchourrón y Bulygin, y de la distinción de MacCormick entre consistencia y coherencia.

Palabras clave: principios jurídicos implícitos, sistemas normativos, coherencia, incoherencia, lagunas, analogía, inducción, abducción, Alchourrón y Bulygin, MacCormick.

Implicit Legal Principles and Coherence

ABSTRACT. The present work presents a conception of implicit legal principles, compatible with the Social Sources Thesis of Legal Positivism, through three functions of legal coherence: a descriptive one and two normative ones. In the descriptive function, the principles «describe» (or «explain») the coherence relations of a system of norms. In the first of the normative functions, principles are used to solve a hard case (*i. e.* legal gaps). In the second normative function, principles are used to detect incoherencies and, eventually, «defeat» them. Implicit principles are induced/abduced from positive norms of the system. The present work takes as a starting point Alchourrón and Bulygin's conceptions of norms and normative systems, and the distinction, traced by MacCormick between consistency and coherence.

Keywords: implicit legal principles, normative systems, coherence, incoherence, legal gaps, analogic reasoning, induction, abduction, alchourrón and Bulygin, MacCormick.

* Fecha de recepción: 1 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo presentaré una concepción de los principios jurídicos implícitos compatible con la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho.

Asimismo, presentaré una concepción de la coherencia jurídica, como una peculiar relación entre principios (implícitos en este caso) y reglas. Para ello, consideraré la distinción de MacCormick [1] entre consistencia y coherencia de los sistemas jurídicos. Según el autor escocés, la consistencia es una relación entre normas: un sistema normativo es consistente si carece de antinomias. La coherencia, por su parte, es una relación entre normas y principios: un sistema normativo es coherente con relación a un principio (o conjunto de principios) si sus normas se subsumen en tal principio (o conjunto de principios). Según MacCormick, nada impide que un sistema normativo sea consistente (sin antinomias) pero incoherente con los principios que rigen en él. Esta noción de coherencia de MacCormick, como relación entre principios y reglas, será central en el presente trabajo.

Siguiendo la concepción de las normas de Alchourrón y Bulygin [2], utilizaré el método inductivo como herramienta para la obtención de principios implícitos, los que serán estructurados como fórmulas de la lógica de relaciones [3].

Una vez inducidos los principios se construirá el «diagrama de coherencia»: tal diagrama es el gráfico que representa las relaciones de coherencia entre de los casos del Universo de Casos (UC) [4].

Distinguiré tres funciones de la coherencia de las normas jurídicas con relación a sus principios de referencia. Una función descriptiva y dos funciones normativas.

La función descriptiva presupone que el sistema normativo es completo (carece de lagunas) y consistente (carece de antinomias). Además, es un sistema coherente ya que es posible describir su coherencia en función de los principios que se inducen de él.

La primera función normativa de la coherencia presupone que el sistema posee alguna patología normativa (lagunas o antinomias). El propósito de esta función es inducir principios de tal modo que, a través del diagrama de coherencia, se pueda delinear la solución coherente para el caso patológico.

La segunda función normativa de la coherencia presupone dos cuestiones: *a)* que el sistema normativo es completo y consistente, y *b)* que existe algún caso

---

[1] MacCormick, 1984.

[2] «Llamaremos *normas* a los enunciados (es decir, a las expresiones lingüísticas) que correlacionen casos con soluciones», Alchourrón y Bulygin, 1971: 37.

[3] En este contexto, por inducción me refiero al método clásico de las ciencias naturales, delineado por Bacon en *Novum Organum* (1620) y no a la «inducción jurídica» Alchourrón y Bulygin (1971, 130 y ss.), que es presentada como una forma de deducción al tratarse de inducción completa. Asimismo, podría utilizarse la abducción en lugar de la inducción, aunque con el mismo resultado, dado que ambas herramientas metodológicas llevarían a las mismas conclusiones, al menos el marco del presente trabajo. En otros contextos jurídicos, probablemente la abducción presente ventajas metodológicas por sobre la inducción, en el sentido que sea la mejor explicación metodológica sobre el modo es que los juristas obtienen principios implícitos. Sobre la abducción en la ciencia jurídica puede consultarse Tuzet, 2010: 15-90. La idea de que la abducción sería más pertinente que la inducción para explicar principios implícitos me fue sugerida por G. Scataglini.

[4] El concepto de «Universo de Casos (UC)» ha sido definido por Alchourrón y Bulygin, 1971: 51 y ss.

del UC cuya solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema. Tal incoherencia será (o no) derrotable, en función de la jerarquía de los principios involucrados [5].

Concluiré el trabajo efectuando consideraciones finales respecto de la concepción de los principios jurídicos implícitos presentada.

2. LA FUNCIÓN DESCRIPTIVA DE LA COHERENCIA

2.1. La reivindicación de inmuebles en el anteproyecto de FREITAS. Las normas y la matriz del sistema normativo

Para presentar la función descriptiva de la coherencia utilizaré el régimen de reivindicación de inmuebles del anteproyecto de FREITAS del Código Civil Brasilero, régimen analizado en *Normative Systems* (ALCHOURRÓN y BULYGIN 1971: 38 y ss.).

Las propiedades relevantes del Universo de Propiedades (UP) [6], que se utilizarán para la configuración del Universo de Casos (UC) [7], son tres:

— BFE: buena fe del enajenante (buena fe de quien vendió el inmueble).
— BFA: buena fe del adquirente (buena fe de quien compró el inmueble).
— TO: título oneroso (el carácter oneroso de la transferencia inmobiliaria).

El Universo de Acciones (UA) [8] posee una sóla acción: la Restitución del inmueble (R).

El Universo de Soluciones (US) [9], por su parte, admite dos soluciones normativas posibles:

— OR: Obligatorio Restituir el inmueble.
— FR: Facultativo Restituir el inmueble.

Las disposiciones jurídicas son las siguientes:

— Art. 3.877, inc. 2.º: Compete la reivindicación, cuando la cosa demandada fuere inmueble [...] contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe por título oneroso, si la hubo de enajenante de mala fe.
— Art. 3.878: Compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada:

• Inc. 2.º: contra el actual poseedor, que de mala fe la hubo de enajenante obligado a restituirla al reivindicante.
• Inc. 3.º: contra el actual poseedor, aunque la hubiese de buena fe de enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito.

---

[5] Como se verá al final del trabajo, estas exigencias pueden debilitarse de tal forma que sólo la condición *b)* sea necesaria para la segunda función normativa de la coherencia, mientras que la condición *a)* es contingente aunque, de hecho, bastante usual.
[6] ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 52 y ss.
[7] ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 54 y ss.
[8] ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 71 y ss.
[9] ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 74 y ss.

— Art. 3.882, inc. 1.º: Tampoco compete la reivindicación, ya sea mueble o inmueble la cosa demandada, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe.

Las normas y la matriz del sistema normativo son las siguientes:

N3877(2): $\neg$BFE $\Rightarrow$ OR[10]
N3878(2): $\neg$BFA $\Rightarrow$ OR
N3878(3): $\neg$TO $\Rightarrow$ OR[11]
N3882(1): BFE & BFA & TO $\Rightarrow$ FR

	BFE	*BFA*	*TO*	*3877 (2)*	*3878 (2)*	*3878 (3)*	*3882 (1)*[1]
1	+	+	+				FR
2	–	+	+	OR			
3	+	–	+		OR		
4	–	–	+	OR	OR		
5	+	+	–			OR	
6	–	+	–	OR		OR	
7	+	–	–		OR	OR	
8	–	–	–	OR	OR	OR	

[1] Esta matriz es de ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 41.

Como surge de la matriz, el sistema es completo y consistente: completo porque no tiene lagunas (todos los casos están correlacionados al menos con una solución normativa) y consistente porque no tiene antinomias (en los casos en que hay más de una solución normativa, las mismas son equivalentes). El sistema carece de casos genéricos difíciles desde el punto de vista lógico.

En los casos 4, 6, 7 y 8 el sistema presenta redundancias, por lo que el mismo no es independiente; no obstante, debe señalarse que las redundancias no importan problemas lógicos sino que impactan en la presentación o formulación del sistema.

2.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia

En cuanto a la coherencia del sistema, propondré tres principios implícitos (identificados con las letras griegas α, β y γ) estructurados como enunciados que establecen

[10] ALCHOURRÓN y BULYGIN señalan que el uso de la palabra «aunque» en la formulación del art. 3.877, inc. 2.º, puede dar lugar a una ambigüedad; sin embargo, según los autores, el uso de dicha palabra parecería indicar que la buena fe del adquirente y el título oneroso se mencionan a título de ejemplo, de tal forma que la única condición estipulada por la norma es la mala fe del enajenante. En este trabajo, en consonancia con los autores, se adopta tal interpretación (ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 39).

[11] En este caso se presenta la misma ambigüedad que la que se presenta en el art. 3.877, inc. 2.º Coincidentemente con la posición antes asumida, se adoptará una interpretación amplia, según la cual el título gratuito es condición suficiente para la reivindicación, considerando la mención de la buena fe del adquirente y de la buena fe del enajenante a título ejemplificativo.

relaciones (de la lógica de relaciones) entre los casos del UC y sus soluciones normativas; luego analizaré si tales principios se verifican en el sistema normativo a estudio. Se trata de los siguientes principios implícitos:

α: Quien adquiere de un enajenante de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de enajenante de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente de enajenante de mala fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de enajenante de buena fe).
$BFE \geq \neg BFE$

β: Quien adquiere de buena fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente de mala fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de buena fe).
$BFA \geq \neg BFA$

γ: Quien adquiere a título oneroso tiene mejor o igual derecho que quien adquiere a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente a título gratuito no puede tener mejor derecho que el adquirente a título oneroso).
$TO \geq \neg TO$

Los principios implícitos establecen la relación de «tener un derecho mejor o igual que», relación que, en este contexto, sólo significa que «Facultativo Restituir (FR)» es un derecho mejor que «Obligatorio Restituir (OR)», toda vez que quien puede conservar el inmueble (FR) está mejor posicionado, en términos patrimoniales, que aquel que debe restituir el inmueble (OR) al reivindicante. Complementariamente, hay un derecho igual cuando ambos pueden conservar el inmueble (FR) o cuando ambos deben restituirlo (OR) [12].

Los principios implícitos propuestos se estructuran como enunciados de la lógica de relaciones; puntualmente, los casos del UC se comparan sobre la base de la relación «tener un derecho mejor o igual», relación que, al ser transitiva y reflexiva, configura una cuasiordenación [13].

Varias de las diferentes ordenaciones de la lógica de relaciones podrían utilizarse para formular principios del tipo aquí propuesto [14]. En otro trabajo, vinculado al derecho penal [15], he propuesto el siguiente principio implícito: «la comisión de homicidio en concurrencia de circunstancias agravantes (premeditación, p. ej.) debe estar penada más severamente que la comisión de homicidio sin concurrencia de circunstancias agravantes. Tal principio establece la relación «estar penada/o más seve-

[12] Dado que el sistema normativo regula la acción de restituir el inmueble por parte del actual poseedor, los principios comparan las situaciones de diferentes tipos de actuales poseedores. Si el sistema normativo hubiera regulado el derecho a recuperar el inmueble del pretenso reinvidicante, entonces los principios compararían situaciones de diferentes tipos de pretensos reivindicantes.

[13] En este trabajo sigo la clasificación de las ordenaciones propuesta por SEN, 1970: 24.

[14] Sobre las diferentes variedades de ordenaciones de la lógica de relaciones puede verse SEN, 1970: 22 y ss.

[15] En ALONSO, 2006: 193-197, analicé el sistema del delito de homicidio del código penal argentino (arts. 79 a 82), estableciendo su coherencia a través de principios jurídicos implícitos del tipo aquí analizado. El principio implícito en cuestión se formalizó: «HMC & AGR > HMC & ¬AGR».

ramente que», relación que, al ser transitiva y asimétrica, configura una ordenación parcial estricta [16].

Los principios implícitos propuestos incorporan la cláusula *ceteris paribus* a través de la frase «siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes». Esta incorporación obedece a que en algunas relaciones, como la cuasiordenación aquí analizada, las comparaciones se efectúan de «a pares» de casos; casos que deben poseer las mismas propiedades salvo aquella propiedad que es objeto de la comparación [17].

Propuestos los principios implícitos α, β y γ, corresponde corroborar si los mismos se verifican en los casos genéricos del UC respecto de las soluciones normativas del sistema a estudio.

Verificación de α: BFE ≥ ¬BFE

– 1 (BFE&BFA&TO ⇒ FR) > 2 (¬BFE&BFA&TO ⇒ OR)
– 3 (BFE&¬BFA&TO ⇒ OR) = 4 (¬BFE&¬BFA&TO ⇒ OR)
– 5 (BFE&BFA&¬TO ⇒ OR) = 6 (¬BFE &BFA&¬TO ⇒ OR)
– 7 (BFE&¬BFA&¬TO ⇒ OR) = 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO)

Verificación de β: BFA ≥ ¬BFA

– 1 (BFE&BFA&TO ⇒ FR) > 3 (BFE&¬BFA&TO ⇒ OR)
– 2 (¬BFE&BFA&TO ⇒ OR) = 4 (¬BFE&¬BFA&TO ⇒ OR)
– 5 (BFE&BFA&¬TO ⇒ OR) = 7 (BFE&¬BFA&¬TO ⇒ OR)
– 6 (¬BFE&BFA&¬TO ⇒ OR) = 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO ⇒ OR)

Verificación de γ: TO ≥ ¬TO

– 1 (BFE&BFA&TO ⇒ FR) > 5 (BFE&BFA&¬TO ⇒ OR)
– 2 (¬BFE&BFA&TO ⇒ OR) = 6 (¬BFE&BFA&¬TO ⇒ OR)
– 3 (BFE&¬BFA&TO ⇒ OR) = 7 (BFE&¬BFA&¬TO ⇒ OR)
– 4 (¬BFE&¬BFA&TO ⇒ OR) = 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO ⇒ OR)

Se ha verificado que los principios implícitos α, β y γ rigen en todos aquellos pares de casos del UC que resultan comparables en función de los mismos. Los tres principios establecen la misma relación: «tener un derecho mejor o igual que», relación que es transitiva y reflexiva. En algunos pares de casos se ha verificado la relación «tener un derecho mejor que» (pares 1/2, 1/3, y 1/5) mientras que en los otros se ha verificado la relación «tener un derecho igual a».

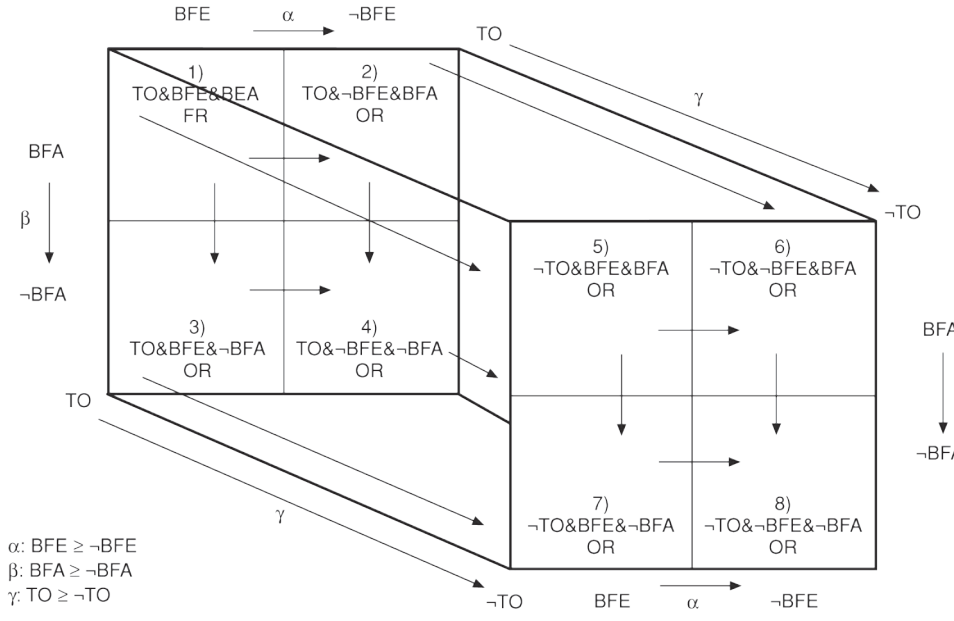
Verificados los principios corresponde construir el diagrama de coherencia.

Al subsumirse en tres principios el sistema normativo es pluralista (Kress, 1996: 534); su diagrama de coherencia fluye en tres sentidos distintos (de izquierda a derecha —α—, de arriba hacia abajo —β— y de atrás hacia adelante —γ—).

---

[16] Sen, 1970: 24.

[17] Algo similar sucede con las comparaciones que se realizan en la lógica de preferencias, la cual es una aplicación particular de la lógica de relaciones. «Las relaciones de preferencia o indiferencia son, por tanto, **relaciones binarias**, porque la preferencia de un individuo sobre un conjunto de alternativas siempre puede descomponerse en juicios de preferencia o indiferencias sobre todos los pares de alternativas que pueden formarse en ese conjunto», Zuleta, 1998: 81.



El diagrama de coherencia determina la posición de coherencia de cada uno de los casos del UC con relación al resto, determinando cuál es el caso «mejor posicionado» (el caso 1) y el «peor posicionado» (el caso 8). El resto de los casos (los «intermedios») se encuentran entre estos casos «extremos».

Si bien no pueden compararse aisladamente todos los casos entre sí, debido a las restricciones de comparabilidad que impone la cláusula *ceteris paribus*, sí pueden compararse muchos pares de casos teniendo en cuenta los tres principios a la vez en función de la transitividad de la relación «tener un derecho mejor o igual que».

Desde el caso 1 hasta el caso 8 todas las comparaciones posibles son las siguientes:

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 2 (¬BFE&BFA&TO) (α)
– 2 (¬BFE&BFA&TO) ≥ 4 (¬BFE&¬BFA&TO) (β)
– 4 (¬BFE&¬BFA&TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (γ)

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (α, β, γ) —por transitividad—

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 2 (¬BFE&BFA&TO) (α)
– 2 (¬BFE&BFA&TO) ≥ 6 (¬BFE&BFA&¬TO) (γ)
– 6 (¬BFE&BFA&¬TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (β)

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (α,γ, β) —por transitividad—

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 3 (BFE&¬BFA&TO) (β)
– 3 (BFE&¬BFA&TO) ≥ 4 (¬BFE&¬BFA&TO) (α)
– 4 (¬BFE&¬BFA&TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (γ)

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (β,α,γ) —por transitividad—

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 3 (BFE&¬BFA&TO) (β)
– 3 (BFE&¬BFA&TO) ≥ 7 (BFE&¬BFA&¬TO) (γ)
– 7 (BFE&¬BFA&¬TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (α)

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (β, γ, α) —por transitividad—

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 5 (BFE&BFA&¬TO) (γ)
– 5 (BFE&BFA&¬TO) ≥ 6 (¬BFE&BFA&¬TO) (α)
– 6 (¬BFE&BFA&¬TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (β)

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (γ, α, β) —por transitividad—

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 5 (BFE&BFA&¬TO) (γ)
– 5 (BFE&BFA&¬TO) ≥ 7 (BFE&¬BFA&¬TO) (β)
– 7 (BFE&¬BFA&¬TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (α)

– 1 (BFE&BFA&TO) ≥ 8 (¬BFE&¬BFA&¬TO) (γ, β, α) —por transitividad—

Se verifica que tanto el «caso mejor posicionado» (1) como el «caso peor posicionado» (8) son comparables con todos los casos del UC. Esta situación de comparabilidad total de los casos «extremos» se presenta en todos los sistemas normativos coherentes, sean monistas o pluralistas [18].

A diferencia de los sistemas monistas, en los sistemas pluralistas no todos los casos intermedios son comparables entre sí (no puede garantizarse que para todo par de casos intermedios pueda establecerse una relación de coherencia). En este sistema no son comparables entre sí los siguientes casos: 2/3, 2/5, 2/7, 3/5, 3/6, 4/5, 4/6, 4/7 y 6/7.

Con relación a los sistemas coherentes pluralistas, puede concluirse lo siguiente:

a) Cada caso del UC es comprable con al menos otro caso del UC.
b) Los casos «extremos» son comparables con todos los casos del UC.
c) No todos los casos «intermedios» son comparables entre si; siempre existe al menos un par de casos «intermedios» incomparables entre sí.

En razón que los principios implícitos se verifican en los ocho casos del Universo de Casos, en términos inductivos su grado probabilístico es 100 por 100 (8/8 = 1) [19].

---

[18] La diferencia entre sistemas de coherencia monistas y pluralistas fue acuñada por Kress, 1996. Según este autor los sistemas monistas coherentes se subsumen en un único principio; los pluralistas, en varios. En Alonso, 2006: 189 y ss., y 199 y ss., analicé el sistema de la progresividad impositiva como ejemplo de sistema monista.

[19] Podría objetarse mi afirmación de que «los principios (α, β y γ) poseen un grado probabilístico del 100 por 100», ya que la mención a «grado probabilístico» sería más adecuada en el marco de un proceso inductivo en el que se afirma que una ley científica (física, *v. gr.*) ha sido verificada empíricamente en todos los casos indi-

3. LA PRIMERA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA COHERENCIA: RESOLUCIÓN DE LAGUNAS

3.1. Un sistema imaginario. Las disposiciones, las normas y la matriz

Variaré el conjunto de normas de FREITAS, manteniendo el mismo Universo del Discurso (UD) [20] y el mismo Universo de Casos (UC). Las disposiciones, las normas y la matriz de este sistema son las siguientes:

N1: No procede la reivindicación, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe.

N2: Es obligatorio restituir el inmueble cuando el poseedor adquirió de mala fe de enajenante de buena fe.

N3: Es obligatorio restituir el inmueble cuando la cosa se obtuvo por título gratuito.

N1: BFE & BFA & TO ⇒ FR
N2: BFE & ¬BFA ⇒ OR
N3: ¬TO ⇒ OR

	BFE	*BFA*	*TO*	*N1*	*N2*	*N3*
1	+	+	+	FR		
2	–	+	+			
3	+	–	+		OR	
4	–	–	+			
5	+	+	–			OR
6	–	+	–			OR
7	+	–	–		OR	OR
8	–	–	–			OR

Como señalé, se trata del mismo UD y del mismo UC; esto último debido a que las normas de este sistema imaginario consideran las mismas propiedades relevantes (BFE, BFA y TO) que el sistema de FREITAS. Sin embargo, el US posee grandes diferencias. Mientras que el sistema de FREITAS era completo éste no lo es, ya que los casos 2 y 4 carecen de solución normativa, configurándose dos lagunas normativas.

3.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia

Para solucionar las lagunas normativas intentaré verificar si las normas de este sistema incompleto se subsumen en los principios implícitos (α, β y γ) que se utilizaron

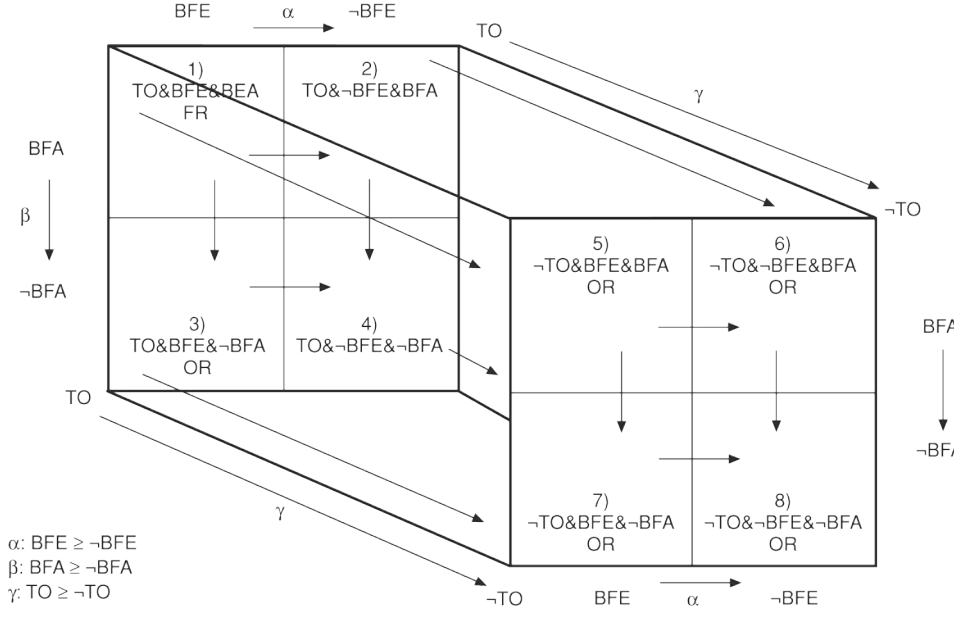
viduales posibles. Por ello, podría reemplazarse «grado probabilístico» por «grado de confirmación», «grado de coherencia» o alguna expresión análoga (*vid.* nota 4).

[20] La noción de Universo del Discurso (UD) está explicada en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 32 y ss.

para determinar la coherencia del sistema de FREITAS. Si la respuesta es afirmativa, tales principios implícitos podrían utilizarse para resolver los casos con lagunas normativas.

Ahora bien, si ese procedimiento es exitoso, las soluciones normativas emergentes no pertenecerán al sistema normativo (al menos en virtud de los clásicos criterios de pertenencia, el de deducibilidad y el de legalidad)[21], pero las mismas podrán considerarse «coherentes con los principios α, β y γ», principios implícitos que «explican» las relaciones de coherencia del sistema en cuestión. Por el contrario, si las normas del sistema no se subsumen en α, β y γ, entonces habrá que recurrir a otros principios diferentes; u otras técnicas argumentativas.

Los principios implícitos y el diagrama de coherencia son los siguientes:



Como se advierte, las normas de este sistema se subsumen en los principios α, β y γ, no obstante las lagunas en los casos 2 y 4. La verificación de esta subsunción coherentista se puede efectuar debido al carácter transitivo de la relación «tener un derecho mejor o igual» establecida por los principios α, β y γ.

Las comparaciones efectuadas anteriormente (*supra* 2.2) se aplican sin mayores inconvenientes a este sistema normativo; desde el caso «mejor posicionado» (caso 1) hasta el caso «peor posicionado» (caso 8), pueden efectuarse tales comparaciones, substrayendo los casos sin soluciones.

[21] *Vid.* CARACCIOLO, 1988: 57 y ss.

Por ejemplo, el caso 1 tiene un derecho mejor o igual que el 2 (1/2 por α), pero como este carece de solución, debe verificarse si los casos que están peor o igual que el caso 2 están, también, peor o igual que el caso 1. Y ello se verifica respecto del caso 6 (1/2 por α, 2/6 por γ) que tiene un derecho peor que el caso 1, y se verifica respecto del caso 8 (1/2 por α, 2/6 por γ, 6/8 por β) que tiene un derecho peor que el caso 1.

Lo mismo sucede respecto del caso 4 (1/3 por β, 3/4 por α, 4/8 por γ).

Dada la existencia de dos lagunas normativas, los principios α, β y γ no se verifican en todos los casos del Universo de Casos, sino en seis de los ocho. Por ello el grado probabilístico de los principios α, β y γ en este sistema es 75 por 100 (6/8 = 0,75) [22].

No existe otro conjunto de principios que explique la coherencia del sistema con un grado probabilístico mayor o igual que el conjunto propuesto (α, β y γ). Por ello, tales principios pueden usarse como premisas de razonamientos para solucionar los casos no solucionados (los casos 2 y 4).

3.3. La solución para el caso 4

Las dos soluciones posibles del US del sistema normativo son OR (es obligatorio restituir el inmueble) y FR (es facultativo restituir el inmueble). Resolver la laguna del caso 4 supone determinar cuál de estas dos soluciones es la más coherente con el sistema normativo, sobre la base de los principios implícitos inducidos/verificados al 75 por 100 (α, β y γ).

De la posición del caso 4 en el diagrama de coherencia puede afirmarse que ese caso 4 no puede tener un derecho peor que el caso 8) (puede tener un derecho mejor o igual, por γ); a su vez, el caso 4 no puede tener un derecho mejor que el caso 3 (puede tener un derecho igual o peor, por α).

El primer argumento es el siguiente:

1) caso 8: $\neg$BFE & $\neg$BFA & $\neg$TO $\Rightarrow$ OR (caso 8, Cn SN)
2) caso 4 ($\neg$BFE & $\neg$BFA & TO) $\geq$ caso 8 ($\neg$BFE & $\neg$BFA & $\neg$TO) (γ: TO $\geq\neg$TO)
——————————————————————————————— (0,75)
3) caso 4: $\neg$BFE & $\neg$BFA & TO $\Rightarrow$ FR v OR (1,2)

La premisa 1 es el caso 8 con la solución atribuida por el sistema normativo; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad [23].

La premisa 2 es el principio implícito γ, que indica que quien adquirió el inmueble a título oneroso debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus)*. Como se vio, este principio tiene un grado probabilístico

[22] POPPER critica el carácter probabilístico de la inducción en las ciencias naturales, debido a que la probabilidad de verdad de una generalización (su grado probabilístico) es el cociente entre el número finito de casos observados y el número infinito de los casos a los que se pretende aplicar la generalización; cociente que resulta cero. Entiendo que tal objeción no es trasladable a aquellos análisis en que los casos a los que se pretende aplicar la generalización son finitos (POPPER, 1959 y 1982).

[23] Sobre el criterio de deducibilidad, *vid.* CARACCIOLO, 1988: 57 y ss.

del 75 por 100 *ergo* no se deduce del sistema; pero aunque sólo se induzca incompletamente, cabe hacer uso de ese principio toda vez que es la mejor hipótesis de coherencia (junto con α y β).

La conclusión 3 indica que el caso 4 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 4 puede tener un derecho mejor o igual que el caso 8 (por γ), y como el caso 8 tiene la solución OR, entonces el caso 4 puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

El segundo argumento es el siguiente:

1)	caso 3: BFE & ¬BFA & TO ⇒ OR	(caso 3, Cn SN)
2)	caso 3 (BFE & ¬BFA & TO) ≥ caso 4 (¬BFE & ¬BFA & TO)	(α: BFE ≥ ¬BFE)
		(0,75)
3)	caso 4: ¬BFE & ¬BFA TO ⇒ OR	(1,2)

La premisa 1 es el caso 3 con la solución normativa atribuida por el sistema; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.

La premisa 2 es el principio implícito α, que indica que quien adquirió de enajenante de buena fe debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió de enajenante de mala fe, siempre que el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus)*. Este principio tiene un grado probabilístico del 75 por 100; no se deduce del sistema sino que se induce incompletamente.

La conclusión 3 indica que el caso 4 (sin solución normativa en el sistema) puede tener la solución OR. Del razonamiento surge que el caso 4 no puede tener la solución FR porque se le atribuiría al caso 4 un derecho mejor que 3; situación vedada por el principio implícito α.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 4 no puede tener un derecho mejor que el caso 3 (por α), y como el caso 3 tiene la solución OR, entonces el caso 4 solo puede tener puede tener la solución OR, que no es mejor sino igual que la del caso 3.

De los dos argumentos se concluye que la solución OR para el caso 4 es la única solución coherente con los principios inducidos de este sistema.

Debe notarse que los principios implícitos inducidos cumplen una función importante para completar la laguna normativa del caso 4: puntualmente, permiten abastecer una de las premisas del argumento analógico (la premisa 2) para atribuir una solución normativa al caso no resuelto.

3.4. La solución para el caso 2

De la posición del caso 2 en el diagrama de coherencia puede afirmarse que ese caso 2 puede tener un derecho igual o peor que el caso 1) (por α); a su vez puede tener un derecho mejor o igual que el caso 6 (por γ) y que el caso 4 (por β).

El primer argumento es el siguiente:

1) caso 1: BFE & BFA & TO ⇒ FR (caso 1, Cn SN)
2) caso 1 (BFE & BFA & TO) ≥ caso 2 (¬BFE & BFA & TO) (α: BFE ≥ ¬BFE)
——————————————————————————— (0,75)
3) caso 2: ¬BFE & BFA & TO ⇒ FR v OR (1,2)

La premisa 1 es el caso 1 con la solución normativa atribuida por el sistema; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.

La premisa 2 es el principio α, que indica que quien adquirió de enajenante de buena fe debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió de enajenante de mala fe, siempre que el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus)*. Este principio α que tiene un grado probabilístico del 75 por 100.

La conclusión 3 indica que el caso 2 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución OR como la solución FR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 2 puede tener un derecho peor o igual que el caso 1 (por α), y como el caso 1 tiene la solución FR, entonces el caso 2 puede tener tanto la solución FR (igual que 1) como la solución OR (peor que 1).

El segundo argumento es el siguiente:

1) caso 6: ¬BFE & BFA & ¬TO ⇒ OR (caso 6, Cn SN)
2) caso 2 (¬BFE & BFA & TO) ≥ caso 6 (¬BFE & BFA & ¬TO) (γ: TO ≥ ¬TO)
——————————————————————————— (0,75)
3) caso 2: ¬BFE & BFA & TO ⇒ FR v OR (1,2)

La premisa 1 es el caso 6 con la solución normativa atribuida por el sistema normativo; es una consecuencia del sistema; a él pertenece por el criterio de deducibilidad.

La premisa 2 es el principio implícito γ, que indica que quien adquirió a título oneroso debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió a título gratuito, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus)*, principio implícito que ostenta un grado probabilístico del 75 por 100.

La conclusión 3 indica que el caso 2 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 2 puede tener un derecho mejor o igual que el caso 6 (por δ), y como el caso 6 tiene la solución OR, entonces el caso 2 puede tener tanto la solución FR (mejor que 6) como la solución OR (igual que 6).

El tercer argumento consiste en comparar el caso 2 (sin solución en SN) con el caso 4. Como se vio, el caso 4 carece de solución en el sistema normativo, pero de acuerdo a los argumentos del punto anterior (*supra* 3.3) la única solución coherente para 4, sobre la base de los principios implícitos α y γ, es OR. Por tanto efectuaré el tercer argumento atribuyéndole la solución OR al caso 4.

El tercer argumento es el siguiente:

1) caso 4: ¬BFE & ¬BFA & TO ⇒ OR (caso 4, α, γ)
2) caso 2 (¬BFE & BFA & TO) ≥ caso 4 (¬BFE & ¬BFA & TO) (β: BFA ≥ ¬BFA)
——————————————————————————————— (0,75)
3) caso 2: ¬BFE & BFA & TO ⇒ FR v OR (1,2)

La premisa 1 es el caso 4 con la solución normativa atribuida en función de los argumentos desarrollados en el punto anterior (*supra* 3.3).

La premisa 2 es el principio implícito β, que indica que quien adquirió de buena fe debe tener un derecho mejor o igual (no debe ser peor) que quien adquirió de mala fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (*ceteris paribus);* principio implícito que ostenta un grado probabilístico del 75 por 100.

La conclusión 3 indica que el caso 2 (sin solución normativa en el sistema) puede tener tanto la solución FR como la solución OR.

En términos generales, lo que señala el argumento es que como el caso 2 puede tener un derecho mejor o igual que el caso 4 (por β), y como la única solución coherente para el caso 4 es OR, entonces el caso 2 puede tener tanto la solución FR (mejor que 4) como la solución OR (igual que 4).

Como se advierte, los principios inducidos α, β y γ no permiten resolver la laguna del caso 2, toda vez que sobre la base de los mismos, es posible atribuirle tanto la solución FR como la solución OR.

4. LA SEGUNDA FUNCIÓN NORMATIVA DE LA COHERENCIA: DERROTABILIDAD DE INCOHERENCIAS

4.1. Otro sistema imaginario. Las disposiciones, las normas y la matriz

Variaré, nuevamente, el conjunto de normas de FREITAS, manteniendo el mismo UD y el mismo UC. Las disposiciones, las normas y la matriz son las siguientes:

N1: No procede la reivindicación, contra el poseedor de buena fe que la hubo por título oneroso de enajenante de buena fe.

N2: No procede la reivindicación contra quien adquirió de enajenante de mala fe, si lo hubo por título oneroso.

N3: Procede la reivindicación contra quien adquirió de enajenante de buena a título oneroso, si adquirió el inmueble de mala fe.

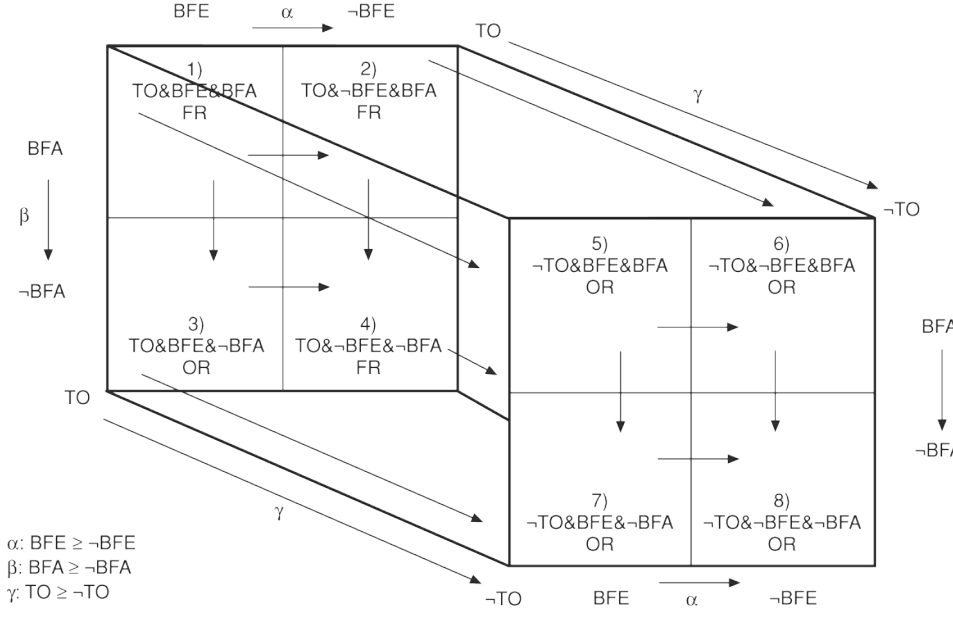
N4: Es obligatorio restituir el inmueble cuando se obtuvo por título gratuito.

N1: BFE & BFA & TO ⇒ FR
N2: ¬BFE & TO ⇒ FR
N3: BFE & ¬BFA & TO ⇒ OR
N4: ¬TO ⇒ OR

	BFE	*BFA*	*TO*	*N1*	*N2*	*N3*	*N4*
1	+	+	+	FR			
2	–	+	+		FR		
3	+	–	+			OR	
4	–	–	+		FR		
5	+	+	–				OR
6	–	+	–				OR
7	+	–	–				OR
8	–	–	–				OR

Al igual que en los dos sistemas anteriores estamos frente a un mismo UD y un mismo UC (las propiedades relevantes son las mismas —BFE, BFA y TO—). Sin embargo, y nuevamente, este Universo de Soluciones posee grandes diferencias con los dos anteriores. Al igual que el sistema de FREITAS, este sistema es completo y consistente, pero las soluciones del US pueden ser objeto de objeciones coherentistas. Estas objeciones se visualizan claramente mediante el diagrama de coherencia, emergente de los principios antes inducidos α, β y γ.

4.2. Los principios implícitos y el diagrama de coherencia



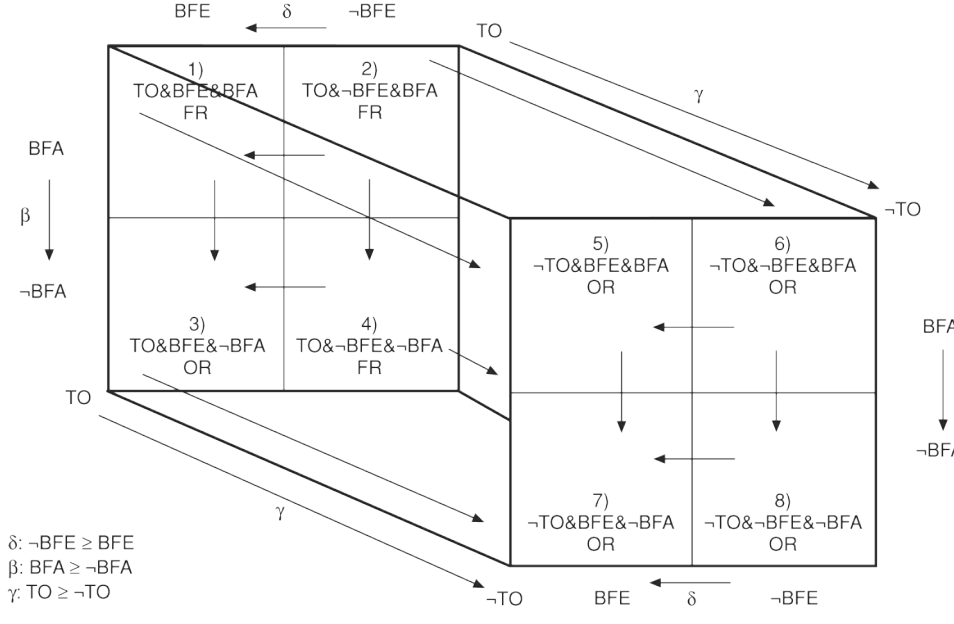
Los principios α, β y γ no se verifican a un 100 por 100. Ello debido a las soluciones de los casos 3 y 4. Según α el caso 3 debería tener una solución mejor o igual que el caso 4, pero el caso 4 tiene una solución (FR) que es mejor que la del caso 3 (OR).

β y γ se verifican de manera completa en el sistema; α, por su parte, se verifica en los pares de casos 1/2, 5/6 y 7/8, pero no respecto del par de casos 3/4.

Ante esta situación, un eventual camino sería buscar un principio que reemplace a α y que, en conjunción con β y γ expliquen mejor la coherencia del sistema. Un principio δ como el siguiente, explicaría mejor la coherencia del sistema:

δ: Quien adquiere de un enajenante de mala fe tiene mejor o igual derecho que quien adquiere de enajenante de buena fe, siempre y cuando el resto de las circunstancias se mantengan constantes (el adquirente de enajenante de buena fe no puede tener mejor derecho que el adquirente de enajenante de mala fe).
¬BFE ≥ BFE

El nuevo diagrama de coherencia es el siguiente:



En este nuevo diagrama de coherencia el caso «mejor posicionado» sería el caso 2, y el «peor posicionado» el caso 7.

El nuevo principio δ establece la relación inversa que establecía el anterior principio α. En efecto, mientras α establecía la relación «BFE ≥ ¬BFE», el nuevo principio δ establece la relación «¬BFE ≥ BFE», colocando a quien adquiere de enaje-

nante de mala fe en mejor posición normativa que quien adquiere de enajenante de buena fe.

Sin embargo, el sólo hecho de que δ se verifique con más alto grado probabilístico que α no parece ser una razón concluyente para considerar que δ es el que debe regir en la determinación de la coherencia del sistema normativo analizado.

En efecto, podrían articularse varias objeciones a la vigencia de δ en el sistema normativo. Premiar la mala fe por sobre la buena fe no es, por cierto, una situación usual en el derecho privado. Además, δ ($\neg$BFE $\geq$ BFE) se opone a otro principio del mismo sistema, β (BFA $\geq \neg$BFA), debido a que δ premia la mala por sobre la buena fe mientras que β premia la buena fe por sobre la mala fe. Genera perplejidad el hecho de que un mismo sistema, por un lado premie la buena fe, y por otro lado la castigue.

Una perplejidad similar se presenta en el delito de lesiones del código penal argentino. Las lesiones dolosas leves tienen una pena de un mes a un año de prisión (art. 89), mientras que las lesiones culposas en general (dentro de las que se incluyen las lesiones culposas leves), tienen una pena de un mes a dos años (94). Sostener que las lesiones culposas o los delitos culposos en general deben estar más penados que las lesiones dolosas o los delitos dolosos en general sobre la base de la relación de las penas de los arts. 89 y 94, contradiría con otras muchas comparaciones del código penal argentino según las cuales, en condiciones equivalentes, los delitos dolosos siempre están más penados que los delitos culposos; incluso, muchos de los delitos sólo admiten forma de comisión dolosa, quedando impune la forma culposa.

Parece más correcto describir la situación de la siguiente forma: dado que en el código penal argentino los delitos dolosos siempre están más penados que los culposos, la relación entre las penas de los arts. 89 y 94 es incoherente con respecto al modo en que se regulan los demás casos de relación doloso-culposo.

Con la situación aquí analizada sucede lo mismo: dado que en el derecho civil (argentino, brasilero, etc.) la buena fe se encuentra en mejor situación normativa que la mala fe o, cuanto mucho, sus situaciones normativas son similares; entonces un sistema normativo que, en condiciones equivalentes, premia la mala fe por sobre la buena es un sistema normativo incoherente.

Esta es una de las razones que me llevan a pensar que la abducción, y no la inducción, es la mejor explicación de cómo los juristas obtienen principios implícitos. En la inducción el conjunto de principios con más alto grado probabilístico prevalece por sobre los restantes conjuntos. En la abducción, en cambio, además del dato del grado probabilístico se requiere que el conjunto de principios pueda explicar las razones de por qué se adopta este sistema normativo y no otro. En términos inductivos el conjunto de principios «$\beta\gamma\delta$» tiene un 100 por 100 de grado probabilístico, ergo, es el conjunto de principios que debe prevalecer. En términos abductivos, en cambio, tal conjunto de principios no es aceptable ya que establecen relaciones de coherencia opuestas entre sí. (β establece la relación BFA $\geq \neg$BFA, mientras que δ establece la relación inversa «$\neg$BFE $\geq$ BFE»).

Por tanto, el conjunto de principios «$\alpha\beta\gamma$» es el conjunto que mejor explica las relaciones de coherencia de los casos del sistema normativo. Tal conjunto no se verifica al 100 por 100 dado que no se verifica en el par de casos 3/4.

En efecto, cada principio regula cuatro pares de casos. El principio β regula (satisfactoriamente) los pares 1/3, 2/4, 5/7 y 6/8. El principio δ regula (satisfactoriamente) los pares 1/5, 2/6, 3/7 y 4/8. Por su parte, el principio α regula los casos 1/2, 3/4, 5/6 y 7/8, regulando satisfactoriamente los pares 1/2, 5/6 y 7/8; pero tal regulación satisfactoria no se verifica en el par de casos 3/4.

Con relación a este par de casos 3/4, debe notarse que es problema no es la solución aislada del caso 3 o la del caso 4, ya que 3 podría tener la solución que tiene (OR) siempre y cuando 4 tuviese esa misma solución; complementariamente, 4 podría tener la solución que tiene (FR) siempre y cuando 3 tuviese esa misma solución. Está claro entonces que el problema no son las soluciones aisladas de 3 o 4 sino la combinación de la solución OR para el caso 3 con la solución FR para el caso 4.

Entonces, o sólo una de ambas soluciones es incorrecta, aunque no sabemos (no podemos determinar) cuál es la incorrecta; o ambas soluciones son incorrectas. Dado que respecto de los demás pares de casos se verifican α, β y δ cabe afirmar que tales principios ostentan un grado probabilístico entre el 87,5 por 100 (7/8, en la hipótesis de que sólo una de esas soluciones sea incorrecta) y el 75 por 100 (6/8, en la hipótesis de que ambas soluciones sean incorrectas).

De lo expuesto cabe afirmar que el sistema normativo es completo, consistente pero incoherente con relación a los principios α, β y δ. La incoherencia se presenta en el par de casos 3/4, con relación al principio α.

4.3. Las respuestas coherentes posibles para los casos 3 y 4

Dada la incoherencia detectada podría intentarse «corregir» el sistema, esto es, tornarlo coherente. Existen tres alternativas para tornar coherente al sistema:

a) corregir sólo el caso 3, asignándole FR en vez de OR,
b) corregir sólo el caso 4, asignándole OR en vez de FR, o
c) corregir ambos casos: se le asigna FR al caso 3 (en lugar de OR) y se le asigna OR al caso 4 (en lugar de FR).

Las dos primeras alternativas parecen *prima facie* preferibles a la tercera, toda vez que las dos primeras provocan una menor modificación en el sistema normativo original, al ajustar sólo una solución normativa del US. La tercera alternativa provoca una modificación mayor, al ajustar dos soluciones normativas del US. Sin embargo, la preferencia de ajustar la menor cantidad de soluciones podría ser derrotada en función de otras consideraciones, que se analizarán más adelante[24].

[24] En ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1981: 139, se estipulan las condiciones de adecuación para las operaciones de substracción en los procesos de derogación de normas. Una de esas condiciones es que «el conjunto de los elementos que se substraen del sistema debe ser *mínimo*, esto es, solo aquellas proposiciones deben ser restadas (del sistema), cuya eliminación es estrictamente necesaria para satisfacer la condición (i)», condición que exige que «ninguna proposición o conjunto rechazados puede permanecer en el sistema». Entiendo que estas consideraciones de ALCHOURRÓN y BULYGIN son trasladables a lo aquí analizado, en el sentido de que en el proceso de tornar coherente un sistema incoherente, son preferibles aquellas operaciones que realizan la menor cantidad de cambios en el sistema normativo a corregir.

4.3.1. Primera alternativa: corregir el caso 3

Asignándole al caso 3 la solución FR en lugar de OR, el sistema se torna coherente, ya que el par de casos 3/4 pasa a respetar la coherencia exigida por α. En efecto, α exige que 3 tenga un derecho mejor o igual que 4, y en el sistema original 3 tenía un derecho (OR) peor que el derecho de 4 (FR), situación incoherente con las exigencias de α. El argumento es el siguiente:

1) caso 4: ¬BFE & ¬BFA & TO ⇒ FR (caso 4, Cn SN)
2) caso 3 (BFE & ¬BFA & TO) ≥ caso 4 (¬BFE & ¬BFA & TO) (α: BFE ≥ ¬BFE)
———————————————————————————— (0,875)
3) caso 3: BFE & ¬BFA TO ⇒ FR (1,2)

El argumento pretende responder a la pregunta acerca de cuál es la solución más coherente según α para el caso 3 tomando como referencia la solución atribuida al caso 4. La premisa 1 es el caso 4 con su solución (FR), la premisa 2 es el principio inducido α (BFE ≥ ¬BFE) y la conclusión señala que sobre la base de las premisas 1 y 2 la solución para el caso 3 debe ser FR. Con este ajuste, la matriz es la siguiente:

	BFE	*BFA*	*TO*	*N1*	*N2*	*N3*	*N4*
1	+	+	+	FR			
2	–	+	+		FR		
3	+	–	+			~~OR~~ FR	
4	–	–	+		FR		
5	+	+	–				OR
6	–	+	–				OR
7	+	–	–				OR
8	–	–	–				OR

Este ajuste acarrea una peculiar consecuencia: las propiedades BFE y BFA se tornan irrelevantes, toda vez que su presencia o ausencia en nada inciden en la caracterización deóntica de la acción R (restituir el inmueble), única acción del UA. Según ALCHOURRÓN y BULYGIN una propiedad es relevante cuando su presencia en un caso genérico conlleva un diferente estatus normativo de la acción del UA con relación al caso complementario (en donde la propiedad está ausente). Una propiedad es irrelevante cuando su presencia (o su ausencia) en un caso genérico no afectan al estatus normativo de la acción del UA.

La propiedad p es *relevante en el caso* Ci de un UCj en relación a un sistema normativo α y a un UCk = Df. el caso Ci y su caso complementario con respecto a p en UCj tienen diferente status normativo en α y el UAk.

Decir que dos casos tienen diferente *status* normativo en relación a un sistema normativo α y a un UAk significa que hay un elemento (una solución) del USmin correspondiente al UAk que está correlacionado con α con uno de los casos y no con el otro.

La propiedad p *es irrelevante en el caso* Ci de un UCj en relación a un sistema normativo α y a un UAk = Df. p no es relevante en Ci, es decir, el caso Ci y su complementario con respecto a p en UCj tienen igual *status* normativo en relación a α y el USmin correspondiente a UAk» (*Normative Systems,* ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 152-153).

Por tanto, en virtud del ajuste de coherencia efectuado, la única propiedad relevante es TO/¬TO; consecuentemente, el sistema reformulado es el siguiente:

N1: TO ⇒ FR
N2: ¬TO ⇒ OR

	TO	*N1*	*N2*
1	+	FR	
2	–		OR

El resultado de esta reformulación es paradójico. Se tornó coherente un sistema incoherente sobre la base de un principio implícito que establece BFE ≥¬BFE y el resultado es que tales propiedades se transforman en irrelevantes, al igual que las propiedades BFA/¬BFA.

Los ajustes coherentistas pueden realizarse tanto en el Universo de Casos (UC) como en el Universo de Soluciones (US). Un ejemplo de ajuste en el UC lo analiza MORESO con relación a la Ley de Arrendamientos Urbanos, que en su art. 58.1 sólo otorga el derecho a la subrogación del contrato al cónyuge supérstite, más no le otorga tal derecho al supérstite de una unión de hecho. Analizando una sentencia del Tribunal Constitucional Español que declaró la inconstitucionalidad de tal distinción, MORESO señala que el problema no estriba en el US, dado que no hay un exigencia constitucional relativa a que todo supérstite tenga derecho a subrogar un contrato de arrendamiento urbano; lo que es constitucionalmente inadmisible es asignar tal derecho al supérstite de un matrimonio legal y no al supérstite de una unión de hecho[25].

En el caso analizado por MORESO, el cuestionamiento de coherencia se dirige directamente a una distinción contenida en el UC, distinción que se considera inconstitucional. Sobre esa base el ajuste se dirige directamente a eliminar la distinción y, consecuentemente, a reducir la cantidad de casos relevantes del UC.

Pero esa no es la situación ahora analizada, dado que el juicio de incoherencia nunca estuvo dirigido al modo en que el UC está configurado, sino que se dirigió al US; puntualmente a las soluciones normativas de los casos 3 y 4 del UC, sosteniéndose que la combinación de ambas soluciones (caso 3: OR, caso 4: FR) era incoherente con las exigencias del principio implícito α (BFE ≥ ¬BFE).

La cuestión es que este primer ajuste de coherencia en el US acarrea una consecuencia indeseada: torna irrelevantes propiedades consideradas relevantes por el legislador positivo; propiedades que no eran pasibles de objeciones coherentistas.

[25] MORESO, 1997: 171 y ss.

En tal sentido, este ajuste coherentista podría objetarse debido a que sacrifica propiedades fácticas que el legislador consideró relevantes; es más, en virtud de este ajuste el Universo de Propiedades (UP) relevantes seleccionadas por el legislador positivo se reduce notablemente, ya que se pasa de tres propiedades relevantes a una propiedad relevante, reduciendo consecuentemente la cantidad de casos del UC, que pasa de ocho casos relevantes a dos casos relevantes.

Por tanto, si no hay objeciones de coherencia respecto del UP elegido por el legislador positivo, entonces deberá explorarse algún otro ajuste coherentista que respete las propiedades relevantes originales del UP, esto es, las propiedades BFE/¬BFE, BFA/¬BFA, y TO/¬TO.

4.3.2. Segunda alternativa: corregir el caso 4

En la segunda alternativa de ajuste coherentista se corrige el caso 4, asignándole la solución OR en reemplazo de FR. Este ajuste torna coherente el sistema en cuanto a las exigencias de α, debido a que 4 tendría una solución igual que 3 (y no una solución mejor, como tenía en el sistema original).

El argumento es el siguiente:

1) caso 3: BFE & ¬BFA & TO ⇒ OR (caso 3, Cn SN)
2) caso 3 (BFE & ¬BFA & TO) ≥ caso 4 (¬BFE & ¬BFA & TO) (α: BFE ≥ ¬BFE) (0,875)

---

3) caso 4: ¬BFE & ¬BFA TO ⇒ OR (1,2)

El argumento pretende responder a la pregunta acerca de cuál es la solución más coherente según α para el caso 4 tomando como referencia la solución atribuida al caso 3. La premisa 1 es el caso 3 con su solución (OR), la premisa 2 es el principio inducido α (BFE ≥ ¬BFE) y la conclusión 3 señala que sobre la base de las premisas 1 y 2 la solución para el caso 4 debe ser OR.

Con este ajuste, la matriz es la siguiente:

	BFE	*BFA*	*TO*	*N1*	*N2*	*N3*	*N4*
1	+	+	+	FR			
2	–	+	+		FR		
3	+	–	+			OR	
4	–	–	+		~~FR~~ OR		
5	+	+	–				OR
6	–	+	–				OR
7	+	–	–				OR
8	–	–	–				OR

Este ajuste acarrea una consecuencia similar al anterior: la propiedad BFE/¬BFE se torna irrelevante, toda vez que su presencia o ausencia en nada incide en la caracterización deóntica de la acción R (restituir el inmueble), única acción del UA.

No obstante ello, desde esta perspectiva este ajuste es preferible al anterior, ya que sacrifica sólo una de las propiedades relevantes originales (BFE/¬BFE), mientras que el ajuste anterior sacrificaba dos propiedades (BFE/¬BFE y BFA/¬BFA).

En virtud de este ajuste, las propiedades relevantes que se conservan son TO/¬TO y BFA/¬BFA; consecuentemente, el sistema reformulado es el siguiente:

N1: BFA & TO ⇒ FR
N2: ¬BFA & TO ⇒ OR
N3: ¬TO ⇒ OR

	BFA	*TO*	*N1*	*N2*	*N3*
1	+	+	FR		
2	–	+		OR	
3	+	–			OR
4	–	–			OR

Nuevamente estamos frente a una reformulación que tiene como consecuencia la irrelevancia de la propiedad BFE/¬BFE. Se tornó coherente un sistema incoherente sobre la base de un principio implícito que establece que BFE ≥ ¬BFE y el resultado es que tales propiedades se transforman en irrelevantes.

Este ajuste es susceptible de objeciones similares a las efectuadas al ajuste anterior: sacrifica una propiedad relevante la cual no es objeto de cuestionamiento coherentista alguno. Puede explorarse la tercera alternativa, para verificar si la misma permite mantener la relevancia de todas las propiedades del UP original.

4.3.3. Tercera alternativa: corregir los casos 3 y 4

La última alternativa es corregir ambos casos problemáticos, combinando los dos argumentos de las alternativas primera y segunda.

Según la primera alternativa (*supra* 4.3.1), el caso 3 pasaba de la solución OR a la solución FR.

Según la segunda alternativa (*supra* 4.3.2), el caso 4 pasaba de la solución FR a la solución OR.

Con ambos ajustes, el sistema pasa a ser el siguiente:

	BFE	*BFA*	*TO*	*N1*	*N2*	*N3*	*N4*
1	+	+	+	FR			
2	–	+	+		FR		
3	+	–	+			~~OR~~ FR	
4	–	–	+		~~FR~~ OR		
5	+	+	–				OR
6	–	+	–				OR
7	+	–	–				OR
8	–	–	–				OR

Este ajuste conserva la relevancia de las tres propiedades del UP que eran relevantes en el sistema normativo original y, en ese sentido, configura un ajuste coherentista más admisible que los otros dos, al provocar la menor distorsión posible del sistema normativo original.

Pero desde otra perspectiva, este ajuste coherentista modifica mayor cantidad de soluciones del US que las dos primeras alternativas. En efecto, las dos primeras alternativas modificaban una sola solución normativa del US, mientras que éste ajuste modifica dos soluciones normativas del US.

En definitiva, las mejores alternativas posibles son dos:

a) Segunda alternativa: modificar una sola solución normativa del US y sacrificar una propiedad relevante del UP.
b) Tercera alternativa: modificar dos soluciones normativas del US y conservar las tres propiedades relevantes de UP.

Hemos llegado, creo, a los límites de la coherencia.

4.4. Sobre la competencia del juez para tornar coherente lo incoherente

En la primera función normativa de la coherencia el juez debe modificar el sistema si quiere cumplir con su obligación de dictar sentencia. En efecto, si el juez se enfrenta ante un caso individual que se subsume en un caso genérico relevante del UC que carece de solución (una laguna normativa), el juez debe completar el sistema, asignándole a tal caso una solución [26]. Se trata de una obligación técnica, en el sentido que sólo modificando el sistema (completándolo) puede cumplir con su obligación de dictar sentencia [27].

[26] En este trabajo, al analizar la primera función normativa de la coherencia, sólo exploré la hipótesis de lagunas normativas. La necesidad del juez de modificar el sistema se presenta de manera análoga en aquellos casos genéricos del UC correlacionados con soluciones normativas incompatibles (antinomias) y, aunque con ciertas variaciones, en los casos de ambigüedad. Al respecto puede verse ALONSO, 2006: 9 y ss., y 91 y ss.

[27] Esta noción de deber técnico ha sido elaborada por ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 217 y ss.

En la segunda función normativa de la coherencia esta obligación técnica no existe, ya que el caso genérico involucrado tiene una solución normativa. Lo que sucede es que tal solución es incoherente con los principios que rigen en el sistema involucrado. Frente a esta situación, ¿puede el juez modificar el sistema, esto es, tornarlo coherente?

No pretendo responder a esta pregunta de manera integral, ya que una tal respuesta sería tan (o más) extensa que el presente trabajo. Me limitaré a esbozar posibles caminos para la misma.

En la hipótesis de un sistema normativo incoherente con un principio explícito (o conjunto de principios) de raigambre constitucional, parece claro el juez puede modificar el sistema, tornándolo coherente, en virtud del criterio *lex superior.* En razón de la jerarquía existente, el sistema de principios constitucionales «derrota» al sistema normativo infraconstitucional [28].

Pero la hipótesis analizada en este trabajo es diferente, dado que la incoherencia se presenta entre el sistema normativo y los principios implícitos de él obtenidos. Dado que no puede predicarse una relación de jerarquía entre el conjunto de normas y el conjunto de principios implícitos, la derrotabilidad de las normas en virtud de los principios implícitos no es clara.

Un camino para fundar tal derrotabilidad sería sostener que cuando un sistema normativo se subsume en un conjunto de principios implícitos que establece relaciones de orden, la violación de esas relaciones de orden es, además, una violación a la igualdad ante la ley, principio explícito de raigambre constitucional, positivizado en la mayoría de los sistemas constitucionales contemporáneos [29].

En nuestro caso, dado el principio implícito que exige que quien actúa de buena fe no debe estar en peor situación normativa que quien actúa de mala fe (verificado en el sistema específico y en casi todos los institutos de derecho privado), la norma que, en iguales circunstancias, asigna mejor derecho al de mala fe por sobre el de buena fe, configura una incoherencia que puede ser derrotada en virtud del principio constitucional de igualdad ante la ley.

Como señala ALEXY la exigencia constitucional de igualdad no se limita a la igualdad en la aplicación del derecho sino que incluye también la igualdad en la formulación del derecho [30].

Ello no significa que cada vez que se registre una incoherencia entre un sistema normativo y sus principios implícitos tal incoherencia deba ser derrotada en virtud del principio constitucional de igualdad.

En derecho penal, por ejemplo, se podría ampliar el alcance una causa de justificación a un caso individual que no se subsuma en la tipificación de la justificación, siempre y cuando se pueda sostener que tal caso individual debería haber sido incluido en función de los principios implícitos que fundamentan la adopción de esa causa de

[28] Esta es la tesis de la «Primacía Constitucional», sostenida por MORESO, 1997: 165 y ss.

[29] En la Constitución de la República Argentina, el principio de igualdad ante la ley está consagrado en el art. 16.

[30] ALEXY, 1993: 387.

justificación. Esta ampliación puede entenderse como la «derrotabilidad» de la restricción de la tipificación en virtud de los principios subyacentes [31].

En cambio, no se admitiría ampliar el alcance de un tipo penal a un caso individual no cubierto por el tipo, arguyendo que tal caso individual debería estar incluido en ese tipo penal en función de los principios implícitos que fundamentan la adopción de tal tipo penal. Ello porque, en este segundo caso, los principios subyacentes (sostenidos por el principio de igualdad ante la ley) colisionan contra el principio legalidad penal, que prohíbe extender las sanciones penales a casos individuales no comprendidos en la descripción típica. En este sentido, y aunque se considere que la incoherencia es relevante en términos de igualdad ante la ley, ni los principios implícitos, ni el principio de igualdad permiten «derrotar» al sistema de reglas, debido a que, ante la colisión con el principio de legalidad penal, el segundo (el de legalidad penal) prevalece sobre los primeros y, por ello el juez debe aplicar el sistema de reglas aunque éste sea incoherente [32].

En definitiva, puede distinguirse entre *a)* la detección de la incoherencia, y *b)* la posibilidad de derrotar al sistema de reglas incoherentes. Que se dé la primera no necesariamente implica que se dé la segunda.

5. CONSIDERACIONES FINALES

5.1. Tres funciones de la coherencia normativa

Tomando como punto de partida la noción de coherencia normativa de MacCormick (una peculiar relación entre principios y reglas), he distinguido tres funciones de la coherencia, una descriptiva y dos normativas.

La función descriptiva permite explicar la coherencia de un sistema normativo, explicitando sus principios subyacentes o implícitos. En esta función, se presupone que el sistema normativo es completo (carece de lagunas normativas) y consistente (carece de antinomias). Además, en términos inductivos, el grado probabilístico de los principios determinantes de la coherencia del sistema es 100 por 100 [33].

En la primera función normativa de la coherencia, el sistema normativo padece de alguna patología (*v. gr.* lagunas normativas). A través de esta función se pretende corregir el defecto del sistema. Dada la existencia de la patología, no es posible verificar principios implícitos al 100 por 100, ello debido a que en el proceso de verificación ha

---

[31] Algunos autores sostienen que las mujeres golpeadas que agreden a sus golpeadores cuando están dormidos (porque no lo pueden hacer cuando están despiertos) deberían considerarse como «legítima defensa» aún cuando no se dé el requisito de inmediatez entre la agresión y la defensa. Por ejemplo, Moreso, 2001: 205-222.

[32] En este sentido se expide Moreso, 2001. Sobre este tópico, Carrara ha dicho que: «Por analogía, la pena no puede extenderse de un caso a otro; pero la excusa sí puede extenderse por analogía, de un caso a otro caso», Carrara, 1859.

[33] Como señalé (*supra* 4.2), en términos abductivos el hecho de que un conjunto de principios se verifique al 100 por 100 no es concluyente para determinar la coherencia de un sistema. Abductivamente puede afirmarse que la verificación al 100 por 100 es condición necesaria pero no suficiente para la función descriptiva de la coherencia.

de sustraerse el/los caso/s patológico/s, lo que necesariamente supondrá que el grado probabilístico será inferior a 100 por 100.

Como se vio, la posibilidad de resolver casos de lagunas normativas es contingente. El éxito depende de *a)* que sea posible verificar principios y de *b)* que sea posible arribar a una única respuesta correcta en función de los principios verificados y de las normas del sistema. En este trabajo hemos analizado un sistema con dos lagunas normativas, concluyendo que era posible verificar principios al 75 por 100 y que para una de las lagunas (la del caso 4) se podía arribar a una única respuesta correcta (OR) mientras que para la otra laguna (caso 2) no se podía arribar a una única respuesta correcta, dado que en función de los principios verificados al 75 por 100, era plausible tanto la solución normativa «OR» como la solución normativa «FR». En definitiva, la técnica coherentista propuesta no garantiza que puedan resolverse todos los casos genéricos patológicos, y esto puede suceder, al menos, por dos razones: *a)* porque del eventual sistema normativo analizado no pueden verificarse principios implícitos (hipótesis no explorada en este trabajo), y *b)* porque no obstante poder verificarse principios implícitos, de éstos no puede arribarse a una única solución coherente sino a varias soluciones, incompatibles entre sí[34].

En la segunda función normativa de la coherencia utilicé, como punto de partida, un sistema completo y consistente (*supra* 4). Sobre la base de los principios α, β y γ [principios usados para la función descriptiva (*supra* 2) y para la primera función normativa (*supra* 3)] se detectó un par de soluciones incoherentes; puntualmente, se señaló que los casos 3 ($BFE\&\neg BFA\&TO \Rightarrow OR$) y 4 ($\neg BFE\&\neg BFA\&TO \Rightarrow FR$) poseían soluciones incompatibles en función del principio verificado α ($BFE \geq \neg BFE$).

Detectada la incoherencia, se exploraron diferentes soluciones, concluyendo que existían dos formas admisibles de corregir la incoherencia: *a)* la segunda alternativa (corregir en caso 4, asignándole «OR» en lugar de «FR») (*supra* 4.3.2), o *b)* la tercera alternativa (corregir el caso 3, asignándole «FR» en lugar de «OR» y corregir el caso 4, asignándole «OR» en lugar de «FR») (*supra* 4.3.3). Se afirmó que no había manera de preferir una alternativa por sobre la otra; por ello —y nuevamente— se dijo el método coherentista propuesto presentaba limitaciones, dado que ambas correcciones, incompatibles entre sí, eran admisibles en términos coherentistas.

El sistema normativo tomado como ejemplo para la segunda función normativa de la coherencia era completo y consistente. Ahora bien, nada obsta a que un sistema normativo incompleto (o inconsistente, o ambos), sea a la vez incoherente. En una tal hipótesis se deberá usar la primera función normativa para resolver los casos de lagunas o antinomias y la segunda función normativa para resolver los casos de incoherencia.

Finalmente, se marcó una diferencia entre la primera y la segunda función normativa. En la primera función, el juez debe modificar el sistema (completar la laguna o remover la antinomia) para cumplir con su obligación de dictar sentencia. Siguiendo a ALCHOURRÓN Y BULYGIN señalé que ese deber es un «deber técnico». En la segunda función normativa ese «deber técnico» no existe, dado que el juez tiene una (y sólo

[34] En este trabajo, para el análisis de la primera función normativa de la coherencia, solo se exploró la hipótesis de lagunas normativas. Como señalé (*supra* 4.4) lo concluido respecto de esta hipótesis es extensible a casos de antinomias y a problemas de ambigüedad.

una) solución normativa para el caso traído a su conocimiento; el problema es que dicha solución es incoherente con los principios implícitos del sistema. Señalé que para fundamentar la derrotabilidad de tal solución normativa debía argumentarse del siguiente modo: como tal solución infringe las relaciones determinadas por los principios implícitos, también infringe el principio constitucional explícito de igualdad ante la ley y, debido a la relación de jerarquía entre el principio constitucional de igualdad (ley superior) y el sistema de normas que contiene la solución incoherente (ley inferior), el sistema incoherente puede ser «derrotado» y tornado coherente por el juez.

5.2. Principios implícitos y juspositivismo. La cuestión de la discreción judicial «fuerte»

He intentado presentar una concepción de principios jurídicos implícitos compatible con las tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho. En dicha concepción, los principios se obtienen a partir del material normativo positivo considerado como punto de partida, con utilización de un modelo de verificación basado en herramientas inductivas y abductivas.

El carácter juspositivista del modelo estriba en que el contenido de los principios implícitos viene determinado exclusivamente por el contenido de las normas usadas para obtenerlos. Para la configuración de los principios implícitos no se ha considerado ningún contenido externo al sistema de normas de referencia. Las limitaciones del modelo presentado (en el sentido de que en algunos casos no se puede arribar a una única respuesta correcta) no obstan a que pueda afirmarse que es incorrecto sostener que el juspositivismo es incapaz de dar cuenta del fenómeno de los principios jurídicos implícitos [35].

La posibilidad de admitir principios implícitos con arreglo a la tesis juspositivista de las fuentes sociales del derecho puede impactar en el modo en que se concibe la llamada tesis de la «discreción judicial fuerte», usualmente atribuida al juspositivismo. Tal atribución no es injusta si se tienen en cuenta los desarrollos de HART [36] y de ALCHOURRÓN y BULYGIN [37] sobre el tema.

Cabe preguntarse, sin embargo, si se trata de una tesis necesaria del positivismo jurídico. La respuesta sería (obviamente) afirmativa si se considera que es parte central de la concepción juspositivista justamente la discreción judicial fuerte en los casos difíciles o, incluso, si se considera que la imposibilidad de dar cuenta de principios jurídicos (implícitos, especialmente —ya que los explícitos se pueden identificar mediante su *pedigree*—) [38] también es un aspecto central de la concepción juspositivista.

---

[35] Esto es lo que afirma DWORKIN con relación al juspositivismo en general, y a la versión hartiana en particular. «Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas (principios, directrices políticas y otros tipos de pautas no identificables por su origen o pedigree)», DWORKIN, 1977: 72.

[36] HART, 1961: 155 y ss.

[37] ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 214 y ss.

[38] No es objeto de este trabajo la problemática de los principios explícitos y el juspositivismo; tal problemática sería objeto de un trabajo adicional, tanto o más extenso que el presente.

Sin embargo, también sería admisible una reconstrucción del juspositivismo en la cual lo central sea, exclusivamente, la tesis de las «fuentes sociales del derecho» según la cual la identificación del derecho depende de hechos sociales; generalmente, actos de promulgación y de derogación de normas. En esta reconstrucción, y en palabras de RÓDENAS, para el juspositivismo «puede identificarse aquello que el derecho es, con completa independencia de los juicios sobre lo que debiera ser, de forma que las consideraciones basadas en juicios de valor no intervienen a la hora de determinar cuál es el derecho de una comunidad» [39].

En esta inteligencia, la tesis de la discreción judicial fuerte sería una derivación particular que efectúan HART, ALCHOURRÓN y BULYGIN de la tesis central de las fuentes sociales del derecho junto con sus propios desarrollos metodológicos o teóricos.

Ahora bien, los principios implícitos verificados en los diversos sistemas normativos analizados a lo largo del presente (los principios α, β y γ) han sido obtenidos del material positivo analizado; y aún si se las considera valoraciones (y en algún sentido lo son), no son valoraciones externas a los sistemas normativos en cuestión, sino internas a ellos y —en este último sentido— compatibles con la tesis de las fuentes sociales del derecho.

Concluyo, entonces, que la tesis de la «discreción judicial fuerte» es una tesis no necesaria sino contingente del juspositivismo. De hecho, en el ejemplo analizado en el punto 3, la laguna normativa del caso 4 puede resolverse mediante la utilización de los principios (α, β y γ) verificados con arreglo a la tesis de las fuentes sociales del derecho y, en tal sentido, no puede hablarse de discreción judicial fuerte dado que el sistema normativo le ofrece una guía para resolver ese caso. Contrariamente, la laguna normativa del caso 2 no puede ser resuelta mediante el uso de tales principios y, respecto de ese caso genérico, la tesis de la discreción judicial fuerte tiene plena vigencia, ya que el juez puede elegir tanto la solución FR como la solución OR.

5.3. Cuestiones abiertas

A lo largo del presente trabajo me he referido alternativamente a la inducción y a la abducción (también llamada «inferencia a la mejor explicación») [40] como herramientas metodológicas idóneas para la verificación de principios implícitos. Salvo cuestiones de detalle, cualquiera de las dos herramientas puede ser utilizada para fundamentar la verificación de los principios implícitos, al menos en el marco y en el modo en que se ha hecho a lo largo del presente trabajo.

Sin embargo, es probable que en otros contextos jurídicos, la elección de una u otra herramienta conduzca a resultados diferentes.

Queda abierta, entonces, la siguiente pregunta: ¿cuál es la mejor explicación teórica sobre el modo en que los juristas obtienen principios implícitos?, ¿es la inducción?, ¿es la abducción?, ¿o es alguna otra explicación teórica diferente (v.g. el falsacionismo popperiano)?

La elucidación de tal problemática excede, claramente, los límites del presente trabajo.

---

[39] RÓDENAS, 2012: 88.
[40] LEITER, 2007.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN, C., y BULYGIN, E., 1971: *Normative Systems*. Las citas se corresponden con la versión castellana de los autores, titulada *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y* Sociales, Buenos Aires: Astrea, 1975.

— 1981: «La concepción expresiva de las normas», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 121-153.

ALEXY, R., 1986: *Theorie der Grundrechte*. Las citas se corresponden con la traducción al castellano de E. GARZÓN VALDÉS y R. ZIMMERLING, *La Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALONSO, J., 2006: *Interpretación de las normas y derecho penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

BACON, F., 1620: *Novum Organum*. Las citas se corresponden con la traducción al castellano de C. LITRÁN, Barcelona: Editorial de Bolsillo, 1979.

CARACCIOLO, R., 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CARRARA, F., 1859: *Programa de derecho criminal. Parte general*. Las citas se corresponden con la traducción al castellano de S. SOLER, E. GAVIER y R. NÚÑEZ, Buenos Aires: Depalma, 1994.

DWORKIN, R., 1977: «The model of rules (I)», *Taking Rights Seriously.* Las citas se corresponden a la traducción al castellano de M. GUASTAVINO, «El modelo de las normas (I)», *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.

HART, H., 1961: *The Concept of Law.* Las citas se corresponden con la traducción al castellano de G. CARRIÓ, *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992.

KRESS, K., 1996: «Coherence», *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishers, 533-552.

LEITER, B., 2007: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford: Oxford University Press.

MACCORMICK, N., 1978: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.

— 1984: «Coherence in Legal Justification», *Theory of Legal Science*, Dordrecht: Reidel Publishing, 231-251.

MORESO, J., 1997: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2001: «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)», *La Constitución: modelo para armar,* Madrid: Marcial Pons, 205-222.

POPPER, K., 1959: *The Logic of Scientific Discovery,* London: Routledge.

— 1982: «Postcript to The Logic Scientific Discovery», *Realism and the Aim of Science*, London: Taylor & Francis.

RÓDENAS, A., 2012: *Los intersticios del derecho*, Madrid: Marcial Pons.

SEN, A., 1970: *Collective Choice and Social Welfare.* Las citas se corresponden a la traducción al castellano de F. CASTILLO, titulada *Elección Colectiva y Bienestar Social,* Madrid: Alianza, 1976.

TUZET, G., 2010: *Dover decidere*, Roma: Carocci editore.

ZULETA, H., 1998: *Razón y elección*, México: Fontamara.

LA REDUNDANCIA LINGÜÍSTICA Y LAS NORMAS ESPECIALES. ALGUNOS USOS DEL PRINCIPIO *LEX SPECIALIS* *

Silvia Zorzetto

Università degli studi di Milano

RESUMEN. Este artículo contiene un análisis del principio *lex specialis*. En particular, es una investigación preliminar acerca de su uso en los casos en que las normas especiales y generales son compatibles en lugar de encontrarse en conflicto. El punto de partida es que las normas especiales y las normas generales son, por definición, normas redundantes sobre la base de la lógica y el lenguaje, en cuanto todas las especies se encuentran lógicamente incluidas en el género al que pertenecen. Pero, además, cuando las normas especiales y las normas generales son compatibles y, por lo tanto, pueden *prima facie* concurrir y ser aplicadas en conjunto, puede darse también una redundancia normativa. Así, el análisis se divide en tres partes. En la primera parte, el tema principal es la especialidad del derecho y la relación de derogación entre normas especiales y generales. En la segunda parte se presentan de manera bastante esquemática las redundancias lingüísticas en los lenguajes naturales. En la tercera parte se introducen y discuten algunos ejemplos de la particular redundancia de las normas, con la finalidad de explicar las funciones pragmáticas y discursivas de las redundancias en el derecho.

Palabras claves: razonamiento jurídico, lenguaje jurídico, normas jurídicas, principio *lex specialis*, redundancias.

Linguistic redundances and special rules. Some uses of the *lex specialis* principle

ABSTRACT. This essay is an analysis of the *lex specialis* principle: in particular, it is an initial inquiry into its uses when special and general rules are compatible, rather than conflicting. The starting point of the analysis is that special and general rules are, by definition, redundant rules on the grounds of logic and language, insofar as all species are logically included in their genre. But, in addition, when special and general rules are compatible and, hence, shall *prima facie* concur and be applied together, there might be a normative redundancy too. Thus, the analysis is divided in three parts. In the first part, the main topics are the speciality of law and the derogation between special and general rules. In the second part it is portrayed a rough sketch of linguistic redundancies in natural languages. In the third part some examples of special redundant rules are illustrated and discussed in order to explain the pragmatic and discursive functions of redundancies in law.

Keywords: legal reasoning, legal language, legal rules, *lex specialis* principle, redundances.

* Fecha de recepción: 1 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 6 de septiembre de 2013.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me referiré al tema de la *lex specialis,* analizando, en particular, el caso de las normas especiales compatibles con las normas más generales. Generalmente se presta escasa atención a este caso. Cuando se habla de *lex specialis* se piensa, en efecto, sobre todo en el adagio «*lex specialis derogat legi generali*» como criterio de solución de las antinomias jurídicas, en particular, a la antinomia llamada «parcial-total», puesto que se asume que la norma especial y la norma general están en conflicto. En lo que sigue, me referiré sólo brevemente a este último caso y, en cambio, me ocuparé sobre todo de la derogación entre normas especiales y generales compatibles, y de las redundancias lingüísticas que generan la coexistencia de normas especiales y generales.

Mi trabajo se divide en tres partes.

En la primera parte explicaré brevemente: (i) en que consiste la *especialidad* de las normas, o sea, qué quiere decir que una norma es *especial* y bajo cuáles condiciones lo es; (ii) en qué consiste la *derogación* por norma especial, o sea, qué quiere decir que una norma especial *deroga* a otra norma (más general), y si y bajo qué condiciones eso sucede. La visión minimalista del principio de *lex specialis* que propondré tiene el objetivo de explicar el uso que de tal principio hacen los jueces y los juristas, como también los teóricos. Por ello, tendrá en cuenta el uso que se hace del principio en el razonamiento jurídico relativo, no sólo a los *conflictos* entre normas especiales y generales, sino también a su *concurso* (*o acumulación*) ya su *integración* en una norma más comprensiva. Considerando estos diferentes usos, el principio de la *lex specialis* se puede reconstruir como una meta-regla sobre la aplicación externa que establece una jerarquía material entre las normas previamente identificadas como lógicamente ordenadas en base a una relación de especialidad. Es decir, como una meta-regla que dispone el uso exclusivo de la norma relevante (más) especial como base de la justificación interna del caso [1].

Una vez hecho eso, en la segunda parte haré referencia a algunos estudios de lingüística sobre el fenómeno de la redundancia en los lenguajes naturales [2]. Según mi parecer, estos estudios representan un instrumento metodológico útil para analizar la dimensión lingüística de las redundancias que generan las normas especiales y generales. Dada la naturaleza de la relación de especialidad, la redundancia entre una norma especial y una norma general tiene una naturaleza semántico-pragmática además de lógico-sintáctica. En el sentido de que se ve influenciada por las características semióticas de los lenguajes naturales y del lenguaje jurídico, sobre todo a nivel pragmático.

---

[1] Sobre los criterios jerárquicos y sobre las nociones de jerarquía material y de aplicabilidad interna y externa que uso aquí *vid.* FERRER y RODRÍGUEZ, 2011: 135 y ss.

[2] No haré referencia, por lo tanto, al amplio conjunto de estudios sobre la redundancia de la denominada teoría de la información. Tampoco me referiré a los enfoques lógico-formales o a los estudios cuantitativos que conciben la redundancia como previsibilidad de la repetición de determinados elementos de un código y se ocupan de medirla. La decisión de privilegiar los estudios de lingüística, y en particular los análisis relativos a los lenguajes naturales, deriva del hecho que los ordenamientos jurídicos vigentes usan los lenguajes naturales para expresar las normas y, además, del hecho que la abstracción conceptual y la comprensión de los significados de los símbolos son habilidades que, también en ámbito jurídico, se fundan sobre la más fundamental capacidad de usar y comprender los lenguajes naturales, comenzando por la lengua madre.

Esto vale, ya sea para los derechos fundados en lo escrito, ya sea para los derechos y los fenómenos jurídicos no fundados en lo escrito. En este análisis, de todos modos, haré referencia directamente a los primeros y tomaré los ejemplos de textos escritos.

En la tercera parte intentaré, a continuación, introducir en el contexto jurídico los estudios sobre las redundancias en los lenguajes naturales y examinaré algunos casos paradigmáticos de normas especiales y generales (compatibles) redundantes. La hipótesis de investigación que quisiera someter a discusión es que, con respecto a las normas especiales y generales compatibles, la aplicación o no aplicación del principio de *lex specialis* por parte de juristas y jueces depende también, aunque no solo, del tipo de redundancia. La intuición inicial es que investigar, sobre el plano lingüístico, las redundancias entre las normas especiales y generales compatibles, es un primer paso para entender por qué algunas normas son consideradas derogatorias y concurrentes, mientras otras, en cambio, son consideradas no derogatorias y resultan combinadas con las normas más generales para formar una norma más comprensiva.

2. LA ESPECIALIDAD

¿Qué se quiere decir cuando se afirma que una norma es «especial»? ¿Bajo qué condiciones una norma es especial? Para responder a estas preguntas conviene comenzar a partir de dos ejemplos.

La prohibición de andar en bicicleta por los senderos de los parques de la ciudad especifica (es especial con relación a) la más general *prohibición de ingreso de vehículos en las zonas verdes de la ciudad,* teniendo en cuenta que cada bicicleta es un vehículo y que para andar por los senderos de los parques es necesario ingresar en una zona verde. En este ejemplo, la relación de especialidad entre las normas se apoya sobre cuatro elementos conceptuales: 1) las *bicicletas* están concebidas como especie del género *vehículo* (se reconstruye el concepto de bicicleta como incluido en el concepto de vehículo); 2) los *parques de la ciudad* entran en el género más amplio constituido por las *zonas verdes de la ciudad* (el concepto de zona verde de la ciudad incluye el de parque de ciudad); 3) *los senderos* del parque forman *parte del parque como zona verde* [3]; 3) el andar dentro de un espacio presupone ingresar en él, tanto que las calles de un parque o de una zona verde se *recorren*, donde el «recorrer» indica «*atravesar* un espacio o lugar en toda su extensión o longitud».

Las *normas de los tratados internacionales* son habitualmente consideradas, por los juristas, y no sólo, como normas especiales respecto de las *normas de derecho internacional consuetudinario,* las cuales son, a su vez, consideradas generales respecto a las primeras. La relación de especialidad entre los dos conjuntos de normas se basa sobre una asunción implícita, relativa al *origen* de las normas en cuestión. La asunción de la

[3] Vale señalar que esta asunción no es tan obvia como podría parecer. En muchas circunstancias los senderos —y, más en general, los espacios transitables dentro de las zonas verdes— no son considerados ellos mismos zona verde y, en consecuencia, se les aplican reglas diferentes. En los parques y jardines de la ciudad es frecuente, por ejemplo, que esté prohibido circular con cualquier vehículo sobre canteros y sobre el césped (para no arruinarlo), pero que esté permitido transitar sobre las callecitas en bicicleta, con patines, en *skateboard,* con autitos de juguete, etcétera.

cual se parte es que las normas de los tratados internacionales derivan del *acuerdo de determinados miembros de la comunidad internacional* (las partes del tratado) y, por lo tanto, se originan en *una determinada forma de interacción* (el acuerdo), *entre agentes identificados* (algunos miembros de la comunidad). En cambio, las normas consuetudinarias internacionales derivan de la interacción entre miembros de la comunidad, sin distinciones, siendo *indiferente quién y cómo* interactúa. Nótese que también aquí, como en el ejemplo anterior, existe un orden lógico entre los conceptos, a saber, la interacción entre los miembros de la comunidad internacional incluye, como especie, el acuerdo entre algunos de sus miembros [4].

Estos ejemplos muestran que la especialidad jurídica es una cuestión lógico-conceptual, que depende de cómo se conciban las normas, e inherente a sus elementos conceptuales. Asimismo, muestra que la especialidad jurídica exige identificar previamente un género y una o más diferencias específicas relevantes.

A menudo, los teóricos tienden a trazar una diferencia esencial entre los casos de especialidad del primer y segundo tipo. Y aún más, tienden a considerar genuinos casos de especialidad solo los casos del primer tipo; donde la especialidad se evidencia comparando lo que cada norma prescribe, en particular, comparando las situaciones a las que cada norma se refiere (*el andar en bicicleta por los senderos del parque de la ciudad - el ingreso de vehículos en las zonas verdes de la ciudad*). Al respecto, se habla también de especialidad relativa a los *casos*, y el ejemplo es una muestra típica e intuitiva de este tipo de especialidad, porque en el ejemplo las modalidades deónticas son idénticas («prohibido», «prohibido») y, por lo tanto, son un elemento común a las dos normas.

Sin embargo, también el segundo ejemplo es un caso de especialidad. Como fundamento de la especialidad existe, en este caso, una verdadera y propia *teoría de los géneros y de las especies,* que concierne, como decía, al *origen* de las normas internacionales convencionales y consuetudinarias. A menudo se tiende a afrontar el segundo ejemplo como una cuestión de jerarquía entre las fuentes, no de especialidad. Pero una perspectiva no excluye la otra. Al contrario, puesto que las normas convencionales se fundan sobre el principio *pacta sunt servanda*, que es una norma internacional consuetudinaria, las normas de los tratados internacionales son especificación de ese principio; normas especiales, respecto del principio general, en virtud de su origen.

Por tanto, para que una norma sea especial respecto de otra norma, es necesario identificar previamente en cada norma, al menos un elemento que se encuentren, uno respecto del otro, en relación de especie a género y viceversa. Tomando prestada una noción de la lógica, podemos llamar a estos conceptos «términos determinantes», porque de ellos depende la calificación de las normas como especiales y generales. En

[4] Respondo anticipadamente a una posible objeción. La especialidad entre las normas convencionales y consuetudinarias internacionales no se basa sobre razones extensionales, relativas al campo de aplicación espacial de tales normas. Una norma convencional acordada hipotéticamente por todos los miembros de la comunidad internacional (que tendría en consecuencia máxima extensión espacial) es considerada de todos modos especial respecto de las normas consuetudinarias internacionales (en cuanto fundada sobre el acuerdo entre determinadas partes). A su vez, una norma consuetudinaria regional, o sea, relativa sólo a algunos territorios del Planeta —y que por lo tanto tiene extensión menor que la norma convencional recién hipotetizada— es de todos modos considerada una norma general, siempre en virtud de su origen/modalidad de formación.

consecuencia, la especialidad/generalidad de las normas es, por así decir, una propiedad derivada, basada sobre una relación más fundamental entre sus elementos conceptuales. El ser general y el ser especial son una propiedad de las normas, lógicamente correlacionadas y opuestas, que indican y presuponen una relación de *genus ad speciem* entre algunos elementos conceptuales a los cuales los intérpretes, en base a previas asunciones de relevancia, dan un rol de *genus* y de *species.*

Como muestran también los ejemplos, la dimensión lógica y, más precisamente, la dimensión de *sintaxis lógica* de la especialidad jurídica consiste en el hecho que, los términos determinantes, para poder ser *ordenados de género a especie*, deben ser *reconstruidos* como clases lógicas (o sea, deben ser pensados como perfectamente precisos o exactamente definidos) ordenadas según la relación de *inclusión lógica* [5]. Esta relación, formalizada por la lógica, es una modalidad fundamental del pensamiento humano en todo ámbito. Así, para la zoología, todos los mamíferos son animales, por lo que si un puerco espín es un mamífero ha de ser también un animal; en la geometría euclidiana, todos los cuadrados con rectángulos, por lo que algo puede tener forma cuadrada únicamente bajo condición que sea (incluso antes) rectangular. Por lo que no es sorprendente que lo sea también en ámbito jurídico. Sin embargo, en cada ámbito, como la lógica y la matemática, los lenguajes naturales y el derecho, la relación de género a especie como inclusión lógica tiene un fundamento *semántico*, en virtud de lo cual, la especialidad (jurídica) es ciertamente una cuestión lógica, pero no solo de sintaxis lógica. Establecer cuáles características de las normas son relevantes y asumen el rol de género y diferencia específica no es una cuestión lógica, sino fruto de *elecciones conceptuales* [6] *y de justicia.* Decidir qué es relevante y qué no lo es, qué cuenta y qué no como diferencia, significa regular de manera diferente determinados comportamientos y no otros, significa tratar de manera igual o diferente ciertos individuos o clases de individuos, en vez de otros u otras [7]. Desde este punto de vista constituyen un caso paradigmático las *normas especiales de favor* (como por ej. las normas que establecen facilidades fiscales o simplifican ciertos procedimientos administrativos para los entes que pertenecen a una determinada Iglesia, o a una determinada confesión religiosa que ha estipulado un acuerdo con el Estado Italiano, o a entidades eclesiásticas [8]).

Para no olvidar esta triple dimensión de la especialidad (lógica, semántica y de justicia) y, además, para no olvidar que los términos determinantes de la especialidad

---

[5] Hablo de «reconstrucción», porque, evidentemente, fuera del ámbito de los lenguajes formales, como la lógica y la matemática, los conceptos no son exactamente o precisamente determinados por reglas de interpretación fijas y previas, como sucede con los símbolos en lógica y, se supone, también con las clases lógicas y los conjuntos.

[6] Así, si tenemos en cuenta que las acciones de sociedad son títulos de crédito, resulta dudoso si la disciplina del conflicto relativa a los títulos de crédito en general del art. 59 l. 218/1995, se refiere también a aquella particular categoría constituida por títulos participativos accionarios, o si, en cambio, estos últimos deban ser regulados por la *lex societatis* conforme al contenido del art. 25 l. 218/1995. La alternativa es entre dos clasificaciones diferentes y, por lo tanto, depende de la identificación de géneros y diferencias específicas relevantes. La aplicación a las acciones de la *lex tituli* se depende de incluirlas en el género de los títulos de crédito; la aplicación de la *lex societatis* se fundamenta, en cambio, sobre su pertenencia al género de la sociedad. *Cfr.* por ejemplo MALATESTA, 2011: 491; BAREL y ARMELLINI, 2011: 130; GARDELLA, 2007: 78-79, nota 165.

[7] Por un lado, la generalidad es justicia en el sentido de tratamiento indiferenciado, por otro lado, también la especialidad es justicia en el sentido de tratamiento diferenciado, hasta el caso extremo del tratamiento específico para el caso individual.

[8] *Cfr.,* por ejemplo, CASUSCELLI, 2012: 17 y ss.; FIORENTINO, 2012: 117 y ss.

jurídica son aquellos elementos conceptuales de las normas que los intérpretes consideran relevantes, es útil distinguir *la relación de especialidad entre normas,* por un lado, *y la relación de género a especie* como uno de esos elementos, por el otro.

En base a esta última relación, toda especie hereda los caracteres del género y se distingue de las otras especies por una diferencia específica que, en el género puede o no estar. Es decir, una característica que no es ni necesaria ni suficiente para pertenecer al género. Por ejemplo, los gatos pueden ser negros y pueden ser blancos; existe, la especie de los gatos blancos y la especie de los gatos negros. Pero ni el ser blanco ni el ser negro son características suficientes o necesarias para ser gato; existen de hecho gatos siameses y perros blancos.

Entre las normas especiales y generales existe una relación que tiene la forma de la *consecuencia lógica.* Esta relación se puede expresar diciendo que, por ejemplo, la obligación de honrar *al padre y a la madre presupone (lógicamente)* la obligación de honrar un *pariente cercano* o bien que honrar un *pariente cercano* es condición *(sólo) necesaria* de honrar al padre y a la madre. Las dos relaciones, de inclusión de la especie (el padre y la madre) en el género (un *pariente cercano*, por ejemplo) y de consecuencia lógica entre normas, pueden ser presentadas de manera unitaria mediante la relación de *implicación estricta* de C. I. Lewis [9]. Esta relación puede expresarse del siguiente modo: si el concepto de padre y madre está incluido en el concepto de pariente cercano, es internamente contradictorio afirmar que se honra al padre y a la madre, pero no a un pariente cercano, y es por eso necesario honrar a un pariente cercano, para que sea posible honrar al padre y a la madre [10].

Configurar la especialidad como implicación estricta tiene la ventaja tanto de mostrar el fundamento semántico de la especialidad, como de distinguir entre el nivel de las normas y el nivel de sus elementos conceptuales. Distinguir entre los dos niveles es necesario porque la especialidad jurídica cambia en función de los elementos conceptuales que los intérpretes consideren relevantes. Y normalmente, no todos los elementos cuentan, a sus ojos, a los fines de la especialidad de las normas.

Por ejemplo, todos consideran que la norma «está prohibido introducirse en una habitación ajena contra la voluntad expresa o tácita del propietario, o bien clandestinamente, o con engaño», es general respecto de la norma (especial) «está prohibido a los funcionarios públicos introducirse en los lugares indicados por la norma precedente, abusando de los poderes inherentes a sus propias funciones» [11]. Ello se debe a que se da relevancia (se consideran como términos determinantes) el destinatario de las nor-

---

[9] Para profundizar, *vid.* Zorzetto, 2010: 83-158.

[10] En el ejemplo, el deber general de honrar un pariente cercano resulta satisfecho cualquiera sea el pariente cercano que se honra. Como indica el artículo indeterminado «un» todas las posibles diferencias específicas de cada pariente cercano (entendido como especie o también individuo) son igualmente indiferentes. Por eso, respetando el deber especial de honrar al padre y a la madre, se respeta también, por definición, el deber general. Diferente es el caso de la norma que impone la obligación de honrar *los parientes cercanos*, entendidos como *todos* los parientes cercanos, no (por lo menos) uno. En este caso, honrando al padre y a la madre se observa sólo la norma especial, no la norma general. Para observar también esta última es necesario honrar el resto de los parientes cercanos. Se sigue que quien observa la norma especial resultará destinatario de la eventual sanción conectada a la inobservancia de la norma general.

[11] *Cfr.* arts. 614 *Violación de domicilio* y 615 *Violación de domicilio cometida por funcionario público* CP it.

mas (cualquier persona y el funcionario público) y el modo en que el funcionario público actúa (abusando de sus poderes), mientras no se cuentan (no se consideran como términos determinantes a los fines de la relación de especialidad), las modalidades de la acción contra la voluntad expresa o tácita del propietario, o clandestinamente, o con engaño. Si se considerasen también éstas, tendríamos dos normas que tienen algunos aspectos en común y otros no, y por lo que se superponen, pero no tendríamos normas especiales y generales [12].

Tanto los juristas como los teóricos suelen también basar la especialidad sobre elementos externos a los supuestos de hecho previstos por las normas. Elementos que, de todos modos, son tratados como elementos implícitos de las normas y esenciales a los fines de la especialidad. Además del caso inicial de las normas convencionales o consuetudinarias internacionales, donde a los fines de la especialidad es determinante su origen o modalidad de formación, otra hipótesis muy difundida tiene que ver con la llamada materia, o sea el campo de aplicación material de las normas que el intérprete les atribuye.

Por ejemplo, de los arts. 77, *Representación del procurador y del agente* y 317 *Representación frente al juez de paz* del Cod. Proc. Civ. it. (art. 77 «El procurador general y aquel predispuesto para determinados negocios no pueden estar en juicio por el proponente, cuando este poder no les haya sido conferido expresamente, por escrito, excepto para los actos urgentes y para las medidas cautelares», art. 317 «Frente al juez de paz, las partes pueden hacerse representar por personas dotadas de mandato escrito a pie de pagina de la citación o en acto separado, salvo que el juez ordene su comparecencia personal»), la doctrina y la jurisprudencia extraen, respectivamente, las siguientes normas:

(Ng) [En cada juicio civil], las partes pueden hacerse representar, mediante un poder en forma escrita, solamente por una persona que tiene también poder representativo sustancial;

(Ns) [En el procedimiento civil], frente al juez de paz, las partes pueden hacerse representar por una persona dotada de mandato escrito, aunque no tenga poder representativo sustancial.

La primera norma es considerada general en cuanto aplicable (principalmente, y salvo derogación expresa) a todo juicio civil. La segunda norma es considerada especial porque, en cambio, es aplicable sólo a los procedimientos civiles frente al juez de paz. Aquí es determinante, para la construcción de la relación de género a especie, el ámbito de aplicación material de las normas; y no la línea de conducta prescripta, o sea, el poder de conferir poder a las partes. Si consideramos este aspecto, el poder de representación atribuido por la primera norma general es más delimitado (menos extenso, más específico), en vez del poder más genérico atribuido por la segunda norma especial. Para la norma especial, la representación en juicio puede ser conferida a cualquier persona (siempre que sea con poder escrito). Para la norma general, esta formalidad no alcanza; es necesario también que el representante procesal sea además representante

[12] Esta situación es a menudo llamada «especialidad bilateral» o «recíproca», a pesar que la relación lógica correspondiente no es la de inclusión de una clase infra-ordenada en una sobre-ordenada, o de un conjunto menos extenso en uno más extenso, sino que se trata de la interferencia entre clases o conjuntos.

sustancial (*i.e.* procurador general o agente predispuesto para determinados negocios). Respecto de la norma especial, la norma general exige, por lo tanto, un requisito adicional (y no uno menos) para ejercitar válidamente el poder que regula. De este modo, la generalidad de los sujetos (o sea, las partes en un juicio civil) tiene una carga en más (y no una en menos) respecto de las que tiene la particular clase de sujetos constituida por las partes en un juicio civil que actúan delante del juez de paz.

Como resulta de este ejemplo, distinguir entre (especialidad de las) *normas* y (relación de género a especie entre los) *términos determinantes* permite también explicar el fenómeno —por otra parte bastante común— de las *normas especiales más genéricas de las normas generales* y viceversa [13].

Otra actitud común en los juristas y teóricos es la de considerar, en general, como relevante a los fines de la especialidad, el elemento que fija el destinatario de las normas. Este elemento no sólo cuenta casi siempre, sino que a menudo es más relevante que otros elementos y a veces es incluso decisivo. En cambio, tendencialmente, todo otro elemento resulta ser o no ser relevante según las asunciones iniciales, caso por caso. Generalmente no son relevantes la consecuencia o los efectos jurídicos. Por eso, por ejemplo, para clasificar las normas penales en especiales y generales se toma en cuenta la forma categórica «está prohibido que *p*» en lugar de la forma hipotética «si *p,* entonces se está sujeto a la pena *x*». De este modo, la especialidad resulta trazada solo del lado del supuesto de hecho (la llamada *figura criminis*), mientras que la consecuencia de la norma penal, o sea la pena, no constituye una diferencia específica ulteriormente relevante. También en el derecho civil, los juristas tienden a calificar las normas como especiales o generales en razón del supuesto de hecho, omitiendo considerar a los fines de la especialidad las consecuencias (si bien éstas son relevantes a los fines de estable-

[13] Otro ejemplo se obtiene a partir de la comparación entre los arts. 182, 1.º y 2.º inc. y 421, 1.º inc., Cod. Proc. Civ. it. El primer artículo dispone que «1. El juez instructor verifica de oficio la regularidad de la constitución de las partes y, cuando es necesario, los invita a completar o a poner en regla los actos y los documentos que estime defectuosos. 2. Cuando advierte un defecto de representación, de asistencia o de autorización o bien un vicio que determina la nulidad del poder de representación del defensor, el juez confiere a las partes un término perentorio para la constitución de la persona a la cual compete la representación o la asistencia, para la concesión de las autorizaciones necesarias, o bien para la concesión de la representación en el litigio o para la renovación de la misma. *omissis*». El segundo artículo dispone que «El juez indica a las partes en cada momento las irregularidades de los actos y de los documentos que pueden ser sanadas confiriendo un término para que provean a ello [...]». La primera disposición, según los estudiosos italianos, enuncia una norma general porque se refiere al proceso civil ordinario de primer grado frente al Tribunal (que es considerado el tipo general paradigmático de proceso), la segunda expresa para todos una norma especial, porque se refiere al proceso civil ordinario de primer grado según el rito del trabajo. También en este caso es esencial, por lo tanto, a los fines de la especialidad el campo de aplicación material de las dos normas; considerando la línea de conducta prescripta de las dos normas, la norma general es mucho más específica que la norma especial que tiene contenido mucho más genérico. Otro ejemplo está dado por el art. 43, 3.º inc., RD de 16 de marzo de 1942, n. 267, según el cual «La apertura de la quiebra determina la interrupción del proceso» (se habla de extinción automática) y por el art. 300 Cod. Proc. Civ. según el cual en caso de pérdida de la capacidad de la parte constituida «mediante procurador, éste lo declara en audiencia o lo notifica a las otras partes. Desde el momento de tal declaración o notificación el proceso es interrumpido, excepto si se produce la constitución voluntaria o la readmisión» por parte de aquellos a los que compete continuarlo. En la primera disposición, la doctrina y la jurisprudencia italiana leen una norma especial, respecto a la norma formulada en el Código de procedimiento civil, en cuanto la quiebra es considerada una particular hipótesis de pérdida de capacidad. La norma especial es más genérica que la norma general, porque para esta cualquier declaración o notificación es indiferente, tan así que, aun cuando tenga lugar, el *dies a quo* para continuar el juicio no transcurre desde aquel momento, sino desde el de la sentencia de quiebra.

cer si la norma especial deroga o no, y por lo tanto si las consecuencias se acumulan o no). Así, por ejemplo, la norma según la cual «si por circunstancias imprevisibles se verifican aumentos o disminuciones en el costo de los materiales o de la mano de obra, tales como para determinar un aumento o una disminución superior al diez por ciento del precio total convenido para la obra, entonces el contratista o el comitente pueden pedir una revisión del precio por la diferencia que excede el diez por ciento» (cfr. art. 1664 CC it.) es considerada especial respecto de la norma general según la cual «si en un contrato a ejecución continuada o periódica la prestación de una de las partes resulta excesivamente onerosa por verificarse eventos extraordinarios e imprevisibles, entonces la parte que debe tal prestación puede pedir la resolución del contrato». La especialidad está construida a partir del supuesto de hecho, concibiendo los aumentos o disminuciones, objeto de la primera norma, como una especie del género *excesiva onerosidad sobrevenida*, objeto de la segunda [14].

A pesar de este hábito de los juristas y los teóricos, de trazar la relación de especialidad entre los supuestos de hecho de las normas (entendidos en sentido amplio, ya que se incluye, como he señalado, la esfera material, temporal o espacial, etc.), también las consecuencias o los efectos jurídicos y las modalidades de calificación deóntica podrían ser términos determinantes de la especialidad jurídica.

Podemos dar tres ejemplos elementales para cada hipótesis: *a)* la norma «si no se respetan *las órdenes paternas*, entonces se recibirá un castigo», es especial, en virtud del supuesto de hecho, respecto de la norma «si se transgrede *una orden*, entonces se recibirá un castigo»; *b)* la norma «si se usa el molino del Señor para moler el trigo, entonces se debe pagar *una tasa en proporción a la cantidad de trigo molido*», es especial en virtud de la consecuencia respecto de la norma «si se usa el molino del señor para moler el trigo, entonces se debe pagar *un canon*»; *c)* la norma «es *obligatorio* votar», es especial en virtud de la modalidad de calificación deóntica respecto de la norma «está *permitido* votar», puesto que solo si está permitido votar, votar puede ser obligatorio.

La norma especial es necesariamente compatible con la norma general, primero, en todos los casos en que la norma especial es *una especificación de la norma general,* que tiene la misma modalidad de calificación deóntica y referencia, en relación de especie a género, respecto a aquella de la norma general, como en el ejemplo «está prohibido causar molestias a los condóminos del edificio» y «está prohibido jugar en el jardín en las horas de descanso establecidas en el reglamento condominial»; y segundo, en todos los casos en que *los términos determinantes en relación de género a especie son precisamente las modalidades de calificación deóntica de las normas,* como en el caso de la obligación

[14] Para la jurisprudencia italiana la norma especial del art. 1.664 CC it. deroga la norma general del art. 1.467 del CC it. Ello sirve para evitar, debido a la diversidad de las consecuencias, que en los casos de excesiva onerosidad *sub specie* de aumentos o disminuciones en el costo de los materiales o de la mano de obra, tales como para determinar un aumento o una disminución superiores al diez por ciento del precio, exista la posibilidad de pedir en, vía alternativa, o bien la resolución, o bien la revisión. Precisamente, para evitar la posibilidad de este cúmulo alternativo de demandas, «con referencia al contrato de licitación, dada la existencia de una disciplina especial al respecto (art 1.664 CC), [...] el remedio resolutorio previsto por el art. 1.467 CC, puede considerarse aplicable [...] sólo en el caso en que la onerosidad sobrevenida sea atribuida a causas diferentes de aquellas mencionadas en el art. 1.664, debiendo en todo otro caso prevalecer la norma especial sobre la norma general, en cuanto constituye la disciplina específica de un contrato conmutativo con características particulares» (T. NAPOLI-FRATTAMAGGIORE, 13 luglio 2007, en *Strum. avv.*, 2007, 1: 53).

de vacunación, que presupone el permiso de vacunarse (permiso positivo); en efecto, sólo si está permitido vacunarse, entonces vacunarse podrá además ser obligatorio. Se habla en estos casos de relación de *infra*/sobre-implicación o *infra*/sobre-alternación. Analógicamente, sólo si está permitido no explotar el trabajo infantil (permiso negativo), podrá también estar prohibido explotar el trabajo infantil; cada prohibición presupone lógicamente un permiso negativo, o sea, una facultad de abstención.

Excepto estos casos, cada norma especial puede ser, o bien compatible, o bien incompatible, respecto de cada norma más general, según cuáles sean las modalidades de calificación deóntica de las normas en cuestión. Por ejemplo, respecto al permiso general, dirigido a todas las personas, de expresar públicamente el propio pensamiento, son especiales tanto la norma que permite hacer propaganda a favor de un determinado partido político (norma especial compatible), como aquella que prohíbe, en discursos públicos, lanzar insultos ofensivos al honor o a la reputación (norma especial incompatible).

3. LA DEROGACIÓN

Corolario de esta concepción de la especialidad es que ninguna norma especial, en sí misma, deroga la norma más general, porque la derogación —a diferencia de la especialidad/generalidad— no es una cuestión lógico-conceptual, inherente a las normas (y, básicamente, a sus elementos), sino que es una cuestión de derecho positivo referida a la elección de las normas con las que decidir cada caso. La podemos llamar *una elección de justificación externa,* en oposición a la justificación interna con la que se obtiene la conclusión práctica del caso. Los adjetivos «externa» e «interna» indican, con una metáfora espacial, una sucesión lógica. Para obtener una conclusión práctica (es decir, una norma singular o individual) es necesario antes determinar/elegir la norma (general) que será adoptada como base del razonamiento o como fundamento de la justificación. La cuestión que resuelve el principio de la *lex specialis* es precisamente si, en la justificación jurídica, se deban adoptar las normas más especiales o aquellas más generales.

Por ejemplo, para decidir o saber si a un trabajador le es debida o no la retribución correspondiente al ejercicio de tareas superiores a aquellas por las cuales ha sido contratado, ¿se debe elegir la norma general según la cual «el trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo» (*cfr.* primera parte art. 36 Const. it.) o la norma especial que prevé que «el desarrollo de tareas superiores respecto a la tarea del cargo comporta el derecho a las diferencias retributivas»? [15]. Según qué norma elijamos, serán correctos o incorrectos, conformes o no a derecho, comportamientos diferentes (a propósito, es interesante notar que la jurisprudencia considera necesaria, en este caso, la norma especial expresa, excluyendo que sea posible derivar de la norma general, *ex* art. 36 Const., el derecho al aumento de la retribución en virtud de las tareas efectivamente desarrolladas) [16].

---

[15] *Cfr.* art. 56 d.lgs. n. 29/1993, como sust. por el art. 25 d.lgs. n. 80/1998 y mod. del art. 15 d.lgs. n. 387/1998.

[16] *Vid.* C. Stato, sez. VI, 3 febrero 2011, n. 758, en *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011: 528, versión completa en banco de datos *Pluris Utet* y los precedentes mencionados en la motivación.

Las dos normas del ejemplo se refieren (al derecho) a la retribución del trabajador y el problema es precisamente saber si sólo una, o ambas, sirve/n para regular tales casos. A tal fin, es necesario distinguir entre la *calificación jurídica*, por un lado, y la *justificación jurídica*, por el otro. O sea, es necesario distinguir entre la *aplicabilidad interna* de las normas, es decir, *qué* es jurídicamente relevante o significativo para un determinado derecho, y la *aplicabilidad externa* de las normas, es decir, *en base a qué normas se debe actuar o decidir* según un determinado derecho. La primera cuestión es lógicamente anterior respecto de la segunda; en este sentido, las normas califican en función de la acción o, para decirlo brevemente, son razones para la acción [17].

La respuesta a la pregunta «¿por qué está prohibido construir un balcón en la fachada de un condominio?» [18] puede ser «porque cada participante no puede servirse de la cosa común alterando la destinación e impidiendo a los demás participantes de hacer igual uso según su derecho» (norma general prohibitiva), o bien, «porque está prohibido abrir sobre la fachada de un condominio luces y vistas directas, laterales u oblicuas que produzcan una alteración estética y modifiquen la decoración arquitectónica del edificio» (norma especial prohibitiva). En tal caso, en ausencia de derogación, tendremos dos razones concurrentes para no construir el balcón. La respuesta a la pregunta «¿entro o no entro en la propiedad privada ajena para salvar la vida de Tizio?» puede ser, ya sea «sí, porque en estado de necesidad está permitido acceder a lugares privados», o bien «no, porque está prohibido violar la propiedad ajena». En este último caso, en ausencia de derogación por especialidad, el agente se encuentra frente a un dilema práctico, es decir, enfrenta dos respuestas normativas incompatibles.

Ya sea que tengamos dos o más razones/normas concurrentes (como en los dos ejemplos de la retribución y del condominio), ya sea que tengamos, en cambio, razones/normas incompatibles (como en el último ejemplo del estado de necesidad), depende del derecho positivo qué norma seguir/adoptar —la (más) general, la (más) especial, o las dos— para decidir cómo debe uno comportarse. Para elegir entre esas normas es necesaria una *tercera norma, diferente y distinta.* En la cultura jurídica europea continental contemporánea y no sólo, la enunciación más famosa de esta tercer norma es, precisamente, el adagio o máxima «*lex specialis derogat legi generali*».

Un derecho positivo podrá entonces elegir entre las siguientes opciones:

i) Que toda norma especial derogue a toda norma más general, adoptando la conocida máxima con relación a todo el ordenamiento o sólo con relación a un ámbito o sector (*cfr.* p. ej., el art. 15 CP italiano y el art. 8 CP español).

ii) Que sólo algunas normas especiales deroguen algunas normas generales adoptando la máxima sólo para casos puntuales (como hace por ejemplo el art. 840

[17] Los juristas positivos tienden a no distinguir entre la calificación jurídica y la justificación jurídica. Esta omisión es una de las razones por las cuáles la norma especial suele ser considerada derogatoria por fuerza propia.

[18] La jurisprudencia aborda esta cuestión considerando relevante la norma en materia de distancias legales entre terrenos contiguos —art. 905 CC— y la norma en materia de uso de la cosa común —art. 1.102 CC—. Esta última es considerada una norma especial referida a una situación de copropiedad, mientras que la primera es considerada general y concerniente a la propiedad en general (*cfr. ex multis*, Cass. civ., sez. II, 18 marzo 2010, n. 6546, en *Giust. civ*., 2011, I: 1040). En realidad, a pesar de esta asunción, comparando las normas en cuestión, resulta que éstas están, no en relación de especialidad, sino de superposición. Por eso, en el ejemplo del texto, me alejo del caso real para poder analizar dos normas, una especial respecto a la otra.

CC italiano, que dispone que la norma según la cual la propiedad del suelo se extiende al subsuelo, con todo lo que contiene, no se aplica a las minas o yacimientos; o como hace art. 2.401 del CC francés en materia de hipoteca legal[19], y el art. 1.153, del mismo código, en materia de intereses por retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias[20]).

iii) Que algunas normas generales deroguen a las eventuales normas más especiales, según el principio inverso *lex generalis derogat legi speciali* (como históricamente ha sucedido respecto de las costumbres imperiales generales que habían de prevalecer sobre las costumbres locales especiales; o, en el derecho italiano actual, como sucede conforme al art. 9, l., n. 689 del 1981, que dispone que las normas penales nacionales prevalecen sobre las normas especiales de las regiones o provincias autónomas que prevean sanciones administrativas); o finalmente.

iv) Que las normas especiales y generales no deroguen las unas a las otras, sino que cuando sean «concurrentes», guíen por igual las decisiones prácticas de los ciudadanos y de los jueces y funcionarios públicos (como en el caso del concurso de delitos, o como en el caso del art. 18 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (*ex* art. 12 TCE) según el cual «En el campo de aplicación de los tratados, y sin prejuicio de las disposiciones especiales previstas por los mismos, está prohibida la discriminación en base a la nacionalidad»).

Obviamente, cada derecho podrá luego preveer esto expresamente (en adecuadas disposiciones, como los artículos anteriormente citados), o bien tácitamente (con normas no formuladas).

El principio *lex specialis derogat legi generali* es, por lo tanto, una regla de decisión contingente, que puede o no ser contemplada por un determinado derecho vigente. Se trata, más precisamente, de una meta-regla sobre la aplicación externa que regula el procedimiento de decisión de los casos jurídicos, sean estos casos reales (casos concretos), sean éstos planteados para ejercicio intelectual (casos abstractos). Por eso, si bien sus destinatarios son principalmente los funcionarios, y sobre todo los jueces, también lo son los ciudadanos, dado que también éstos están evidentemente interesados en saber si a su comportamiento y al de los demás se aplica una sola norma o varias (más o menos generales) o si la única norma aplicable es aquella especial o general.

Piénsese, por ejemplo, las diferentes actitudes prácticas que normalmente se desarrollan en presencia de normas elementales como «está prohibido el acceso a los animales» y «está prohibido el acceso a los perros *sin bozal y correa*». Se trata de dos normas destinadas a sus amos o acompañantes, cuyas actitudes prácticas serán muy diferentes dependiendo de si la segunda norma deroga o no a la primera. Además, en presencia de normas semejantes, en donde la norma especial tiene como objeto no una especie, sino una *sub*-especie (no los perros *tout court*, sino los perros *sin bozal y*

---

[19] *Cfr.* Art. 2.401 Code civil (Version consolidée au 2 juin 2012): «*Sous réserve tant des exceptions résultant du présent code, d'autres codes ou de lois particulières que du droit pour le débiteur de se prévaloir des dispositions des articles 2.444 et suivants, le créancier bénéficiaire d'une hypothèque légale peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur, sauf à se conformer aux dispositions de l'article 2.426*».

[20] Cfr. Art. 1.153 Code civil (Version consolidée au 2 juin 2012): «*Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement*».

correa), a menudo se presenta el problema de si no ha sido regulada de manera opuesta la clase complementaria, y por lo tanto, si el acceso a los perros con *bozal y correa* deba entenderse implícitamente permitido. Cuando la diferencia específica que identifica la sub-especie parece ser la razón decisiva de la prohibición (o de la obligación, o del permiso, etc.), se tiende a responder de manera afirmativa.

De lo dicho hasta aquí se sigue que la tesis usual según la cual las normas especiales y generales son incompatibles da cuenta sólo parcialmente de la especialidad jurídica, ya que excluye una parte importante de tal fenómeno. Igualmente, concebir el principio de especialidad como un principio de solución de las *antinomias* pone a la luz sólo una de sus funciones, desde el momento que ese principio puede ser empleado también para evitar la aplicación conjunta de normas especiales y generales compatibles.

Además, una cosa es la especialidad, y otra cosa es la derogación. Y por lo tanto, las normas especiales pueden o no derogar las normas generales. En efecto, en función de la relación de especialidad, por un lado, toda norma general se refiere a lo que se refiere también toda norma más especial; por otro lado, toda norma especial califica una parte de los casos calificados también por toda norma mas general. Por tanto, tanto la norma especial como la general son, la una respecto de la otra, redundantes sobre el plano de la aplicabilidad interna, o sea respecto de la calificación jurídica[21]. Presupuesto de aplicación del principio de la *lex specialis* no es entonces la incompatibilidad entre las normas especiales y generales, sino la existencia de un *ámbito común de calificación (o aplicabilidad interna)*, dado precisamente por la *especie*[22].

Si las normas en juego son *compatibles y no derogantes*, tendremos una redundancia, tanto sobre el plano de la aplicabilidad interna, como sobre el plano de la aplicabilidad externa y, por lo tanto, se verificará un concurso de normas y la consecuente acumulación de consecuencias. Si las normas en juego son *incompatibles y no derogantes*, tendremos una redundancia que genera un dilema práctico. Si una de las dos normas (por ejemplo la especial) *deroga* a la otra (la general), en virtud de un criterio jerárquico (por ejemplo el principio de la *lex specialis*), tendremos redundancia sólo sobre el plano de la aplicabilidad interna, o sea de la calificación jurídica.

La incompatibilidad no es ni siquiera la razón de la derogación. Ello en cuanto, en base al principio de la *lex specialis*, la norma especial prevalece sobre la norma general, no porque sea incompatible, sino *porque es especial*. La especialidad, no la incompatibilidad, es la razón de la derogación. Naturalmente, pueden existir otras razones en virtud de las cuales una norma (especial) prevalece sobre las normas más generales, como por ejemplo, *porque es más favorable, porque ha sido emanada por una determinada autoridad,* etc. En tales hipótesis, la meta-regla sobre la aplicación que está en juego no es el principio de la *lex specialis,* sino el criterio de prevalencia de la norma más favorable (*criterio de la ley más favorable*) o de competencia, etcétera.

---

[21] Son normas redundantes también las normas que se encuentran en relación de superposición (*cfr. supra* nota 11), como por ejemplo la norma que obliga a los estudiantes de derecho y de letras estudiar filosofía del derecho, y la norma que impone estudiar por lo menos una materia filosófica en la facultad de derecho.

[22] Existe espacio para la derogación también en las situaciones de «especialidad bilateral» o «recíproca». En virtud de lo dicho (*cfr. supra* notas 11 y 20), en esta hipótesis la razón de la derogación no podrá ser la especialidad; podrá ser, en cambio, por ejemplo, el trato más o menos riguroso, el trato de favor o la ventaja para una determinada categoría, etcétera.

Vale la pena agregar que, tratándose de la aplicación de normas especiales y generales, el criterio según el cual debe aplicarse la disciplina más ventajosas es a veces empleado también para excluir la derogación entre normas especiales y generales. Así, por ejemplo, en materia de ley aplicable a la filiación, el art. 33, 1.º y 2.º inc., de la L. 218/1995 dispone que «1. El estado de hijo se determina por la ley nacional del hijo al momento del nacimiento [23]. 2. Es legítimo el hijo considerado tal por la ley del Estado del cual uno de los padres es ciudadano al momento del nacimiento del hijo». En el segundo inciso se ve una norma especial respecto de la formulada en el primer inciso, porque mientras esta última tiene que ver con el estado de hijo legítimo, la otra se refiere al estado de hijo. Parte de los intérpretes, a partir de los trabajos preparatorios, pero sobre todo por razones de privilegio para con el estatus de hijo legítimo (c.d. *favor filiationis, sub specie legitimationis*) [24], afirman que la norma especial no deroga a la norma general; en particular, la mención a la ley nacional de los padres (*cfr.* 2.º inc.) no influiría sobre la aplicabilidad de la ley nacional del hijo y, en vía subsidiaria, de la ley del Estado del cual uno de los padres es ciudadano. En sentido opuesto, parte de los intérpretes considera que la condición de hijo legítimo es regulada exclusivamente por las leyes de los padres (*ex* 2.º inc. cit.). En este último caso, la norma especial derogaría por lo tanto la norma general. Dependiendo de la posición, se argumenta a favor de una u otra conclusión ya sea sobre la base de un argumento sistemático y *a contrario* de los artículos en materia de filiación [25], ya sea sobre la base de que el estatus de hijo legítimo estaría conectado más a la relación matrimonial de los padres, que no a la filiación natural. Nótese que en tal caso se usan dos teorías de los géneros y de las especies diferentes, una dirigida hacia la especialidad, la otra dirigida hacia la derogación. En el primer caso, como hemos dicho, se asume que el estado de hijo legítimo está incluido en el estatus de hijo (género-1). En el segundo caso, se asume en cambio que la legitimación es una implicancia del matrimonio (género-2).

4. LAS REDUNDANCIAS LINGÜÍSTICAS EN LOS LENGUAJES NATURALES

Como es sabido, mediante la noción de redundancia se suele identificar en lingüística, al mismo tiempo, un fenómeno muy general (y, según algunas posiciones, una característica esencial) de los lenguajes naturales [26] y una amplia serie de fenómenos

[23] Me limito a señalar, ya que es extraño al tema de mi análisis, la evidente circularidad de este criterio de conexión.

[24] Es interesante notar que aquí el concepto de «ventaja» no significa mejor trato o trato más ventajoso para la categoría de los hijos, en cuanto no importa cuál es la ley, por ejemplo, que permita una verificación más fácil o rápida de la filiación natural. La *ventaja* está en ampliar el número de las leyes aplicables a la filiación. La asunción implícita de la que se parte es que la existencia de un mayor número de criterios de conexión favorezca la comprobación del estatus de hijo. Como diré en el texto, esta asunción es desbaratada, en el caso de especie, por la circunstancia que los criterios son entendidos no como alternativos, sino como el uno subsidiario del otro, y es evidente que en abstracto no se puede saber si la ley del (presunto) hijo hace más fácil o, en cambio, más difícil la comprobación de la filiación natural respecto a aquella de los (presuntos) padres.

[25] *Cfr.* arts. 34, 1.º inc., y 35, 1.º inc., de la L. 218/1995, en tema de legitimación por matrimonio sucesivo y de reconocimiento del hijo natural que, a diferencia del art. 33, 2.º inc., se refieren expresamente a la ley nacional del hijo.

[26] *Cfr.* PULGRAM, 1983: 107; CHIARI, 2002.

micro- y macro-lingüísticos. La noción de redundancia lingüística es por eso una noción, primero, genérica y, segundo, notablemente ambigua [27]. En base a una definición estándar, en la lingüística contemporánea el término «redundancia» designa la reiteración de elementos lingüísticos que hace que una información ya dada, sea vehiculada bajo otra forma [28]. La redundancia es por eso generalmente vista como «*the amount of linguistic signals exceeding the minimum necessary in order to render the messagge*» [29]; «*l'identité ou la quasi-identité des signifiés produit de la redondance, soit, au sens le plus large, l'itèration d'un même contenu*» [30]. A causa de esta genericidad, muchos, si no todos los fenómenos de redundancia lingüística son habitualmente también catalogados bajo otros nombres. Trayendo a colación algunos de esos nombres, entre los más conocidos, se encuentra el de pleonasmo [31], perisología [32], tautología, repetición, iteración, superfetación, elementos expletivos [33], *dummies elements* [34], híper-caracterización del signo lingüístico [35], *abundantia, commoratio, expolitio* [36], etcétera.

Para analizar y clasificar los fenómenos de redundancia de los lenguajes naturales, han sido propuestas numerosas distinciones, basadas sobre criterios heterogéneos, de naturaleza lógico-semántica, léxica, sintáctica, morfológica, fonética, cada una de las cuales denota un método de análisis diferente y una concepción distinta del origen, la naturaleza y el funcionamiento de los lenguajes naturales y del lenguaje. Declaro previamente que no privilegiaré, ni propondré, el uso de una teoría en particular, porque creo que prestar atención a diferentes enfoques pueda ser útil para una mejor comprensión del fenómeno de la redundancia en el lenguaje jurídico.

Dicho esto, veamos entonces algunos tipos principales de redundancias que han sido identificadas por los lingüistas [37]:

i. La redundancia *sintáctica*, relativa a la repetición de signos (morfemas-grafemas), respecto de la cual se identifican, por ejemplo: (i) la *redundancia sistemática relativa a los operadores morfi,* tales como «si», «en el caso que», «en la medida en que», y que se refiere a la presencia de estructuras gramaticales con la misma función; (ii) la *redundancia sintagmática* que depende de la linealidad del texto y que concierne a la

---

[27] Quizá el único punto que, sobre la redundancia, se puede considerar pacífico en lingüística es que «*cependant n'est pas la caractéristique d'un élément isolé, mais d'une séquence d'éléments. La redondance serait nulle si tous les mots dans une suite étaient également probabile*», PELCHAT, 1983: 78.

[28] *Cfr.* ŚABRŜULA, 1975: 101.

[29] *Cfr.* PANEK, 2009: 82, donde cita KIELAR, 1973 (*non vidi*).

[30] «*La redondance peut servir notamment à s'assurer de la bonne transmission et réception du contenu en contrant le bruit, c'est-à-dire les obstacles à ceux-ci (ou encore à la compréhension du contenu)*», HÉBERT, 2012: 160.

[31] Figura de estilo que consiste en usar más palabras de lo necesario para expresar una idea con el fin de reforzarla.

[32] Figura retórica que designa el uso de un pleonasmo sin intención literaria.

[33] *Cfr. http://www.accademiadellacrusca.it.*

[34] En base a la noción estándar «*a dummy sign [...] is defined as a sign lacking the signified*» (*cfr.* EL KASSAS, 2011). Es usual señalar como ejemplos típicos de estos «*elements with no semantics*», el «*expletive "it", or the copula "is", in some of its manifestations in English*» (cfr. CARSTON, 2008: 74). Como se sabe, es extremadamente controvertido en semiótica si pueden existir elementos simbólicos semánticamente vacíos (símbolos *sin* significado).

[35] *Cfr.* p. ej., SORNICOLA, 1995: 56.

[36] *Cfr.* CATERINA y LANTELLA, 2011: 477 y ss.

[37] No trataré la redundancia fonológica, relativa por lo tanto a los fonemas; trataré solo la redundancia lingüística relativa a los morfemas y lexemas de un determinado lenguaje y su uso.

frecuencia de los elementos de un nivel (grafema) y se origina en las restricciones a nivel morfológico y sintáctico (por ejemplo, uso de afijos y sufijos y la reacción); (iii) la *redundancia morfológica sintagmática o lineal* que se presenta, por ejemplo, en los fenómenos de concordancia; (iv) la *redundancia sintagmática funcional facultativa* [38] que se realiza por ejemplo con la reduplicación del objeto o del sujeto y con la doble negación; (v) la *redundancia distributoria o combinatoria* relativa al orden de las palabras; (vi) la *redundancia paradigmática* que depende del repertorio de elementos, a nivel de lexemas, presentes en el sistema lingüístico, y del nivel de uso y del grado de saturación del sistema.

ii. La redundancia *semántica*, relativa a las propiedades semánticas de los signos y las relaciones conceptuales entre sus significados. Que, en su dimensión de redundancia *lógica*, se caracteriza por los nexos de implicación y presuposición entre conceptos, y, en su dimensión de redundancia *conceptual*, es relativa a la sinonimia y cercanía de elementos de significado [39].

iii. La *redundancia pragmática o contextual o enunciativa* [40] (a veces denominada también *retórica*) [41], relativa al concreto uso que de la lengua hagan los usuarios en un específico contexto comunicativo. A nivel pragmático, la redundancia puede referirse tanto al *canal o medio comunicativo* empleado, como al *contenido del mensaje lingüístico* tal como resulta formulado/comprendido en aquella particular situación comunicativa (se tendrá en cuenta, por lo tanto, su fuerza expresiva, su elegancia estilística, su mayor o menor felicidad respecto a los objetivos comunicativos del emisor y/o del receptor, etc.).

---

[38] Una distinción fundamental en tema de redundancias lingüísticas es aquella entre redundancias «facultativas» y «obligatorias». Mientras estas últimas son inherentes a la morfología y a la sintaxis del lenguaje mismo, las otras son fruto de las elecciones comunicativas de los usuarios. «El código comprende no sólo las características distintivas, sino también las características configurativas y redundantes que dan origen a las variantes contextuales, y las características expresivas que gobiernan las variantes facultativas» (JAKOBSON, 2002: 87-88). «Los medios de los procesos gramaticales constituyen los aspectos obligatorios del código y, alrededor de ellos, se distribuye la constelación de las otras elecciones, de las redundancias, paralelas a aquellas que observamos en el significante», HEILMANN, 2002: xxiii.

[39] El análisis de las propiedades/relaciones entre los significados de los símbolos es conducida a menudo en la dimensión mini- o micro- semántica, yendo hacia la búsqueda de las semi, de los *grafi* conceptuales y *tavole* de las relaciones semánticas o matrices gravitantes alrededor de un morfema según enfoques diferentes de la semántica; por ejemplo las teorías de POTTIER (1974) y de RASTIER (1991, *vid.* también RASTIER, CAVAZZA y ABEILLÉ, 1994: 111-139) o bien la teoría de la gramática transformacional (*cfr.* LANGEHDOEN, 1967: 303-314) o un enfoque fundamentalmente constructivista del lenguaje basado en las teorías de ULLMANN, KATZ y MCCAWLEY (*cfr.* DROSTE, 1976: 5-33). *Vid.* también CANON-ROGER, 2006; WIERZBICKA, 1993: 9-23; *id.*, 2007.

[40] Por lo general se contrapone la redundancia *enunciativa* a la redundancia *gramatical*. Esta última depende de la estructura del sistema lingüístico, abstrayéndose de sus posibles usos lingüísticos, y depende por lo tanto de las restricciones impuestas por las reglas morfológicas y sintácticas del lenguaje. Tal distinción es a veces asociada a la oposición entre *langue* y *parole*.

[41] Cuando se habla de «redundancia retórica» se asume, a menudo, una concepción de la pragmática como análisis, no semiótico sino, causal-socio-psicológico de los contextos comunicativos, poniendo acento prevalentemente en los efectos estilísticos y expresivos de los mensajes. En una acepción negativa —propia también del lenguaje ordinario— se habla de «redundancia» y de «redundancia retórica» para subrayar un vicio o defecto de la comunicación, consistente en el uso excesivo y desproporcionado de elementos lingüísticos respecto de aquellos que exigirían las circunstancias comunicativas específicas. En este sentido, redundante es sinónimo de superfluo, inútil, superabundante, etc. (*cfr.* por ejemplo SULEIMAN, 1980: 119-142). Incluyo en la amplia categoría de las redundancias pragmáticas también esta última acepción despreciativa, porque la superfluidez, la inutilidad, el exceso, etc., tienen que ver con el *uso* de un determinado instrumento comunicativo considerado respecto del *objetivo* y del *contexto* comunicativo, es decir, se aprecia el uso, precisamente, en el *plano pragmático*.

Para darnos cuenta de la variedad de fenómenos lingüísticos que son normalmente atribuibles a la categoría de la redundancia lingüística nombro algunos a título de ejemplo:

1. La concordancia entre sustantivo y verbo, o entre sustantivo y adjetivo y/o artículo; como por ejemplo «*un* veu*f* malher*eux*»; «*un* viud*o* desconsolad*o*»; «*un* pover*o* vedov*o*», donde todos los elementos en cursiva indican el género masculino y el número singular. También la frase «The boy*s were* eating *their* lunch*es*», en la cual el número plural está reiterado en cada elemento (sujeto, predicado, complemento, adjetivo posesivo) [42].
2. El refuerzo de los deícticos («esto *aquí*», «aquello *allá*»), de conjunciones y, en particular, de la negación («¡no *he* visto nunca uno!»).
3. El uso enfático de componentes pronominales, como por ejemplo «nos», «se», etcétera.
4. La reduplicación pronominal, como por ejemplo «*même*» [43].
5. Los elementos paragógicos, como la inserción de una vocal, idéntica a la última vocal precedente, después de una consonante final; por ejemplo la «*-i*» final del adverbio «*imo*» en la forma «*imòi*» [44].
6. La introducción pleonástica de frases pseudo-relativas como «aquello/-a que está», «aquellos/as que son».
7. Las fórmulas de exordio que contienen verbos en función fática, como por ejemplo «se comunica que», «se hace presente que», etcétera.
8. Las locuciones conjuntivas como «*attendu que*».
9. Los signos fáticos que tienen funciones de advertencia: «Atención: ...»; «AVISO: ...», «INSTRUCCIONES PARA EL USO: ...».
10. Las formas adverbiales más rebuscadas respecto a aquellas más comunes, como «*ovverossia*» respecto a «o sea» u «o bien», «*purtuttavia*», «*even though*» respecto a «*though*», etcétera.
11. El uso conjunto de morfemas lexicales, uno de los cuales contiene elementos más finos o propiedades semánticas que son, o todas o en parte, propias también del otro, como por ejemplo «vegetal» y «verde» [45]; «subir sobre»; «*annihilation totale*»; «*chronique du temps*», «*applaudir des deux mains*», «abuso excesivo», «requisito imprescindible», «aterido de frío», etc.; la casuística atribuible a esta última categoría es amplia y variada, podemos recordar por ejemplo.

11.1. El uso de adjetivos que amplifican una característica ya expresada por el sustantivo al que se refieren, como por ejemplo, en la expresión «*volitabant assidui*», el adjetivo «*assidui*» amplifica el carácter insistente y la rapidez del vuelo, ya expresados por el frecuentativo «*volitare*» [46].

---

[42] *Cfr.* HORNING, 1982: 275-281; *Id.*, 1991: 135-145.

[43] *Cfr.* SORNICOLA, 2006: 1651-1671.

[44] *Cfr.* DE MARTINI, 2006: xxx, nota 38.

[45] Al respecto, con razón, DROSTE sostiene que «*[i]t is important to be aware of the interrelatedness of the semantic properties. If an item contains the property (Vegetable), a whole series of related properties may be redundantly specified, either upward (by implication) or downward (by expansion). We may think, for the latter, of (Ea able), (Growing), (Green), (Boil), and the like. And these properties in their turn are interwoven with other features by implication rules or expansion rules; the latter features may well be activated in a certain situation or in relation to a certain context*» (DROSTE, 1976: 31). El texto de referencia es STRAWSON, 1974: 17 y ss.

[46] *Cfr.* ROMAGNINO, 2009-2010: 33.

11.2. Las determinaciones tautológicas relativas a las unidades de medida, cantidad, extensión, etc., como por ejemplo «40 años de *edad*», «horario de apertura: desde la *hora* 14 a la *hora 18*», «la jornada o el *día* 27 de octubre», «la *suma* de 10 euros», y similares [47].

11.3. Las duplicaciones de algunos adverbios y locuciones adverbiales, como por ejemplo «dentro y no mas allá» y «sólo y exclusivamente», «sólo y único», que son duplicaciones de «dentro» y «sólo»; piénsese también en la combinación del numeral «uno», «una» con «solo», «sola», y en expresiones como «[no me hagas decir] *otra cosa más*».

11.4. La combinación expresiva de palabras semánticamente afines, unidas en figuras retóricas como la asonancia o la aliteración; por ejemplo «*propugnacula pinnae murorum*» en la que «*pinna*» indica las almenas de los muros de una estructura defensiva y es por eso redundante respecto a «propugnácula» [48].

11.5. Las expresiones perifrásticas, compuestas de varios vocablos que no contribuyen de manera relevante al significado del mensaje, como por ejemplo «gran cantidad económica de dinero», «opinión pública general», «relación bilateral entre dos países».

11.6. La combinación de adverbios, sobre todo los que terminan en «-mente» y expresan la imposibilidad de graduación, con adjetivos que indican propiedades que ya de por sí no admiten graduación, como por ejemplo el ser gratuito, ajeno, lleno, «absolutamente lleno», «completamente abarrotado», «totalmente gratis», etcétera [49].

11.7. Las precisiones temporales, como «iremos mañana» y «hace un año fuimos», en donde el futuro y el pasado están indicados genéricamente por el predicado, y específicamente por el complemento de tiempo.

11.8. La explicitación de sub-clases respecto de la que denota un sustantivo, a menudo acompañada por conjunciones que funcionan como marcas; como por ejemplo, en las expresiones, «*los perros*, *también los pequeños, e incluso con correa,* no pueden entrar» [50].

11.9. Las proposiciones o expresiones incidentales que tienen una función explicativa y que, eventualmente, son introducidas por conjunciones explicativas como «o sea», «es decir»; «puedes *acomodarte*, *es decir sentarte*»; «un principio, o sea una regla».

11.10. Las expresiones tautológicas, como por ejemplo «los volátiles vuelan» [51], «pensar un pensamiento», «idear una idea», «*agguzzare l'ingegno*», etcétera.

11.11. Las expresiones como «nunca jamás» o «*è buona norma e regola*», en las que si bien la redundancia asume también la forma de una tautología, a diferencia del caso anterior, desempeña a una particular función expresiva.

De los estudios de lingüística sobre las redundancias se pueden extraer algunas lecciones útiles para examinar la redundancia entre normas.

En primer lugar, en la medida en que el derecho —escrito y oral (como por ejemplo los debates en los procesos y en las discusiones orales de las causas)— hace uso de

---

[47] *Cfr.* Fortis, 2005: 64-65.
[48] *Cfr.* Romagnino, 2009-2010: 72.
[49] *Cfr.* Guerrero Salazar, 2000: 423-430.
[50] *Cfr.* Caterina, Lantella, 2011: 479.
[51] *Cfr.* Caterina y Lantella, 2011: 481.

una lengua natural (normalmente aquella/as nacional/es oficiales), las formulaciones de los textos jurídicos, y las normas que de éstos se extraen a través de la interpretación, presentan las redundancias lingüísticas que he apenas mencionado, comenzando por aquellas estructurales propias de la sintaxis y de la morfología del lenguaje. Bajo este aspecto, sería interesante analizar, pero no es ésta la sede para hacerlo, si los lenguajes jurídicos siguen, a este nivel, reglas iguales o diferentes, respecto de las reglas de los lenguajes ordinarios, es decir, analizar si el lenguaje jurídico presenta fenómenos de redundancia morfo-sintáctica propios y adicionales a los del lenguaje natural.

En segundo lugar, la redundancia puede concernir los *signos lingüísticos* (frases, sintagmas, términos, etc.), o los *significados vehiculizados por los signos* (los conceptos y sus elementos semánticos). En el derecho es necesario, por lo tanto, distinguir entre la redundancia de las formulaciones jurídicas y la redundancia de las normas. Y, como se ha visto en los ejemplos, de la repetición de los signos no se sigue necesariamente la redundancia de significados (por ejemplo «poco a poco» significa «gradualmente», no repetidamente o dos veces poco, porque «poco» significa otra cosa), ni viceversa (así por ejemplo «contrato de donación» es una expresión conceptualmente redundante en italiano, y en el derecho italiano, porque la donación es un contrato).

En tercer lugar, las redundancias lingüísticas tienen fundamento en la estructura del lenguaje, en las posibilidades de uso y combinaciones de sus signos y lexemas, considerando por lo tanto los significados de las unidades lingüísticas. Pero algunas redundancias son «obligatorias» y otras «facultativas».

Redundancias «obligatorias» son aquellas que, bajo el aspecto estructural, son propias de la sintaxis y de la morfología del lenguaje y, bajo el aspecto funcional, pueden ser consideradas parte de la *macro-pragmática* de los lenguajes naturales (desde este punto de vista, las redundancias son consideradas un factor de economía, previsibilidad, estabilidad del sistema lingüístico, etc.).

Una redundancia es en cambio «facultativa» cuando, aún teniendo origen en la morfología, en la sintaxis y en el léxico de un determinado idioma, depende de las elecciones lingüístico-discursivas de los usuarios que se sirven de la flexibilidad interna del sistema lingüístico. Este segundo género de redundancias (cfr. punto 11 de la lista precedente) puede apreciarse y se extiende sobre el plano *micro-pragmático,* considerando las concretas instancias y proferencias en su contexto de uso, en relación con las diferentes funciones del lenguaje, con el objetivo del discurso y las competencias lingüísticas de los usuarios. Esto vale también para los derechos vigentes, caracterizados por una multiplicidad de formas de redundancia, algunas de las cuales propias del lenguaje jurídico y del lenguaje natural en el que se produce el discurso jurídico, y otras fruto de las elecciones discursivas de los participantes de la practica jurídica.

La distinción entre redundancia «obligatoria» y «facultativa» es crucial no sólo sobre el plano descriptivo, sino también respecto de la política del derecho. Esta distinción constituye la base para preguntarse cuáles redundancias no son evitables ni eliminables, dado el uso de una determinada lengua y dadas las características del lenguaje jurídico; y cuáles redundancias, en cambio, siendo fruto de las elecciones lingüísticas del legislador, de los jueces, de los funcionarios, etc., son una variable *con-*

tingente de las prácticas jurídicas y, como tales, de *iure condendo,* son modificables y eventualmente eliminables o sustituibles.

En cuarto lugar, volviendo al fenómeno de las normas especiales y generales, en los derechos vigentes, la coexistencia de normas especiales y generales (derogatorias o no, compatibles o incompatibles) es un factor de redundancia significativo, si bien no es ciertamente el único, tal como muestra la lista anterior. La redundancia entre normas especiales y generales, mientras que sobre el plano lógico es una consecuencia necesaria de la especialidad, sobre el plano lingüístico representa un fenómeno no unitario que puede tener orígenes y características diferentes, tal como sucede en lingüística, y responder a diferentes exigencias macro- y micro-pragmáticas. Las redundancias entre normas (especiales y generales) constituyen un fenómeno más extendido que el de las antinomias jurídicas («parciales-totales»), tan es así que —como se ha dicho—, también las normas (especiales y generales) incompatibles dan lugar a redundancias, teniendo un ámbito común de calificación.

5. LAS REDUNDANCIAS ENTRE NORMAS (ESPECIALES Y GENERALES)

Intentemos aplicar en ámbito jurídico el análisis precedente de las redundancias lingüísticas, considerando algunos ejemplos.

5.1. Disposiciones que expresan varias normas que están, entre sí, en relación de especialidad

U.S. Code: Title 18, Part I, Chapter 44, § 924 (c) (1)(A): «*... any person who, during and in relation to any crime of violence or drug trafficking crime (including a crime of violence or drug trafficking crime that provides for an enhanced punishment if committed by the use of a deadly or dangerous weapon or device) for which the person may be prosecuted in a court of the United States, uses or carries a firearm, or who, in furtherance of any such crime, possesses a firearm, shall, in addition to the punishment provided for such crime of violence or drug trafficking crime – (i) be sentenced to a term of imprisonment of not less than 5 years; (ii) if the firearm is brandished, be sentenced to a term of imprisonment of not less than 7 years; and (iii) if the firearm is discharged, be sentenced to a term of imprisonment of not less than 10 years*».

Entre paréntesis están indicados los elementos que son redundantes a nivel semántico [52]. En efecto, el paréntesis explicita una sub-clase de crímenes (violencia y tráfico de droga cometidos con uso de armas u otros medios mortales o peligrosos) ya incluidos, por definición, en las figuras criminales generales de la violencia y del tráfico de estupefacientes. Los verbos «*use*», «*carry*», «*posses*» («*a firearm*») tienen un área común de significado, puesto que expresan conceptos parcialmente, si no totalmente, equivalentes. Los elementos citados representan, el primero, el presupuesto (general

[52] *Cfr.* Morra, 2011.

y especial) de la conducta, el segundo, las tres conductas castigadas. Tenemos, por lo tanto, una disposición que expresa varias normas en relación de especialidad. La elección de identificar clases y subclases de hechos, mediante categorías generales, especificaciones explícitas y enumeración de elementos redundantes, responde —por lo menos en las intenciones de los legisladores penales—, por un lado, al objetivo de lograr una mayor precisión en las formulaciones, y por el otro, al objetivo de reducir los márgenes de discrecionalidad interpretativa de los tribunales[53].

5.2. Normas definitorias generales y normas especiales de conducta y sancionadoras

Art. 2, L 21 noviembre del 2000, n. 353, Ley marco en materia de incendios forestales «1. Por incendio *forestal* se entiende un fuego susceptible de expandirse hacia *áreas boscosas, con arbustos o arboladas, comprendidas eventuales estructuras e infraestructuras realizadas por el hombre dentro de las áreas mencionadas, o bien hacia terrenos cultivados o incultivados y pastizales limítrofes a dichas áreas*».

Art. 10 1. cit. «*Las zonas boscosas y los pastizales cuya vegetación haya sido afectada por el fuego* no pueden tener un uso diferente del que tenían al momento del incendio, por lo menos por 15 años. Está, de todos modos, permitida la construcción de las obras públicas que sean necesarias para la salvaguardia de la incolumidad pública y del ambiente. En todos los actos de compraventa de áreas e inmuebles situados en las *zonas enumeradas*, estipulados dentro de quince años de los eventos previstos en el presente artículo, debe estar expresamente mencionado el vínculo especificado en el primer párrafo, bajo pena de nulidad del acto. En los pueblos desprovistas de un régimen regulatorio está prohibida por diez años toda edificación sobre *áreas boscosas afectadas por el fuego.* Está prohibido además, por diez años, sobre las *superficies mencionadas*, la actividad de reforestación y de ingeniería ambiental financiadas con recursos públicos, salvo específica autorización concedida por el Ministro del ambiente, en el caso de áreas estatales naturales protegidas, o por la región competente, en los demás casos, siempre que se haya comprobado y documentado una situación de ruina hidrogeológica o cuando sea urgente intervenir para tutelar los valores ambientales y paisajísticos. Están igualmente prohibidas por diez años, en *la superficie de las zonas boscosas afectadas por el fuego,* la pastura y la caza».

En este caso tenemos una norma definitoria general con algunas especificaciones, redundantes bajo el aspecto lingüístico (semántico), pero que, sobre el plano pragmático, tiene la función de evitar dudas interpretativas. Sin embargo, se trata de un caso de mala legislación, puesto que se delimita el objeto regulado (las situaciones de incendio forestal) a través de la norma definitoria general («Por incendio forestal se debe entender... ») pero luego esa norma es ignorada por las normas que establecen las conductas,

[53] Este modo de formular las normas penales, típico del *common law* inglés, no es extraño a la cultura jurídica europea e incluso se está extendiendo cada vez más. Un ejemplo claro es, de todos modos, el *Theft Act* 1968 Ch. 60 Definition of «theft», en donde a la *Basic definition of theft*: *«A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it»,* le sigue la definición de cada uno de sus elementos: *«Dishonestly», «Appropriates», «Property», «Belonging to another», «With the intention of permanently depriving the other of it».*

las sanciones, etc. La consecuencia es que la jurisprudencia termina desconociendo la especificación presente en la norma definitoria general. Así, por ejemplo, la jurisprudencia excluye poder aplicar la norma del art. 10 al incendio de un área cultivada con olivos, ya que para catastro resulta clasificada como área de cultivo agrario. Para la jurisprudencia (*cfr.* T.a.r. Lazio, sez. II, 17-11-2009, n. 11242), la segunda disposición expresa una norma especial porque limita «la aplicación de las prohibiciones, prescripciones y sanciones a «zonas boscosas y pastizales cuya superficie» haya sido afectada por el fuego», y no a las «zonas arboladas» y, por lo tanto, se trata de «un conjunto de áreas naturales y vegetales más delimitado respecto» a aquel objeto de la norma definitoria. Una vez constatado que «en la definición de «bosque» el legislador, tanto nacional como regional, ha previsto una equiparación del mismo a la floresta y a la selva [...] y ha identificado algunos casos asimilados a bosque [...], y además ha diferenciado la vegetación forestal de aquella arbustiva [...]», se concluye que ninguna norma nacional o regional se refiere precisamente a «los cultivos del olivo y mucho menos califica estos últimos como vegetación arbolada perteneciente al patrimonio forestal, selvático, naturalista» protegido por la L. n. 353 del 2000. Un olivar, para los jueces, es un «cultivo que no entra entre los que quedan comprendidos por el concepto de "bosque"», porque «como los frutales, los olivares están desprovistos de características forestales, que *en el uso corriente* se identifican con el ser un bosque no cultivado, denso, intrincado, espeso y constituido también por árboles de especies diferentes».

5.3. Especificaciones redundantes que expresan anti-reglas

Art 1.269 Cod. Civ. it.: «El tercero autorizado para realizar el pago no está obligado a aceptar el encargo, aun cuando sea deudor del delegante».

La disposición en cuestión introduce una especificación redundante sobre el plano semántico, que tiene la función de excluir que el intérprete obtenga la siguiente anti-regla: el deudor del delegante está obligado a aceptar el encargo. Considerando esta anti-regla probable, el legislador ha precisado, de manera preventiva, que tampoco el deudor del delegante está obligado a aceptar el encargo [54].

5.4. Normas especiales y generales redundantes y discontinuidad histórica de la regulación

Art 1.178 CC it.: «Cuando la obligación tiene por objeto la prestación de cosas determinadas solamente en el género, el deudor debe dar cosas de calidad no inferior a la media».

Art. 664 CC it.: «En el legado de cosa determinada solamente por el género, la elección, cuando el testador no la haya confiado al legatario o a un tercero, le compete al heredero. Éste está obligado a dar cosas de calidad no inferior a la media [...]».

Art. 1.286, inciso 1, CC it.: «La elección [*i.e.* en las obligaciones alternativas] le compete al deudor, si no ha sido atribuida al acreedor o a un tercero».

---

[54] *Cfr.* Caterina y Lantella, 2011: 485-487.

Art. 665 CC it.: «En el legado alternativo la elección le compete al heredero, a menos que el testador se lo haya dejado al legatario o a un tercero».

Las disposiciones sobre la elección en el legado alternativo (*supra* art. 664 y 665 CC it.) expresan normas especiales, compatibles respecto de las normas generales referidas a las obligaciones alternativas (*supra* arts. 1.178 y 1.286 CC it.). El legislador repite casi en su totalidad las mismas palabras; las únicas variaciones son «a menos que»/«si no», que tienen una idéntica función gramatical; y «legatario» en lugar de «acreedor» y «heredero» en lugar de «deudor», pero entre legatario y heredero hay una relación obligatoria de crédito-debito. Aquí, la redundancia tiene quizás razones históricas, ya que en virtud de la parcial discontinuidad del actual Código respecto al CC de 1865, la redundancia parece tener por función (desde la óptica del legislador de 1942), más que evitar una duda interpretativa o excluir una probable anti-regla, facilitar la reconstrucción de la disciplina del legado (en parte nueva en 1942), sin que sea necesario consultar otras partes del Código.

5.5. Normas especiales y generales limitativas y objetivos de política del derecho

Art. 30, inciso 1, L. 183/2010, Cláusulas generales y certificación del contrato de trabajo: «1. En todos los casos en los que las disposiciones de ley, en las materias mencionadas en el artículo 409 del código de procedimiento civil y en el artículo 63, inciso 1, del decreto legislativo del 30 de marzo de 2001, n. 165, contengan cláusulas generales, incluidas las normas referidas al establecimiento de una relación de trabajo, al ejercicio de los poderes patronales, a la transferencia de empresa y al receso, el control judicial se limita exclusivamente, en conformidad con los principios generales del ordenamiento, a la comprobación del presupuesto de legitimidad y no puede extenderse a un control sustantivo de las valoraciones técnicas, organizativas y productivas que competen al dador de trabajo o al comitente.

La disposición citada expresa una norma especial limitativa y para reforzar este objetivo es redundante bajo varios aspectos. Primero, «las normas en materia de establecimiento de una relación de trabajo, de ejercicio de los poderes patronales, de transferencia de empresa y de receso» están ciertamente «incluidas» en la materia de trabajo en relación de dependencia privado, *ex* art. 409 Cod. Proc. Civ. it., y en la materia de empleo público, *ex* art. 63, d. lgs. 165/2002. Además, un límite, por definición, fija una exclusión («limitado exclusivamente»). Luego, dado la oposición «legitimidad»/«sustantivo», *tertium non datur*, por lo que el agregado «no puede extenderse...» es tautológica. Igualmente, los adjetivos «técnicas, organizativas y productivas» comparten un área de significado común y constituyen una tríada, son tres elementos constitutivos de un todo. Bien se podría haber escrito: toda valoración que compete al dador de trabajo[55], donde el problema es dado, en cambio, qué compete y qué no compete al dador de trabajo.

[55] Omito la referencia al «mandante», que es también redundante, porque en este caso en vez de ser un agregado útil crea confusión; en materia de trabajo en relación de dependencia privado y de empleo público no hay un mandante, el cual —según al Código civil— es por el contrario una de las partes de un contrato de obra *sin vínculo de subordinación*.

Otro elemento de redundancia es el requisito de la «conformidad con los principios generales del ordenamiento». La redundancia aquí se aprecia haciendo una prueba de sustitución. Es evidentemente un sin sentido disponer que el control judicial debe ser cumplido «en no conformidad», o sea, en contraste con los principios generales del ordenamiento.

Las formas de redundancia apenas vistas son difundidísimas en la historia del derecho y tienen que ver precisamente con normas o principios generales que también tienen la misma función de limitar los poderes judiciales. Es emblemático en tal sentido el art. VIII de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789: *«La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée»*. El requisito de la legalidad, expresado por el adverbio «legalmente», es redundante, tanto que, como hemos visto, si se intenta sustituirlo con el opuesto «ilegalmente», se genera un sin sentido. Además, es una contradicción en los términos hablar de necesidad no estricta o laxa («strictement... nécessaires»); algo que es no estrictamente necesario, simplemente es no necesario; y lo mismo vale para *«évidemment nécessaires»*. La expresión *«établie et promulguée»* es una hendíadis, porque la promulgación de una ley incluye que la ley haya sido aprobada. La función declamatoria de la norma en cuestión justifica —o por lo menos explica históricamente— las redundancias apenas vistas.

5.6. Especialidad/identidad entre normas y redundancia como defecto de redacción

Art. 24 TFUE (*ex* art. 11 TUE). «(...) La política exterior y de seguridad común se regirá por reglas y procedimientos específicos. La definirá y aplicarán el Consejo Europeo y el Consejo, que deberán pronunciarse por unanimidad salvo cuando los Tratados dispongan otra cosa. Queda excluida la adopción de actos legislativos».

Art. 31 TFUE (*ex* art. 23 TUE). «El Consejo Europeo y el Consejo adoptarán por unanimidad las decisiones de que trata el presente capítulo [i.e. disposiciones específicas sobre política exterior y de seguridad común], salvo en los casos en que el presente capítulo disponga otra cosa. Se excluye la adopción de actos legislativos».

Estas formulaciones expresan normas completamente redundantes, tan es así que se puede discutir si estamos frente a dos normas idénticas o si una es más general que la otra. Se trata sólo de dos ejemplos de la técnica adoptada por el legislador europeo para la redacción de los Tratados UE y FUE. En este caso, la redundancia tiene una naturaleza tal que puede ciertamente ser considerada un defecto que en verdad no se compensa con otras funciones discursivas relevantes (por ejemplo, expresivas respecto de los destinatarios, o reforzadoras la eficacia, o declamatorias, etc.). La norma que se obtiene a partir de estas dos disposiciones podría haber sido formulada así: «La política exterior y de seguridad común será definida y aplicada mediante decisiones del Consejo Europeo y del Consejo, que deberán pronunciarse por unanimidad, excepto que los tratados dispongan otra cosa. Queda excluida la adopción de actos legislativos».

5.7. Normas generales, iteraciones de símbolos y normas especiales «locales»

Art. 51. Tutela de la salud de los no fumadores, L. del 16 de enero de 2003, n. 3: «1. Está prohibido fumar en los locales cerrados, con la excepción de: *a)* locales privados no abiertos a usuarios o al público; *b)* locales reservados a los fumadores y señalados como tales».

Esta disposición expresa una norma general prohibitiva. Como es notorio, en los locales cerrados, no abiertos al público ni reservados a los fumadores, existen señales que indican la prohibición de fumar. También en este caso tenemos una redundancia (si hacemos caso a los símbolos y señales). Pero no consideramos este caso como una redundancia entre normas, porque interpretamos los símbolos individuales de prohibición, no como normas específicas relativas (sobre bases pragmáticas) al lugar en cuestión, sino como meras iteraciones señaléticas, sin fuerza normativa propia. Lo mismo sucede entre, por un lado, la obligación de viajar con pasaje (convalidado) en los medios de transporte públicos y, por otro lado, los avisos al respecto publicados en dichos medios. Me limito a mencionar esta hipótesis, puesto que no es para nada obvio que semejantes señales no deban o puedan ser interpretadas como normas que poseen un ámbito de aplicación local. Un contra-ejemplo lo constituyen las señales viales, que todos nosotros interpretamos como prohibición (de circulación en un determinado sentido, a una determinada velocidad, por un determinado segmento de calle, etc.), permisos de acceso, obligaciones de detención, deberes de movimiento (señal verde), etcétera[56].

5.8. Normas especiales expresas redundantes respecto a normas o principios generales tácitos sobre ordenados

Art. 2. Convenciones internacionales de la L. 218/1995 de Reforma del sistema italiano de derecho internacional privado; «1. Las disposiciones de la presente ley no afectan la aplicación de las convenciones internacionales en vigor para Italia».

Esta disposición y la norma que se obtiene son redundantes bajo dos aspectos. Primero, que una norma de ley ordinaria (como la L. 218/1995) no pueda afectar normas de convenciones internacionales (incluso si son de derecho internacional privado y procesal) deriva del principio *pacta sunt servanda*. Principio vigente en el derecho italiano (sin que sea relevante la tesis acerca del derecho internacional que se asuma) en virtud de una norma expresa en la Constitución (cfr. art. 10 de la Constitución: «El ordenamiento jurídico italiano se adecua a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas»). Segundo, es redundante el agregado «en vigor para Italia», porque si una convención no está en vigor, no existe la obligación de observarla y sus normas no pueden ser aplicadas, ni prevalecer. La doctrina, aún considerando el agregado superfluo, lo interpreta como un llamado a prestar atención a eventuales reservas en los tratados.

---

[56] *Cfr.* LAZZARO, 1985: 43 y ss., considera que la mayor parte de las redundancias en el derecho son de tipo parcial, como en el ejemplo «de la señal mas genérica «prohibido adelantarse por dos kilómetros». Y luego la simple «prohibición de adelantarse» repetida a lo largo de esos dos kilómetros de ruta, generalmente en los puntos mas peligrosos».

5.9. Normas generales (que confieren poderes) y normas especiales de actuación redundantes

Ley Orgánica 6/2001, del 21 de diciembre, de Universidades, Título Preliminar, De las funciones y autonomía de las Universidades, Art. 1. Funciones de la Universidad. «2. Son funciones de la Universidad, al servicio de la sociedad: *a)* La creación, el desarrollo, la transmisión y la crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura. [...] *c)* La difusión, la valorización y la transferencia del conocimiento al servicio de la cultura, de la calidad de la vida, y del desarrollo económico».

Art. 2. Estatutos de la Universidad Carlos III de Madrid[57]: «En el cumplimiento de las funciones que le corresponden según las Leyes, la Universidad: [...] *b)* Velará por el adecuado desarrollo de la docencia para la transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura. [...] *f)* Procurará la mayor proyección social de sus actividades, mediante el establecimiento de cauces de colaboración y asistencia a la sociedad, con el fin de apoyar el progreso social, económico y cultural».

Art. 152. Estatutos de la Universidad Carlos III de Madrid: «La Universidad contribuirá al desarrollo cultural, social y económico de la sociedad y procurará la mayor proyección de sus actividades. Para ello, a iniciativa propia o en colaboración con entidades públicas o privadas, promoverá la difusión de la ciencia, la cultura y el arte por los siguientes medios: *a)* Los acuerdos o convenios de carácter general. *b)* Los trabajos de asistencia científica, técnica o artística. *c)* La extensión universitaria».

Este ejemplo ilustra un caso recurrente de normas especiales que no derogan, sino que se integran con las normas generales. El caso de las normas especiales de actuación. Interpretando las disposiciones citadas se obtienen normas generales (de rango jerárquico superior, en el caso bajo análisis, preceptos con fuerza de «ley orgánica») y especiales de actuación (de rango jerárquico inferior), ampliamente redundantes. No se trata de un caso aislado. En los derechos vigentes muchísimas normas especiales de actuación prescriben lo mismo, de manera diferente, en lugar de limitarse a especificar lo que prescriben las normas generales. La integración resulta evidente especialmente si, respecto de las normas generales que han de ser actuadas, las normas especiales de actuación tienen un rango jerárquico inferior en el plano formal, como en el ejemplo. La diferencia de rango jerárquico es sin embargo sólo un elemento accidental. Puesto que, el hecho que las normas especiales de actuación por lo general no deroguen las normas generales depende del contenido de la norma general. En particular, no existe derogación cuando la norma general es una norma que confiere poderes (normativos). En efecto, en la medida en que la norma general es una norma que confiere un poder normativo, las normas especiales de actuación son dictadas en ejercicio de ese poder y, en consecuencia, por definición no derogan, sino que, precisamente, actúan, integran, especifican la norma general de delegación[58].

---

[57] Texto unificado, Decreto 95/2009, del 12 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la modificación de los estatutos de la Universidad Carlos III de Madrid, en *BOCM*, núm. 288, de 4 de diciembre de 2009: 66-77, en *http://www.uc3m.es.*

[58] Piénsese por ejemplo, en las normas del Entendimiento entre el Ministro de bienes y actividades culturales y el Presidente de la Conferencia episcopal italiana, firmado el 26 de enero 2005, relativa a la tutela de los bie-

6. OBSERVACIONES FINALES

El estudio casuístico precedente constituye sólo una muestra parcial. Ilustra sólo algunos casos bastante comunes de normas especiales y generales compatibles, derogatorias y no derogatorias.

A partir de los ejemplos es posible advertir que, desde el punto de vista lingüístico, el fenómeno de la redundancia entre normas es extremadamente variado y que el nivel de análisis que permite discernir los diferentes casos es nivel semántico-pragmático. La redundancia, aun cuando nazca entre los pliegues del lenguaje, se identifica y explica sobre la base de las funciones lingüísticas y de los objetivos del discurso.

Las redundancias pueden servir así para evitar dudas interpretativas, para excluir determinadas interpretaciones probables, para explicitar objetivos de política del derecho, para facilitar el hallazgo del material normativo, para demostrar continuidad en la actuación de las normas más generales. Pueden ser el indicador de normas implícitas. Son necesarias cuando las normas tienen una esfera de aplicación espacial local. Pueden ser síntomas de defectos de redacción de los textos jurídicos o, por el contrario, pueden cumplir una precisa función expresiva, de énfasis o, incluso declamatoria. A esta lista se pueden agregar todavía dos posibilidades más: el caso de las normas especiales redundantes que tienen la función de expresar la *ratio* o el fundamento que justifica un conjunto de otras normas más específicas [59]; y el caso de las redundancias en la regulación de especies que son nuevas para un determinado derecho (por ejemplo «el pacto de familia») y que sirven para asociar el instituto apenas legislado con un género que es ya tradicional en ese derecho (en el ejemplo, el contrato) [60].

(Traducción de Magdalena Ana Rosso)

---

nes culturales de interés religioso pertenecientes a entes e instituciones eclesiásticas, al que se ha dado actuación mediante el D.P.R. de 4 de febrero de 2005, n. 78. Tales normas tienen carácter aplicativo, de actuación e integrativo de la norma general del el art. 12 del Acuerdo, con protocolo adicional, firmado en Roma el 18 de febrero de 1984, y que, a su vez, introduce modificaciones al Concordato lateranense del 11 de febrero de 1929, entre la Republica italiana y la Santa Sede, ratificado con L. 25-3-1985 n. 121 según el cual «La Santa Sede y la República Italiana, en sus respectivos ámbitos, colaboran para la tutela del patrimonio histórico y artístico. Con el fin de armonizar la aplicación de la ley italiana a las exigencias de carácter religioso, los órganos competentes de las dos Partes concordaran oportunas disposiciones para la salvaguardia, la valorización y el usufructo de los bienes culturales de interés religioso pertenecientes a entes e instituciones eclesiásticas». *Cfr.* LUGLI, 2012: 347-355.

[59] Cfr. por ejemplo art. 121 Cod. Proc. Civ. it. «Libertad de las formas» que dispone que «Los actos del proceso, para los cuales la ley no dispone formas específicas, pueden ser realizados en la forma que sea más idónea para alcanzar su objetivo». La doctrina italiana subraya que el artículo expresa una norma especial, manifestación del principio general de la libertad de las formas en materia de actos procesales y observa que, si bien es difícil imaginar actos del proceso para los cuales la ley no predetermine formas, y «por lo tanto la norma en examen podría parecer superflua [...] según su alcance literal», ésta no es para nada superflua según su alcance sistemático, en virtud de su típica función de clausura del sistema [...] la norma bajo examen desempeña la importante función de señalar al intérprete de todas las normas que se refieren a las formas de los actos procesales, que a ese mismo criterio —según el cual las formas deben ser las más idóneas para alcanzar el objetivo— se ha inspirado el legislador cuando no ha omitido disciplinar las formas de los actos, sino que los ha efectivamente disciplinado», MANDRIOLI y CARRATTA, 2012: 259.

[60] Así, el art. 768-*septies* CC it. según el cual «El contrato puede ser resuelto o modificado por las mismas personas que han celebrado el pacto de familia [...] mediante un contrato diferente, con las mismas características y los mismos presupuestos» previstos para el pacto de familia mismo, enuncia una norma redundante respecto del art. 1.372 CC it. según el cual «El contrato [...] puede ser disuelto por consenso mutuo». El art. 768-*quinquies*, 1.º inc., CC. it., según el cual «El pacto [de familia] puede ser impugnado por los partici-

BIBLIOGRAFÍA

BAREL, B., y ARMELLINI, S., 2011: *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè.

CANON-ROGER, C. F., 2006: *Littérature et linguistique 1, Diversité des langues* (XI), 1, en *http://www.revue-texto.net/Reperes/Themes/Canon-Roger/Canon-Roger1.html.*

CARSTON, R., 2008: *Thoughts and Utterances: The Pragmatics of Explicit Communication*, *e-book*, Wiley.

CASUSCELLI, G., 2012: «Elementi introduttivi», en G. CASUSCELLI (a cura de), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 4.ª ed.

CATERINA, R., y LANTELLA, L., 2011: «Il diritto che non c'è», *Riv. dir. civ.* (57), 4: 477-489.

CHIARI I., 2002: *Ridondanza e linguaggio. Un principio costitutivo delle lingue*, Roma, Carocci.

DE MARTINI, A. L., 2006: «Introduzione», a Frate Antonio Maria de Esterzili, *Libro de commedias*, Cagliari, CUEC.

DROSTE, F. G., 1976: «Semantics as a Dynamic Device: Redundancy Rulesin the Lexicon», *Linguistics*, 182: 5-33.

EL KASSAS, D., 2011: «Representation of Zero and Dummy Subject Pronouns within multistrata dependency framework», paper presentato all' *International Conference on Dependency Linguistics*, Barcelona, September 5 luglio 2011, en *http://depling.org/.*

FERRER, J., y RODRÍGUEZ, J., 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons.

FIORENTINO, S., 2012: «La libertà di religione», en G. CASUSCELLI (a cura de), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 4.ª ed.

FORTIS, D., 2005: «Il linguaggio amministrativo italiano», *Revista de Llengua i Dret* (43): 47-116.

GARDELLA, A., 2007: *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè.

GUERRERO SALAZAR, S., 2000: «Las redundancias en español: un medio para pulir la lengua en los niveles de perfeccionamiento», *¿Qué español enseñar?: norma y variación lingüísticas en la enseñanza del español a extranjeros: actas del XI Congreso Internacional ASELE,* Zaragoza 13-16 de septiembre de 2000: 423-430.

HÉBERT, L., 2012: «Polysémiotique (Produit -) ad vocem», *Dictionnaire de sémiotique générale*, avec coll. de G. DUMONT MORIN, en *http://www.signosemio.com/documents/dictionnaire-semiotique-generale.pdf.*

HEILMANN, L., 2002: «Introduzione», a R. JAKOBSON, *Saggi di linguistica generale*, Milano, Feltrinelli.

HORNING, A. S., 1982: «Redundancy and Readability», *Reading Horizons* (22), 4: 275-281.

— 1991: «Readable Writing: The Role of Cohesion and Redundancy», *Journal of Advanced Composition* (11) 1: 135-145.

JAKOBSON, R., 2002: *Saggi di linguistica generale*, Milano, Feltrinelli.

LANGEHDOEN, D. T., 1967: «The Nature of Syntactic Redundancy», *Computer and Information Sciences*, II, New York, Academic Press Inc., 303-314.

LAZZARO, G., 1985: *Entropia della legge*, Torino, Giappichelli.

LUGLI, M., 2012: «I beni culturali», en G. CASUSCELLI (a cura de), *Nozioni di diritto ecclesiastico*, Torino, Giappichelli, 4.ª ed.

---

pantes conforme a los artículos 1.427 y siguientes», reenvía de manera redundante a la disciplina general de la anulación del contrato: así por ejemplo TORRENTE y SCHLESINGER, 2012: 1301.

MALATESTA, A., 2011: «Titoli di credito (voce)», en R. BARATTA (a cura de), *Dizionario di diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 485-492.

MANDRIOLI, C., y CARRATTA, A., 2012: *Corso di diritto processuale civile. I ó Nozioni introduttive e disposizioni generali*, Torino, Giappichelli, 10.ª ed.

PANEK, G., 2009: «Towards a Norm-Based Approach in Translation of Legal Provisions/Rola normy prawnej w przekładzie przepisów prawnych», *Investigationes Linguisticae* (17): 75-83.

PELCHAT, R., 1983: «La redondance de la langue écrite et ses incidences sur la lecture», *Québec français*, 52: 78-81.

POTTIER, F., 1974: *Linguistique générale. Théorie et description*, Paris, Klincksieck.

PULGRAM, E. 1983: «The Reduction and Elimination of Redundancy», en F. B. AGARD, G. KELLEY, A. MAKKAI, y V. BECKER MAKKAI (eds.), *Essays in honor of Charles F. Hockett*, Leiden, E. J. Brill: 107-125.

RASTIER, F., 1991: *Sémantique et recherches cognitives*, Paris, PUF.

RASTIER, F.; CAVAZZA, M., y ABEILLÉ, A., 1994: *Sémantique pour l'analyse*, Paris, Masson.

ROMAGNINO, R., 2009-2010: *Ammiano Marcellino,* Res gestae XVI*, Saggio di commento*, Tesi di dottorato in «Storia, Letterature e Culture del Mediterraneo», XXII ciclo, Università degli Studi di Sassari.

ŠABRŠULA, J., 1975: «Redondance et Économie», *Acta Universitatis Carolinae, Philologica, Romantica, Pragensia*, 9: 101-124.

SORNICOLA, R., 1995: «La languée et les pronoms sujets», *Communication and Cognition: La Deixis temporelle, spatiale et personnelle,* 41-70.

— 2006: «Un problema di linguistica generale: la definizione degli espletivi», en R. BOMBI, G. CIFOLETTI, F. FUSCO, L. INNOCENTE y V. ORIOLES (a cura de), *Studi linguistici in onore di Roberto Gusmani*, Alessandria, Ed. dell'Orso, 1651-1671.

STRAWSON, P. F., 1974: *Subject and predicate in logic and grammar*, London, Methuen.

SULEIMAN, S. R., 1980: «Redundancy and the "Readable" Text», *Poetics Today, Special Issue: Narratology I: Poetics of Fiction* (1) 3: 119-142.

TORRENTE, A., y SCHLESINGER, P., 2012: *Manuale di diritto privato*, 20.ª ed., a cura de F. ANELLI, y C. GRANELLI, Milano, Giuffrè.

KIELAR, B. Z., 1973: *Angielskie ekwiwalenty polskich terminów prawnoustrojowych*, Warszawa, PWN.

WIERZBICKA, A., 1993: «La quête des primitifs sémantiques: 1965-1992», *Langue Française*, 98: 9-23.

WIERZBICKA, A., 2007: «*Sens et grammaire universelle: théorie et constats empiriques*», in *http://linx.revues.org/520.*

ZORZETTO, S., 2010: *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Pisa, ETS.

UNA ALTERNATIVA PARA EL ESCEPTICISMO INTERPRETATIVO: CONVENCIONES Y CUASIRREALISMO EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA*

Federico José Arena

Università Bocconi

RESUMEN. En este trabajo el autor analiza algunas dificultades que, desde su punto de vista, acechan al escepticismo interpretativo. Según el autor, esta posición se enfrenta a dos dilemas, uno interno y otro externo. Ambos dilemas se producen cuando las tesis escépticas son comparadas con ciertas afirmaciones que los jueces hacen respecto de los enunciados interpretativos y las normas jurídicas. El autor propone una estrategia convencionalista, que recurriendo a la noción de convenciones interpretativas, permite escapar del dilema interno; mientras que el dilema externo puede ser desarticulado mediante una estrategia cuasirrealista, de acuerdo a la cual, la posibilidad de predicar la verdad de ciertos enunciados no depende de la existencia de las entidades a las que tales enunciados se refieren. Ambas estrategias exigen abandonar la tesis escéptica según la cual los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad, pero el autor sostiene que se trata de una herida aparente y que el escepticismo sale finalmente ileso.

Palabras clave: enunciado interpretativo, enunciado de deber, *constraint* hermenéutico, *teoría del error*.

An Alternative to Rule Skepticism: Conventions and Quasi-realism in Legal Interpretation

ABSTRACT. The author analyzes some pitfalls that threaten Rule Skepticism. According to the author, Rule Skepticism faces an internal dilemma and an external dilemma. Both dilemmas rise when the theses defended by skepticism are considered in relation with some claims judges make regarding interpretative statements and legal norms. The author proposes, first, that skepticism can get out of the internal dilemma by adopting a conventionalist strategy, *i. e.* a strategy that resort to interpretative conventions. Second, that in order to dismantle the external dilemma, skepticism should adopt a quasi-realist strategy, *i. e.* a strategy according to which for a statement to be true, it is not necessary that the object to which it makes reference exists. Both strategies requires skepticism to give up the thesis that interpretative statements have no truth value, but the author claims that it is just an apparent damage and that Rule Skepticism remains unharmed.

Keywords: interpretative statement, statement of duty, hermeneutic constraint, *error theory*.

---

* Fecha de recepción: 16 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

Son muchas las personas que me han ayudado con sus críticas y observaciones. Quisiera agradecer en particular a D. Canale, J. Ferrer, R. Guastini, L. Ramírez y P. Rapetti.

INTRODUCCIÓN

Los filósofos del derecho suelen discutir sobre el valor de verdad de los enunciados a través de los cuales los jueces identifican el derecho. Esta preocupación se traduce, por lo general, en la cuestión referida a la posibilidad de predicar corrección o incorrección respecto de tales enunciados. El escepticismo interpretativo es el punto de vista según el cual, por un lado, las disposiciones normativas poseen más de un significado y, por otro lado, los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad, por lo que toda afirmación acerca de la corrección o incorrección de estos últimos es una afirmación ideológica [1].

En este trabajo quisiera analizar algunas dificultades que creo acechan al escepticismo interpretativo. Más específicamente, creo que esta posición enfrenta dos dilemas. El primer dilema se presenta porque no resulta sencillo defender conjuntamente las dos tesis que caracterizan al escepticismo. Como intentaré mostrar, el escéptico debe, o bien afirmar que su posición es independiente de lo que hacen y dicen los jueces, pero en ese caso tiene que abandonar la tesis según la cual los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad y termina comprometido con una teoría del error. O bien afirmar que su tesis depende de lo que hacen y dicen los jueces, pero en ese caso parece una tesis falsa respecto de lo que efectivamente hacen y dicen los jueces, ya que éstos usan los enunciados interpretativos del mismo modo en que suelen usarse los enunciados descriptivos, *i. e.* los enunciados que poseen valor de verdad.

Creo que una estrategia convencionalista, *i. e.* una estrategia que recurre a la noción de convenciones interpretativas, puede solucionar este primer dilema, en cuanto permite dar cuenta del uso que los jueces hacen de los enunciados interpretativos. Según el convencionalismo, detrás del discurso descriptivo de los jueces existe una referencia a convenciones interpretativas que fijan la corrección o incorrección de los enunciados interpretativos.

Sin embargo, sobre la base del resultado de los enunciados interpretativos, los jueces afirman que ciertas personas poseen deberes. Estos enunciados no pueden basarse en la existencia de una convención interpretativa, puesto que la capacidad práctica de las convenciones no es de este tipo. Surge así un segundo dilema que, desde mi punto de vista, es externo ya que depende de introducir consideraciones metaéticas. Según este dilema, el escéptico debe, o bien sostener que la verdad de esos enunciados de los jueces depende de que se correspondan con hechos normativos, pero en ese caso no puede defender una tesis metaética según la cual tales hechos no existen; o bien defender la tesis metaética en cuestión, pero en ese caso queda comprometido con una teoría del error. Argumentaré que este dilema puede ser resuelto adoptando una estrategia cuasirrealista, *i. e.,* una estrategia según la cual la posibilidad de predicar verdad de ciertos enunciados no depende de la existencia de las entidades, a las que

[1] Si bien para la presentación del escepticismo me basaré aquí en la versión delineada por R. GUASTINI en «El escepticismo ante las reglas replanteado» (GUASTINI, 2012 y GUASTINI, 2011), no estoy seguro que GUASTINI acepte mi reconstrucción de su posición. No sólo porque apelaré, en ocasiones, a otros autores que han sostenido posiciones parecidas a la suya; sino también porque exploraré posibilidades teóricas que, a mi entender, están abiertas para el escéptico pero que no han sido explícitamente defendidas por GUASTINI.

tales enunciados se refieren. Como veremos, resolver ambos dilemas exige finalmente abandonar la tesis que los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad, pero creo que esto es sólo una herida aparente y que, por tanto, el escepticismo sale finalmente ileso.

Para presentar estas ideas dividiré el trabajo en cinco partes. En la primera presentaré el escepticismo interpretativo y en la segunda introduciré el dilema interno. En la tercera parte presentaré la estrategia convencionalista y el modo en el que permite escapar de ese dilema. En la cuarta parte, me referiré al dilema externo y finalmente, en la quinta parte, intentaré avanzar una propuesta cuasirrealista para desarticular este último dilema.

1. EL ESCEPTICISMO INTERPRETATIVO

Gran parte de los filósofos del derecho reservaban para el escepticismo interpretativo, al menos en ámbito jurídico, el rincón en el que terminan las teorías que se consideran superadas. Si entendido como la tesis según la cual, el contenido del derecho no es otro más que el que le dan los jueces, el escepticismo interpretativo (de ahora en adelante simplemente «escepticismo») era visto como implausible [2].

Para defender al escepticismo de algunas de estas críticas GUASTINI propone un replanteamiento. En esta propuesta, GUASTINI traduce la tesis central del escepticismo en una tesis sobre la interpretación [3]. Por interpretación se entiende aquí la actividad que consiste en identificar el derecho, es decir, en determinar el significado de los enunciados de las fuentes [4], *i. e.* de los textos normativos. El resultado de esta actividad consiste en (la formulación de) un enunciado interpretativo. Bajo la versión de GUASTINI, la tesis escéptica afirma que los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad.

Un enunciado interpretativo es un enunciado de la forma «*D* significa *N*», donde *D* está por el texto normativo (la disposición) y *N* por su significado (la norma) [5]. El fundamento principal de la tesis escéptica, según GUASTINI, es que los significados, que pueden en abstracto ser atribuidos a una disposición, son por lo general numerosos (o, al menos, más de uno). El hecho que exista esta pluralidad de significados produce indeterminación en el ordenamiento jurídico, puesto que no es posible establecer cuáles son las normas que lo integran.

Siempre según el escéptico, este rasgo del significado de los textos jurídicos depende menos del carácter «objetivamente» equívoco del lenguaje que de otras fuentes como:

---

[2] En particular sobre la base de las conocidas críticas que HART dirigió al escepticismo en el capítulo 7 [«Formalismo y escepticismo ante las reglas», HART, 1994 (1961)]. Críticas que también A. ROSS, primero dirigió contra J. C. GRAY y J. FRANK [en ROSS, 1946 (1934): 62], y posteriormente, intentó responder en ROSS, 1958: 36-37.

[3] Las razones para traducir de este modo las tesis escépticas son numerosas. Una de ellas es que en esa actividad se reflejan claramente los estrechos vínculos entre jueces y juristas. *Vid.,* por ejemplo, GUASTINI, 2012: 45.

[4] GUASTINI, 2012: 27, y GUASTINI, 2011: 7-8 y 13-15.

[5] GUASTINI, 2012: 45.

a) la multiplicidad de métodos interpretativos;
b) la dogmática jurídica, y
c) el sentimiento de justicia de los intérpretes, *i. e.*, sus preferencias éticas y políticas[6].

Dado que los textos jurídicos no poseen un único significado, que pueda ser descubierto, es precisamente a través de la interpretación que los intérpretes deciden, entre una pluralidad de significados, cuál atribuir a la disposición.

En palabras de GUASTINI:

> El escepticismo ante las reglas, tal como lo concibo, equivale a sostener que cualquier tesis sobre la existencia de una única interpretación correcta —cualquier tesis que sostenga que los problemas interpretativos admiten una única respuesta «correcta» (*i. e.* verdadera)— es falsa. Y es falsa precisamente debido a la indeterminación de sistema jurídico en el sentido especificado, lo que trae como consecuencia que los enunciados interpretativos no tienen valor de verdad. La indeterminación interpretativa del sistema jurídico es el verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas (GUASTINI, 2012: 38).

Para advertir cuáles son las implicancias de estas tesis escépticas, me parece necesario comprender en qué consiste la indeterminación cuando se presenta. En los casos de indeterminación, según el escéptico, el único enunciado interpretativo con condiciones de verdad (EIC) que puede formular el intérprete es el siguiente:

(EIC) *D* significa *N*1, *N*2, *N*3 ... *Nn*

Este enunciado se limita a afirmar cuáles son los significados a los que, de hecho, un mismo texto resulta asociado. Un enunciado de este tipo es verdadero si, y sólo si, contiene un elenco (completo) de las interpretaciones existentes[7]. Sin embargo, el problema consiste en que un enunciado como (EIC) no permite al intérprete justificar su decisión acerca de qué se debe hacer en un caso concreto, ya que para ello es necesario que identifique o decida cuál es el (único) significado de *D*. Dicho de otro modo, si la solución de un caso depende de cuál es el significado de *D*, entonces, para justificar su decisión, no es suficiente que el intérprete se limite a constatar la existencia de una multiplicidad de significados atribuidos al mismo texto normativo *D*[8].

En definitiva, según el escéptico, dado que cada texto normativo de hecho es, y puede ser, interpretado en numerosas maneras diversas, no tiene sentido decir que un intérprete se ha equivocado en atribuir al texto un significado (falso), en lugar de otro significado (verdadero). Esto implica que no existen criterios de verdad (objetivos) que permitan predicar error respecto de los enunciados interpretativos y, por tanto, que toda afirmación de este tipo no es más que una expresión de la ideología o actitudes valorativas del intérprete.

Sobre esta base entenderé por escepticismo una posición que defienda las siguientes tesis:

---

[6] *Vid.* GUASTINI, 2012: 40, y con algunas variaciones, GUASTINI, 2011: 47-52.

[7] Resultado en el que en general se considera termina la tarea cognitiva del intérprete. *Vid.* GUASTINI, 2011: 27-31, y GUASTINI, 2012: 31-33.

[8] En el caso de los jueces, sin la atribución de un único significado la decisión judicial no se encontraría justificada, pues las premisas no serían suficientes para llegar a una conclusión.

Escepticismo interpretativo

i) **Tesis acerca del significado de los textos normativos**: los textos normativos poseen una pluralidad de significados como consecuencia de: *a)* la multiplicidad de métodos interpretativos; *b)* la dogmática jurídica, y *c)* el sentimiento de justicia de los intérpretes (*Tesis de la pluralidad de significados y de determinantes del significado*).

ii) **Tesis acerca del valor de verdad de los enunciados interpretativos**: los enunciados interpretativos carecen siempre de valor de verdad (*Tesis de la falta de valor de verdad*) [9].

Desde mi punto de vista, este conjunto de tesis se enfrenta a dos dilemas. Un primer dilema que es interno, en el sentido que su producción depende sólo de asumir las tesis escépticas, y un segundo dilema que es externo, en el sentido que su producción depende de agregar una tesis al conjunto de tesis escépticas. Ambos dilemas surgen de considerar con algo de caridad una de las críticas más insistentes contra el escepticismo. Esta crítica señala que el escepticismo no da cuenta, o no coincide, con ciertas afirmaciones que los jueces parecen compartir respecto de los enunciados interpretativos y las normas jurídicas. En primer lugar, la afirmación según la cual los enunciados interpretativos poseen valor de verdad, o, al menos, es posible predicar (objetivamente) corrección o incorrección respecto de ellos. En segundo lugar, la afirmación según la cual las normas, asociadas a la disposición mediante los enunciados interpretativos correctos, imponen deberes.

2. EL DILEMA INTERNO

Como vimos, según la Tesis (ii) del escepticismo, tal como es traducido por GUASTINI, los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad. Ahora bien, ¿por qué los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad? Creo que a esta pregunta pueden darse dos tipos de respuestas distintas. Por un lado, una respuesta semántica y, por otro lado, una respuesta pragmática [10].

La primera respuesta, semántica, podría asumir dos versiones. Según una versión (a.1) los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad porque las entidades a

[9] Las Tesis (i) y (ii) son ciertamente criticadas por otras teorías de la interpretación. En este sentido, las distintas posiciones podrían ser distinguidas sobre la base del contenido que dan a las dos tesis. 1) Formalismo: i) los textos normativos poseen un único significado objetivo, y ii) los enunciados interpretativos poseen siempre valor de verdad. 2) Eclecticismo: i) los textos normativos poseen un significado objetivo que permite la existencia de casos fáciles, pero lamentablemente ese significado es indeterminado, dando lugar a casos difíciles o marginales, y ii) en los casos fáciles los enunciados interpretativos poseen valor de verdad, en los casos difíciles los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad. 3) Escepticismo radical: i) los textos normativos no poseen ningún significado, y ii) los enunciados interpretativos carecen siempre de valor de verdad. Es fácil notar que entre el escepticismo radical y el que reconstruyo hay sólo una discrepancia sobre la tesis (i). Para la versión extrema del escepticismo, *vid.* TROPER, 2001: 74. Como adelanté, aquí me limito a analizar la plausibilidad del escepticismo.

[10] Entiendo esta distinción meramente como aquella entre ofrecer una respuesta que depende de que existan o no las entidades a las que se refiere el enunciado (semántica) y ofrecer una respuesta que depende de la acción llevada a cabo por quien lo pronuncia o formula (pragmática).

las que hacen referencia no existen. Sin embargo, claramente esta tesis no está disponible para el escéptico.

En primer lugar, porque el escéptico acepta efectivamente que los significados existen. Enumerar los significados que son, y pueden ser, asociados a una disposición —*i. e.*, formular enunciados del tipo (EIC)—, es una actividad que goza legítimamente, según el escéptico, de la etiqueta de actividad interpretativa cuyo resultado es un enunciado verdadero o falso.

En segundo lugar, porque no sería de todos modos una buena respuesta. Por ejemplo: «El rey de Francia es calvo». ¿Es un enunciado falso o un enunciado que no posee valor de verdad? Según RUSSELL, la estructura lógica de ese enunciado revela que se trata de una conjunción de dos enunciados: «Existe un *x* tal que *x* es rey de Francia y *X* es calvo». Así, dado que el rey de Francia no existe, se trata de un enunciado falso, puesto que uno de sus elementos es falso [11]. Del mismo modo podríamos preguntarnos, ¿el enunciado interpretativo «*D* significa *N*», es falso o carece de valor de verdad? Si aceptamos el análisis de RUSSELL, la estructura lógica del enunciado sería «Existe un *x* tal que *x* es el significado *N* y *x* es el significado de *D*». En ese caso, si los significados no existen, entonces enunciados de ese tipo serían sistemáticamente falsos, pero ciertamente no carecerían de valor de verdad.

Según otra versión (a.2) los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad porque asocian a una disposición un *único* significado, cuando en realidad las disposiciones normativas no poseen un único significado, sino una *pluralidad* de ellos. Así, los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad, no porque la entidad no existe, sino porque las disposiciones no poseen un único significado, sino varios. Bajo esta versión, la Tesis (ii) se basaría en la Tesis (i). Sin embargo, esta respuesta no funcionaría, ya que del hecho que los textos normativos poseen una pluralidad de significados, se sigue que los enunciados interpretativos, en cuanto afirman que tales textos poseen un único significado, son todos falsos [12]. Falsos, pero con valor de verdad.

En conclusión, eligiendo una respuesta semántica, el escepticismo quedaría comprometido con algún tipo de *teoría del error* y debería aceptar que los enunciados interpretativos poseen valor de verdad. En la versión (a.1) el error recaería sobre la

[11] Según RUSSELL son las variables ligadas o de cuantificación las que nos atan a la existencia de las entidades a las que se refieren, si es que postulamos la verdad de los enunciados que contienen tales variables. De esta manera en la medida en que las variables de cuantificación aparecen en nuestro discurso uno adquiere compromisos con una ontología (RUSSELL, 1905).

[12] La tesis según la cual los textos normativos no poseen un único significado es ambigua entre: (i.a) poseen varios significados; (i.b) es indeterminado cuáles significados poseen, y (i.c) no poseen ningún significado. En la definición que he introducido, el escepticismo elige la opción (i.a). Las razones de ello son las siguientes. En primer lugar, el escepticismo debe descartar la versión (i.c.) en cuanto ello implicaría asumir la versión radical del escepticismo. En segundo lugar, la opción (i.b) queda descartada porque, si fuera indeterminado cuáles significados posee el texto normativo, entonces ni siquiera los enunciados interpretativos del tipo (EIC) poseerían valor de verdad. Puesto que ninguna lista de significados puede describir un conjunto indeterminado de significados, al igual que no es posible confeccionar una lista completa de todos los casos que entran en el significado de un término vago. Por ello, o bien los textos normativos poseen varios significados (i.a) y la descripción de (todos) estos significados mediante enunciados del tipo (EIC) es posible, pero entonces afirmar que poseen sólo un significado es una afirmación falsa y por tanto los enunciados interpretativos poseen valor de verdad; o bien cuáles significados posea un texto normativo es indeterminado (i.b) y es posible afirmar, sobre esa base, que los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad, pero entonces ni siquiera los enunciados del tipo (EIC) poseen valor de verdad.

existencia de significados y, en ese caso, se trataría de una *teoría del error*; análoga a la que algunos sostienen se verifica en ámbito moral donde el error recaería sobre la existencia de hechos morales [13]. Esta versión, además, es incompatible con otras tesis escépticas, en particular con aquella según la cual enunciados como (EIC) poseen valor de verdad y algunos son verdaderos. En la versión (a.2), en cambio, el error no recae sobre la existencia de significados, el error tampoco recae sobre el valor de verdad de los enunciados interpretativos. El error consiste, en cambio, en creer que los textos normativos poseen un único significado.

Si bien los defensores del escepticismo han, de hecho, rechazado abrazar una *teoría del error* [14], conviene, creo, explicitar cuáles son las dificultades que pone una teoría de este tipo. Se trata de que, si el uso del lenguaje interpretativo contiene un error, entonces es mejor reemplazarlo por otro uso que evite ese error, ya que resulta sospechoso afirmar que existe un error pero seguir usando del mismo modo un lenguaje. Es por ello que, una primera consecuencia de una teoría del error sería la de impulsar el reemplazo del vocabulario o los conceptos interpretativos equivocados, por otro que evite el error [15].

La segunda respuesta, pragmática, podría ser: *b)* los enunciados interpretativos carecen de valor de verdad porque no son usados para describir, sino para hacer otra cosa, *i. e.*, para adscribir un significado a una disposición. La tesis escéptica así entendida describe (o reconstruye conceptualmente) las acciones, *i. e.* los actos lingüísticos, llevadas a cabo por los intérpretes. Esta vía parece prometedora, al menos en abstracto. Pero la estrategia pragmática, para ser completa, requiere indicar quiénes son los agentes cuyas acciones se pretende describir o reconstruir y, además, requiere mostrar que el acto lingüístico llevado a cabo por esos agentes es del tipo señalado.

El escéptico afirma, ciertamente, que el conjunto de los enunciados interpretativos a los que se refiere incluye aquellos formulados por los jueces en sus sentencias. Y, agrega, basta con observar lo que hacen los jueces para advertir la corrección de las tesis escépticas. Así, por ejemplo, el escéptico afirma que para advertir que los enunciados interpretativos no son usados para describir *«è sufficiente osservare cosa fanno i giuristi —professori di diritto, giudici, avocati— quando interpretano un documento normativo (la costituzione, gli articoli di un codice, un regolamento governativo, ecc.)»* [16].

Entonces, ¿cómo es posible establecer que los jueces usan los enunciados interpretativos para adscribir significado y no para describir el significado de los textos

---

[13] *Vid.* MACKIE, 1977: 30-35.

[14] Para GUASTINI, por ejemplo, si se acepta que todos los enunciados interpretativos son falsos, entonces *«la pratica interpretativa —che pure è opera non di poveri sprovveduti, ma di giuristi e giudici competenti— darebbe luogo ad una quantità sterminata di enunciati interpretativi falsi. Non sarebbe davvero strano?»* (GUASTINI, 2008: 167).

[15] Desde este punto de vista, un lenguaje que contenga un error se vería afectado *«in something like the way in which phlogiston theory or witchcraft explanations are so tainted. If we come to believe in this error, one response is to abandon the whole thing: to cease to go in for morality, just as we have grown out of phlogiston and witchcraft theories»* (BLACKBURN, 2005: 326-327). El defensor de una teoría del error podría, quizá, alegar a su favor que hay consideraciones, externas al modo en que los participantes conciben el hecho social, como por ejemplo la utilidad social de una antigua práctica, que incluso si advertidas por los participantes permitirían la continuidad del hecho social, aun bajo la conciencia del error generalizado.

[16] CHIASSONI, 1998: 21.

normativos? O, dicho de otro modo, ¿cómo es posible establecer que los enunciados interpretativos de los jueces son enunciados adscriptivos? Para responder a esta pregunta existen, en principio, dos opciones. Primero, se podría intentar mostrar que es necesario que realicen ese (tipo de) acto. Pero, si aceptamos lo que he apenas dicho acerca de la opción semántica, entonces esta opción queda descartada puesto que es posible que lleven a cabo un acto descriptivo. Segundo, se podría intentar mostrar que se trata del (tipo de) acto o acción que tienen la intención de realizar.

En este sentido, suele afirmarse que la explicación de una acción ha de hacer referencia a las intenciones del agente y, si esa acción forma parte de una práctica, la explicación de la práctica social ha de hacer referencia al modo en que los mismos participantes la conciben. Se trata de una imposición metodológica para quien se embarque en la tarea de describir una práctica y la hipótesis es aquí que la relevancia de la intención (o del punto de vista de los participantes) es una exigencia de la cual una teoría no puede simplemente desentenderse [17]. La formulación que adoptaré es la siguiente:

***Constraint* Hermenéutico:** los hechos sociales han de ser explicados mediante referencia al modo en que los mismos participantes los conciben.

Ni las intenciones de los agentes, ni el modo en el cual, en cuanto participantes, conciben la práctica se encuentran directamente accesibles al teórico. En consecuencia, la satisfacción del *constraint* hermenéutico exige un trabajo de reconstrucción, a partir del comportamiento y ciertas respuestas lingüísticas. La reconstrucción así obtenida, debe reflejar una concepción de la práctica que pueda ser asumida por los participantes, en este caso los jueces y las juezas.

La dificultad para el escéptico se presenta porque los jueces usan los enunciados interpretativos del mismo modo en que suelen usarse enunciados descriptivos. Además, los jueces afirman que, al interpretar, encuentran o descubren el significado de los textos normativos. Si ello es así, entonces no sería temerario afirmar que los jueces tienen la intención de formular un enunciado descriptivo. Y no sólo eso, dado que los significados existen, es también posible que algunos enunciados interpretativos sean verdaderos (o correctos). Si ello es así, entonces la Tesis (ii), no sería una buena descripción o reconstrucción del uso de los enunciados interpretativos por parte de los jueces.

Esto pondría en crisis también la Tesis (i), ya que entre los motivos o razones que, según el escepticismo, un juez tiene para formular determinado enunciado interpretativo, se encuentran sus sentimientos de justicia; pero la decisión de adscribir un significado a un término sobre la base de sentimientos de justicia es incompatible con sostener que los enunciados interpretativos son verdaderos o falsos. Si ello es así, entonces «los sentimientos de justicia» no explicarían la proferencia de ciertas afirmaciones por parte de los jueces.

---

[17] Este tipo de preocupación adquirió mayor importancia dentro de la teoría del derecho a partir de la relevancia que el punto de vista interno posee en la obra de HART. Relevancia que parece provenir del hecho que HART comparta las ideas de WINCH [WINCH, 2008 (1990, 1958)] y WEBER acerca de la metodología de las ciencias sociales (WEBER, 1968). Pero el argumento que estoy presentando aquí no depende de seguir a HART en el uso que hace de la distinción punto de vista interno/externo.

Cabe notar además, que siguiendo la opción pragmática no está disponible una teoría del error. Pues, si cuál sea el acto lingüístico llevado a cabo depende de la intención del hablante, entonces el hecho que los hablantes tengan otra intención que la que requeriría la realización de un acto de adscripción del significado, impide sostener que llevan a cabo ese acto. La teoría sería falsa como reconstrucción de lo que hacen los jueces.

Dadas las consecuencias a las que conducen las dos opciones prospectadas se presenta entonces el siguiente dilema interno. O bien el fundamento del escepticismo es semántico, *i. e.*, las entidades a las que los enunciados hacen referencia no existen (o son numerosas); pero en este caso debe reemplazar la Tesis (ii) por la tesis según la cual los enunciados interpretativos, si bien son todos falsos, poseen valor de verdad, adoptando así una variante de *teoría del error*. O bien el fundamento del escepticismo es pragmático, *i. e.*, los enunciados interpretativos son usados para atribuir o adscribir significado; pero en este caso, dado que la realización del acto lingüístico que los jueces afirman realizar no es el que señala la Tesis (ii), el escepticismo enfrenta la siguiente dificultad: o bien se compromete con la tesis según la cual el acto que llevan a cabo los jueces no es el que afirman, y tienen la intención de, realizar, pero en ese caso, si bien mantiene la Tesis (ii), no satisface el *constraint* hermenéutico; o bien satisface el *constraint* hermenéutico, mostrando que la atribución de significado a disposiciones normativas, sobre la base de los métodos interpretativos existentes en una comunidad jurídica, la dogmática jurídica y los sentimientos de justicia, sirve como explicación de la acción que los jueces afirman, y tienen la intención, de realizar, pero en ese caso, debe abandonar la Tesis (ii).

3. LA ALTERNATIVA CONVENCIONALISTA PARA EL ESCEPTICISMO

Una estrategia convencionalista podría, creo, resolver este primer dilema. Como intentaré mostrar, esta estrategia requiere introducir cambios en el conjunto de las tesis escépticas. Por un lado, si bien exige abandonar la Tesis (ii), evita una teoría del error. Y, por otro lado, exige afinar la Tesis (i). Creo que estas variaciones no producen una pérdida irreparable para el escéptico. Esta tesis, en cambio, sale fortalecida luego de llevar adelante la estrategia convencionalista. Sin embargo, como veremos al final de esta sección, ello no resuelve completamente los problemas del escepticismo, ya que se presentará un segundo dilema.

El punto de partida de esta estrategia es que la atribución de significado se produce en el contexto de un conjunto de convenciones, que fijan los significados de las disposiciones normativas.

En ámbito interpretativo, la tesis convencionalista puede ser sintetizada como sigue:

Tesis (iii). El significado de los enunciados interpretativos es determinado por convenciones (*Tesis convencionalista*).

La defensa de esta versión de la tesis convencionalista exige precisar la noción de convención [18].

[18] Digo versión puesto que la tesis convencionalista no recae necesariamente sobre la interpretación y puede ser formulada de manera más general: «El (o cierto) hecho jurídico fundamental es (o está determinado

3.1. Persiguiendo las convenciones

Los sentidos en que se dice de algo que es una convención o que es convencional tienen diferentes amplitudes. Por un lado, en sentido amplio, quiere decir que depende de los hombres, de sus acciones y creencias, u otras actitudes. En este sentido convencional se opone a natural [19] y es sinónimo de social [20]. En un sentido más restringido, que es una especificación del anterior, sólo una subclase de los hechos que dependen de las acciones y actitudes humanas son convenciones. Dicho de otro modo, sólo cuando las acciones y actitudes humanas adquieren una cierta configuración nos encontramos frente a una convención. A este conjunto de circunstancias que deben darse para que exista una convención las llamaré condiciones de convencionalidad [21].

En general se distinguen dos conjuntos de condiciones de convencionalidad. En primer lugar, las condiciones de convencionalidad que definen las convenciones basadas en el acuerdo. Así, si asumimos que un acuerdo consiste en un intercambio de promesas condicionales, por ejemplo, de usar cierto término en un determinado modo, si el otro también promete hacerlo, entonces existe una convención entre los miembros del grupo G, de realizar la acción A en la ocasión O, si cada uno de los miembros de G ha prometido a los demás hacer A en O bajo la condición que los demás prometan hacer A en O [22].

En segundo lugar, el conjunto de condiciones de convencionalidad que definen las convenciones no basadas en el acuerdo [23]. Desde mi punto de vista, la noción de convención basada en el acuerdo es secundaria respecto de aquella no basada en el acuerdo, aunque no podré extenderme aquí sobre esta última afirmación [24]. Lo importante aquí es, en cambio, ofrecer un relato acerca de cómo un hecho puede constituir

---

por) una convención». Así, la tesis convencionalista tiene dos elementos principales. Por un lado «hecho jurídico» y por otro lado «convención». La elucidación del primer elemento exige precisar el aspecto del derecho respecto del cual se predica su convencionalidad, en nuestro caso, la práctica interpretativa. La elucidación del segundo exige precisar la noción de convención. He abordado con más detalle este análisis en ARENA, 2013.

[19] *Vid.* CELANO, 2010 (1997): 281-282, y VILAJOSANA RUBIO, 2010: 139-140.

[20] Esta distinción ha de ser matizada pues las acciones y las creencias humanas son parte de lo natural, y en consecuencia, también lo son las convenciones. *Vid.* KEKES, 1989: 26-27.

[21] Para el análisis de la noción de convención me he apoyado en la literatura central sobre el tema, a saber: LEWIS, 1969; MARMOR, 2009, y CELANO, 2010.

[22] Sigo aquí la concepción estándar, y quizá la más extendida, de acuerdo (LEWIS, 1969: 34; GILBERT, 1993: 627, y RAZ, 1984: 202-203). Las promesas han de ser condicionales pues de otro modo el intercambio no poseería las propiedades que, pre-analíticamente, se atribuye a los acuerdos. Como por ejemplo que no existe acuerdo hasta tanto todos los involucrados no hayan manifestado su voluntad de formar parte de él.

[23] La identificación precisa de estas condiciones se debe, sobre todo, a D. LEWIS. *Vid.* LEWIS, 1969.

[24] Ello se puede advertir si se analiza la noción de promesa. La versión más extendida de las promesas es la que las concibe como un acto comunicativo, dentro de una práctica de prometer (RAWLS, 1971: 344-350). Según esta concepción, prometer consiste en llevar a cabo ciertos actos comunicativos que, en cuanto satisfacen las condiciones establecidas por las reglas de la práctica convencional de prometer, pueden ser considerados promesas. Es precisamente este modo de concebir las promesas el que introduce el problema de la circularidad cuya solución, creo, exige aceptar que las convenciones basadas en el acuerdo son secundarias respecto de aquellas no basadas en el acuerdo. Es decir, parece claro que el carácter convencional de la práctica del prometer no puede a su vez depender de un acuerdo, puesto que ello produciría una circularidad [una versión alternativa de las promesas, basada en una teoría de las expectativas, es articulada por Th. SCANLON (SCANLON, 1990) y en el capítulo 7 de SCANLON, 1998, pero desde mi punto de vista tampoco resuelve el problema de la circularidad].

una convención independientemente de la existencia de un acuerdo. En este sentido, no debe confundirse la tarea de explicar cómo es posible que surja una convención (problema conocido, por los teóricos de los juegos, como el de ontogénesis de las convenciones), y el problema acerca de cuáles son las condiciones de existencia de una convención, independientemente de cómo haya surgido. En lo que sigue se trata de abordar este último problema.

Así como en el caso del acuerdo, la existencia de la convención depende de un comportamiento de los involucrados (por ejemplo, como vimos, el intercambio de promesas condicionales), el primer elemento de una convención no basada en el acuerdo sigue siendo el comportamiento de ciertos individuos.

En este sentido, una primera condición para la existencia de una convención sin acuerdo es que se verifique una cierta regularidad o convergencia de comportamiento. Una regularidad de comportamiento puede ser concebida como «realizar la acción A en la ocasión O», o puesto de modo más general «A en O»[25]. La regularidad exige que O se presente con cierta frecuencia, o al menos que se haya presentado más de una vez y que sea posible que vuelva a presentarse[26]. Así, existe una regularidad de comportamiento en un grupo G, cuando los miembros de G realizan la acción A cada vez que se presenta la ocasión O.

La regularidad o convergencia de comportamiento se encuentra todavía lejos de constituir una convención, se trata claramente de condición necesaria, pero aún no suficiente. Sobre todo porque las convenciones no son hábitos y, siguiendo las clásicas consideraciones de HART, la sola convergencia de comportamiento no es suficiente para llevar a cabo esta distinción[27].

La segunda condición, que permite pasar de una mera convergencia de conducta a una convención, es una actitud de los involucrados. La más básica de ellas es denominada por la literatura, «condición de dependencia». La condición de dependencia se refiere al contenido de la actitud de quienes forman parte de la convergencia. Cuando se trata de una convención, parece existir un sentido crucial en el cual decimos que nos conformamos a la regularidad, en parte, debido a que otros lo hacen. En particular, la razón del seguimiento está constituida (al menos en parte) por el hecho de que existe una práctica común[28].

Finalmente, la tercera condición para la existencia de una convención sin acuerdo es la arbitrariedad. La arbitrariedad permite distinguir las convenciones de otros tipos de reglas. Si bien no ha sido fácil precisar en qué consiste, bastará aquí con concebirla como existencia de alternativa[29]. Si una regularidad de comportamiento es un elemento de una convención, entonces ha de existir una regularidad de comportamiento

---

[25] *Vid.* GILBERT, 2008: 8.

[26] GILBERT, 1983: 229.

[27] HART, 1994 (1961): 51-61.

[28] *«Sussiste una convenzione, R, quando ciascuno dei membri del gruppo si conforma a R perché così fanno gli altri: il fatto che gli altri si conformano a R è, per ciascuno, una ragione (o una delle ragioni principali, ecc.) per conformarsi»* [CELANO, 2010 (2003): 330].

[29] Por ejemplo, siguiendo a FORSTER, es posible identificar tres sentidos de arbitrariedad: *a)* Como existencia de una alternativa. *b)* Como ausencia de justificación. *c)* Como resultado de un acto de voluntad. *Vid.* FORSTER, 2004.

alternativa [30]. Así, la convención según la cual son los padres de la novia quienes han de pagar los gastos de la fiesta de casamiento, bien podría haber sido distinta. Es decir, bien habrían podido ser los padres del novio los encargados de los gastos. La existencia de un modo distinto de configurar una determinada convención puede advertirse claramente en aquellos casos donde ambas posibilidades se dan en el mundo actual, como por ejemplo, el sentido de circulación de los automóviles [31]. Algunas convenciones han adquirido su contenido actual en virtud de cierta circunstancia particular (decisión de una persona o de un grupo, accidente histórico, coincidencia, etc.), pero bien podrían haber sido diferentes y no obstante satisfacer la misma finalidad.

En definitiva, existen dos nociones de convención, una basada en el acuerdo y otra no basada en el acuerdo. Las condiciones de existencia de la primera incluyen el intercambio de promesas condicionales, *i. e.*, un acuerdo. Las condiciones de existencia de la segunda consisten en la convergencia de comportamiento, la condición de dependencia y la arbitrariedad [32].

3.2. Las convenciones interpretativas

Existe un sentido evidente según el cual la interpretación depende de convenciones. Las palabras o los enunciados no posean un significado natural o dado, por el contrario, son los individuos o usuarios quienes atribuyen significado a las marcas y a los sonidos. Si esto fuera todo lo que sostiene al respecto la tesis convencionalista, entonces sería una tesis pacífica pero, creo, poco interesante. Además, la posible determinación del significado sobre la base de las convenciones del lenguaje ordinario, no se traslada necesariamente al contexto de la interpretación jurídica [33]. Pero sobre todo, este convencionalismo evidente no daría cuenta de la complejidad de la práctica interpretativa en el ámbito jurídico.

---

[30] La arbitrariedad no ha de ser confundida con la indiferencia. Ni tampoco la arbitrariedad implica indiferencia. El hecho que exista otra regularidad a la que haya sido posible conformarse, no quiere decir que los agentes sean indiferentes (no tengan preferencias) entre esa regularidad y aquella a la que efectivamente se conforman. *Vid.* LEWIS, 1969: 76-80; MARMOR, 2009: 8-9, y VILAJOSANA RUBIO, 2010: 176.

[31] Para ser una alternativa, la regularidad debe satisfacer ciertas condiciones adicionales: *a)* Practicabilidad: que el mismo grupo pueda conformarse a la regularidad alternativa en las mismas circunstancias. *b)* Incompatibilidad: que no sea posible para el mismo grupo conformarse a ambas regularidades al mismo tiempo. *c)* Sin pérdida en el propósito o función. Es decir, que el conformarse a la regularidad alternativa no signifique una pérdida significativa en la función o el propósito que satisface la regularidad actual. Sobre las condiciones para la existencia de alternativa, *vid.* LEWIS, 1969: 71, y MARMOR, 2009: 10.

[32] Existe una propiedad ulterior que ha sido propuesta como condición de convencionalidad, a saber, el conocimiento común. El hecho que *p* es conocimiento común entre los miembros de un grupo *G* si, y sólo si, cada uno de los miembros de *G* sabe que *p*, sabe que cada uno de los miembros de *G* sabe que *p*, sabe que cada uno de los miembros de *G* sabe que cada uno de los miembros de *G* sabe que *p* y así hasta el infinito. *Vid.* GILBERT, 1983: 230; CELANO, 2010 (1995): 198, y CELANO, 2010 (1997): 299. Desde mi punto de vista, el conocimiento común no es una condición de convencionalidad [*vid.* BURGE, 1975: 250, contra CELANO, 2010 (1995)], pero no entraré en esa discusión aquí. Señalaré sólo que si el conocimiento común fuera una condición, entonces no tendría sentido decir que el convencionalismo se propone desvelar el carácter convencional de algunas prácticas sociales que no son consideradas tales. Esto además parece contradecir el hecho que, como resultado de disputas y discusiones, la convencionalidad de algunas prácticas fue reconocida tardíamente, escondida quizá detrás de prejuicios culturales o religiosos.

[33] Acerca de la diferencia entre interpretación en contextos de conversación ordinaria e interpretación jurídica, *vid.* GUASTINI, 2012: 46-50 y 196-197.

En este ámbito, se usan convenciones interpretativas que no se limitan a las del lenguaje natural, sino que por lo general son más complejas. El convencionalismo evidente, o bien ignora que existen convenciones interpretativas, o bien piensa que éstas se reducen a la convención simple del significado ordinario, dejando de lado gran parte de las convenciones usadas para la identificación del derecho. Tal como afirma BAYÓN, preocuparse sólo por las convenciones semánticas (que fijan el significado literal u ordinario de las palabras) y descuidar otras convenciones interpretativas constituye una mirada incompleta [34].

En definitiva, reducir los métodos de interpretación al de la interpretación literal sería equivocado. Por ello, del hecho que los jueces desacuerden acerca del contenido de las convenciones que establecen el significado ordinario de los textos jurídicos, o que al interpretar no sigan una convención ordinaria considerada compartida, no se sigue necesariamente que no exista ninguna convención que determine el significado. Además de las convenciones semánticas del lenguaje ordinario, existe un conjunto de convenciones interpretativas jurídicas que fijan el significado que los intérpretes pueden atribuir a los textos jurídicos. Es por ello que, el significado literal u ordinario de un enunciado jurídico no agota el conjunto de convenciones que determinan el contenido del derecho. Claramente, cuál sea la convención interpretativa usada en cada caso es una cuestión contingente.

El modo en que funcionan estas convenciones puede apreciarse también a través de los métodos interpretativos vigentes en una comunidad jurídica. En este sentido CHIASSONI afirma que un código interpretativo (o código hermenéutico) consiste en un conjunto de directivas hermenéuticas. Estas directivas están estructuradas, a su vez, en diferentes niveles, por lo que encontramos directivas primarias [35], directivas secundarias [36] y directivas axiomáticas [37].

Cada código incluye así un conjunto de reglas que definen un cierto tipo de método interpretativo y establecen cómo usarlo [38]. Estas reglas permiten evaluar, al me-

---

[34] BAYÓN MOHINO, 2002: 63-64.

[35] Las directivas primarias «son aquellas directivas que indican a los intérpretes recursos sobre la base de los cuales una disposición puede ser *traducida* en una o más normas explícitas» (CHIASSONI, 2011: 90). Un ejemplo de directivas de este tipo es el conjunto de directivas que conforma la interpretación lingüística, dentro del cual podemos encontrar la que impone atribuir a una disposición el significado que resulta del uso común de las palabras y de las reglas gramaticales de la lengua natural en la que está formulada.

[36] Las directivas secundarias «regulan el uso de las directivas primarias y establecen los criterios para evaluar la corrección [...] de las interpretaciones [...] obtenidas sobre la base de ésas» (CHIASSONI, 2011: 111).

[37] Por último, las directivas axiomáticas constituyen «el conjunto (la base) de principios últimos —de axiomas— de un código hermenéutico, y consisten habitualmente en reglas finales, que prescriben qué objetivo (normalmente general) de política del derecho debe ser perseguido al interpretar las disposiciones» (CHIASSONI, 2011: 134, y CHIASSONI, 2011: 89. *Vid.* también CHIASSONI, 2004: 63).

[38] Suelen distinguirse dos tipos de convenciones, a saber, convenciones de coordinación y convenciones constitutivas. Las primeras han sido introducidas por D. LEWIS (LEWIS, 1969). Una convención de coordinación es una regularidad de comportamiento que soluciona un problema de coordinación recurrente. Simplificando, un problema de coordinación se presenta cuando dos o más individuos se enfrentan a más de una posibilidad de acción, algunas de las cuales satisfacen igualmente el interés de cada uno de ellos bajo la condición de que los demás lleven a cabo la misma acción. Las segundas han sido introducidas por MARMOR (MARMOR, 2009). Una convención constitutiva es una regularidad de comportamiento(s) que adquiere(n) su significado a partir de reglas que definen una práctica social y el modo de participar en ella. Si bien creo que en la práctica de identificación del derecho es posible encontrar ambos tipos de convenciones, no me parece aquí

nos de manera relativa, los resultados interpretativos. Es por ello que puede afirmarse que tales códigos son convenciones constitutivas. Esto permite también dar cuenta del hecho que los jueces, al interpretar un cierto texto en un determinado sentido, no lo hacen por lo general de manera aislada y sobre la base de métodos interpretativos de creación individual. Por el contrario, el hecho que un determinado método sea utilizado por los demás jueces es una razón para usarlo. Ciertamente, cuál sea, de hecho, el contenido de cada código hermenéutico usado en una comunidad jurídica y qué tipos y niveles de directivas incluya, es una cuestión de hecho.

Que todas estas convenciones forman parte de la interpretación jurídica se advierte a partir del hecho que los participantes no se ven a sí mismos como infringiendo el derecho, ni como llevando a cabo argumentos morales, ni teniendo un desacuerdo aparente (como ocurriría si describiéramos el caso diciendo que utilizan la palabra «derecho» en sentidos diferentes), cuando usan otros métodos de interpretación además del literal.

Si esta estrategia convencionalista es exitosa, entonces la Tesis (i) del escepticismo puede ser defendida sin recurrir a la Tesis (ii). Es decir, no es necesario afirmar que los enunciados interpretativos no poseen valor de verdad, para sostener que los métodos interpretativos y las teorías dogmáticas desempeñan un papel relevante en la interpretación. Tanto los métodos interpretativos como las teorías dogmáticas forman parte de las convenciones interpretativas, sobre la base de las cuales los jueces asocian un significado a una disposición. Estas convenciones no sólo establecen cuáles son, y cómo usar, los métodos disponibles para obtener ciertos resultados, sino que a veces pueden también determinar directamente el resultado interpretativo. En ambos casos es posible establecer si el resultado cae o no dentro de la convención, siempre que tal convención exista. Ello en cuanto las convenciones no siempre determinan el significado de toda disposición, como tampoco existe una convención última que desempeñe el papel de criterio último para elegir entre los diferentes métodos interpretativos. Es por eso que, a veces, el enunciado interpretativo se limita sí a identificar el resultado determinado por las convenciones, pero otras veces es consecuencia de elegir un método interpretativo para obtener un determinado resultado.

Para ver cómo el tercer elemento mencionado en la Tesis (i), *i. e.*, los sentimientos de justicia de los intérpretes, desempeñan un papel dentro de esta combinación escepticismo-convencionalismo, es necesario antes advertir la insistente presencia de un segundo dilema.

4. EL DILEMA EXTERNO

La combinación escepticismo y convencionalismo puede, tal como he intentado demostrar, resolver el dilema interno que he presentado. Sin embargo, un segundo dilema, externo, se presenta si se considera una cuarta tesis de carácter metaético:

Tesis (iv). No hay hechos morales (*Tesis metaética*).

---

necesario introducir esta complicación. Para un punto de vista crítico respecto de la posibilidad de distinguir entre ambos tipos, *vid.* VILAJOSANA RUBIO, 2010: 163.

Si bien, de hecho, los defensores del escepticismo suelen defender una tesis metaética de este tipo, no siempre se la incluye en las definiciones de escepticismo [39]; y es por ello que la considero una tesis externa.

Como afirmé, uno de los elementos de las convenciones es la condición de dependencia. Esta condición se verifica cuando, parte del contenido de, la actitud a favor de seguir la regularidad consiste en el hecho que los demás también la siguen. La conformidad a una convención posee la capacidad práctica que poseen los intereses, preferencias o deseos. El convencionalismo afirma que, cuando la práctica de identificación de textos y la interpretación consisten en convenciones, lo que mueve a los jueces a la acción es la condición de dependencia. Una vez que la convergencia se ha producido los agentes tienen una razón para actuar de acuerdo a la convención. Al formular un enunciado interpretativo los jueces siguen una convención interpretativa, y sobre la base de la convención es posible afirmar si el enunciado es verdadero o falso. La estrategia convencionalista podría entonces dar cuenta de estas afirmaciones de los jueces.

Ahora bien, sobre la base de algunos enunciados interpretativos los jueces formulan enunciados de deber. Es decir, afirman que la norma, asociada a la disposición a través del enunciado interpretativo, impone a su destinatario el deber de realizar ciertas acciones. En este sentido, los jueces hablan como si los significados pudieran imponer deberes y como si tales deberes pudieran ser objeto de proposiciones, es decir, como si pudieran ser el contenido de actitudes proposicionales. Este modo de hablar parecería indicar que hablan de deberes del mismo modo como se habla de hechos naturales.

La combinación escepticismo-convencionalismo no puede dar cuenta de estos enunciados. Es decir, estos enunciados no pueden basarse en la existencia de una convención interpretativa, precisamente porque la capacidad práctica de las convenciones no es de este tipo. Si bien el convencionalismo puede apelar a un cierto conjunto de motivos y razones, ese conjunto es limitado y no incluye los deberes. Aun cuando se verifique la condición de dependencia, la existencia de una convención interpretativa no podría dar cuenta de la formulación de enunciados de deber.

¿Lo convertiría este límite en una teoría desechable? Es decir, ¿implicaría esto que la combinación escepticismo-convencionalismo fracasa de todos modos?

Una primera reacción del escepticismo podría consistir simplemente en negar que la teoría de la interpretación deba ofrecer una explicación de cómo las normas, asociadas por el intérprete a cada texto normativo, imponen deberes [40]. Esta respuesta

---

[39] Así, *vid.* CHIASSONI, 1998, y BARBERIS, 2001, y también el mismo GUASTINI, 2012. A diferencia de estos autores, H. BOUVIER incluye una tesis metaética en la caracterización que hace del escepticismo. *Vid.* BOUVIER, 2012: 273.

[40] No se trataría, por tanto, de un genuino problema. El escéptico podría así adoptar la respuesta que algunos autores dan con relación al problema de la capacidad práctica del derecho. Por ejemplo, BULYGIN, refiriéndose al positivismo jurídico, sostiene que «el problema de la normatividad del derecho, entendido como el de su valor moral, no es un problema jurídico, sino moral y, por tanto, su solución pertenece al campo de la filosofía moral y no al de la filosofía jurídica» (BULYGIN, 2006: 96-97). En definitiva, desde este punto de vista, no dar cuenta de la capacidad práctica del derecho es una consecuencia natural de teorías descriptivas del derecho. Y tanto el positivismo jurídico como el escepticismo son teorías de este tipo.

ciertamente no convencería a todos. Algunos autores, como por ejemplo SCHIAVELLO, entienden que la pregunta acerca de cómo el derecho impone deberes (*i. e.* la pregunta por la justificación del derecho) es la pregunta política más importante. Poner entre paréntesis la legitimidad del derecho, sostiene SCHIAVELLO, conlleva el riesgo de favorecer actitudes de asentimiento acrítico y de conformismo respecto de las exigencias que el derecho mismo impone a sus destinatarios [41].

Críticas de este tipo, sin embargo, mostrarían únicamente que el escepticismo podría ser atacado por defender una tesis políticamente cuestionable, pero no podría ser acusado de inconsistencia teórica.

Sin embargo, el problema se presenta si el escepticismo pretende mantener el *constraint* hermenéutico y, a su vez, defender la Tesis metaética apenas introducida. Ello en cuanto, si la existencia de una convención interpretativa no es suficiente para afirmar que la norma, contenida en el enunciado interpretativo, impone un deber; entonces, para explicar las afirmaciones de los jueces y satisfacer el *constraint* hermenéutico, es necesario agregar una explicación adicional. En este caso las alternativas son dos.

La primera alternativa podría ser que la existencia del deber se produce cuando la norma, asociada a la disposición mediante el enunciado interpretativo, es verdadera. En ese caso, sin embargo, sería necesario abandonar la tesis metaética, pues, al menos en principio, una norma es verdadera si coincide con hechos normativos o, dicho de otro modo, la verdad de las normas depende de la existencia de hechos normativos. Además, esta alternativa, si bien daría cuenta de las afirmaciones según la cual las normas imponen deberes, dejaría el gusto amargo de transformar a la interpretación en un mero epifenómeno al respecto. No hay ninguna relación entre interpretación y existencia del deber.

La segunda alternativa podría consistir en afirmar que los jueces se equivocan al creer que la norma, asociada al texto normativo mediante el uso de una convención interpretativa, impone deberes. El error proviene del hecho que una norma impone deberes sólo si es verdadera, *i. e.* sólo si coincide con hechos normativos; pero dado que los hechos normativos no existen, es equivocado sostener que las normas imponen deberes. En este caso, el escepticismo podría conservar la Tesis metaética, pero al precio de sostener, de nuevo, una *teoría del error*.

Llegamos así al segundo dilema, externo. Dado que la existencia de una convención interpretativa no es suficiente para sostener que la norma, asociada a la disposición, impone un deber; entonces el escepticismo, para satisfacer el *constraint* hermenéutico, se enfrenta a las siguientes opciones. O bien afirma que la existencia del deber depende de que la norma, asociada a la disposición, coincida con hechos normativos, *i. e.* sea verdadera; en este caso da cuenta de las afirmaciones de los jueces, pero debe abandonar la Tesis metaética y, además, transforma la interpretación en un mero epifenómeno respecto de la existencia del deber. O bien, mantiene la Tesis metaética, pero entonces debe defender una *teoría del error*, es decir, debe afirmar que los jueces se equivocan cuando sostienen que las normas, asociadas a la disposición mediante la interpretación, son verdaderas.

---

[41] *Vid.* SCHIAVELLO, 2010: 13-16.

5. LA ALTERNATIVA CUASIRREALISTA PARA EL ESCEPTICISMO CONVENCIONALISTA

Un modo para desarticular este dilema externo consistiría en mostrar que, a pesar de no referirse a algo en el mundo —sobre la base de la Tesis metaética—, los enunciados —en *apariencia* denotativos o representativos— de deber, formulados por los jueces a partir del resultado de la interpretación, pueden explicarse sin recurrir a una teoría del error.

Creo que ello puede lograrse si se afina la tesis metaética. Esto implica notar que, para usar con sentido enunciados de deber, no es necesario que exista la entidad a la cual supuestamente la norma se refiere, como tampoco es necesario que tal entidad exista para que sea posible predicar verdad o falsedad del enunciado de deber [42]. Para ello basta advertir dos características de estos enunciados que identificaré como Tesis (v):

Tesis (v)

a) Los enunciados de deber son reflejos proposicionales de actitudes valorativas de los jueces [43] (*Tesis proyectivista*).

b) Afirmar que un enunciado de deber es verdadero, es simplemente lo mismo que afirmar que existe el deber. A su vez, afirmar que existe el deber no es otra cosa más que expresar la propia actitud hacia la realización de la acción [44] (*Tesis cuasirrealista*).

La primera característica coincide con lo que suele denominarse proyectivismo y permite dar cuenta del tercer elemento que, según la Tesis (i) del escepticismo, determina la atribución de significado a las disposiciones normativas, *i. e.*, los sentimientos de justicia del intérprete. En pocas palabras, desde este punto de vista, nuestras actitudes surgen como respuesta a propiedades del mundo que nos rodea [45]. Así, lo que consideramos sensibilidad moral no es otra cosa más que una función de estímulos/creencias a respuesta/actitudes. Por ejemplo, si Morena ve a Lucas haciendo uso de drogas y afirma «Eso es equivocado», el proyectivismo afirma que dado un conjunto de hechos, *i. e.*, Lucas llevando a cabo ciertas acciones, y la percepción por parte de Morena de esos hechos a partir de las cuales forma ciertas creencias (acerca de lo que está haciendo Lucas, de sus intenciones, de los efectos de lo que hace), se produce una emoción en Morena: de desaprobación frente a lo que hace Lucas. Morena proyecta esta emoción sobre el mundo y a ello sigue su afirmación de que «Eso es equivocado». En virtud de ello, Morena «*judges the world to contain a certain quality, and her doing*

---

[42] «*The problem is not with a subjective source for value in itself, but with people's inability to come to terms with it, and their consequent need for a picture in which values imprint themselves on a pure passive, receptive witness, who has no responsibility in the matter. To show that these fears have no intellectual justification means developing a concept of moral truth out of the materials to hand: seeing how, given attitudes, given constraints upon them, given a notion of improvement and of possible fault in any sensibility including own, we can construct a notion of truth*» (Blackburn, 1984: 198).

[43] Blackburn, 1998: 77.

[44] Blackburn, 1998: 77-83. Para una presentación de los puntos de vista de Blackburn, *vid.* Bouvier, 2012.

[45] *Vid.* Blackburn, 1998: 4.

so is not the product of her tracking a real feature of the world, but is, rather, prompted by an emotional experience» [46]. Así, involucrarse en un discurso sobre deberes consiste en usar el lenguaje para proyectar actitudes [47].

La segunda característica implica que, cuando un juez profiere un enunciado de deber, a partir del resultado de un enunciado interpretativo, está expresando una actitud (*voicing certain attitude*) [48]. Lo que hacemos cuando decimos que algo es bueno, o correcto u obligatorio es expresar (*avow*) nuestro punto de vista práctico [49]. Decir que hay un valor o un deber es desarrollar una cierta actitud hacia cierto estado de cosas que implica estar motivado a actuar en consecuencia [50].

¿En qué sentido puede usarse el término verdadero respecto de enunciados que expresan una actitud? Siguiendo a BLACKBURN, afirmar que existe un deber implica sostener que se trata de una actitud que pertenece al conjunto de actitudes que han superado todos los test de mejoramiento, o al menos que consideramos imposible de revisar. En palabras de BLACKBURN:

> *The simple suggestion is that we define a «best possible set of attitudes», thought of as the limiting set which would result from taking all possible opportunities for improvement of attitude. Saying that an evaluative remark is true would be saying that it is a member of such a set, or is implied by such a set. Call the set* M*, *Then if m is a particular commitment, expressing an attitude* m*:*
>
> m *is true* = m *is a member of* M* (BLACKBURN, 1984: 198).

Sobre esta base, el discurso de los jueces puede ser mantenido aun bajo un esquema proyectivista y cuasirrealista. Ya que, si el cuasirrealismo es exitoso, entonces quiere decir que logra acomodar la gramática proposicional de ese discurso.

Es más, logra mostrar también que es posible hablar de deberes impuestos por el derecho, sin caer en ninguno de los errores que afligen los puntos de vista que afirman la existencia de deberes a partir de hechos sociales. Un juez puede sostener que el derecho impone el deber, por ejemplo, de condenar a diez años de prisión a quien ha causado la muerte de otro, sin necesidad de pensar que tal deber se sigue como consecuencia del hecho que un grupo de individuos ha sancionado un texto al cual puede atribuirse ese significado. Al afirmar esto, el juez está expresando su actitud, su punto de vista o, tal vez, su deseo; y esta expresión permite identificar cómo debería

---

[46] JOYCE, 2007. *Vid.* BLACKBURN, 1998: 4-8.

[47] *«We project an attitude or habit or other commitment which is not descriptive onto de world, when we speak and think as though there were a property of things which our sayings describe which we can reason about, know about, be wrong about, and so on»* (BLACKBURN, 1984: 170-171).

[48] Sin embargo, «*[t]o hold a value, then, is typically to have a relative stable disposition to conduct practical life and practical discussion in a particular way: it is to be disposed or set in that way, and notably to be set against change in this respect. This way of being set is such as to align values and motivations*» (BLACKBURN, 1998: 67).

[49] *«"Avowal" here means that we express this state, make it public, or communicate it»* (BLACKBURN, 1998: 68).

[50] Lo mismo podría afirmarse respecto de lo que a primera vista parece expresar una afirmación metafísica de segundo orden respecto de la moral. Por ejemplo: «Incluso si lo deseáramos o disfrutáramos haciéndolo, el uso de drogas estaría igualmente mal». Esta afirmación parecería ser de segundo orden, y relativa a la independencia entre corrección moral y nuestros deseos, pero un cuasirrealista podría verla como un compromiso de primer orden según el cual no son nuestros deseos los que determinan si está bien o mal usar drogas, sino, principalmente, los efectos que ello produce en las personas. En definitiva, se trata de afirmaciones que expresan en realidad una actitud o necesidad de primer orden.

cambiar el mundo para que se ajuste a la actitud del juez y qué actitud deberían tomar los demás funcionarios para coincidir con el juez.

Ahora bien, BLACKBURN se refiere a dos tipos de cuasirrealismo, a saber, *Slow-track* y *Fast-Track*[51].

Para la versión *slow-track* determinar cómo el proyectivismo puede ayudarnos a entender que un enunciado mediante el cual se expresa una actitud pueda funcionar como un predicado capaz de verdad o falsedad, *«involves patiently construing each propositional context as it comes along»*[52]. En cambio, la versión *fast-track «would make sufficient remarks about truth to suggest that we need a comparable notion to regulate evaluative discourse (even though this in nonrepresentational) and then say that our adherence to propositional forms need no further explanation than that»*[53].

Así, mientras el *«[s]low track quasi-realism [...] doesn't attempt to earn the right to realist talk all in one fell swoop (via establishing the legitimacy of the truth predicate), but rather seeks to demonstrate the acceptability of different types of apparently realist talk in a more piecemeal fashion»,* el *«[f]ast track quasi-realism begins by earning the right for the truth predicate to be applied to moral sentences, and then observes that once the legitimacy of the truth predicate is established much (all?) other realist talk comes along for free»*[54].

En este trabajo, dada la combinación propuesta entre escepticismo y convencionalismo, la versión de cuasirrealismo privilegiada es la denominada *slow-track*, ya que se ha demostrado indispensable llevar a cabo un trabajo de precisión respecto del contenido de los enunciados interpretativos. Además, este análisis permite distinguir entre enunciados interpretativos, cuyo resultado forma luego parte de la base de la decisión, y aquellos enunciados cuyo resultado no lo hace. Es decir, entre enunciados interpretativos a través de los cuáles se obtiene una norma, incluida en un enunciado de deber que es base de la decisión, de aquellos enunciados interpretativos que no desempeñan esa función. Tratándose de enunciados interpretativos cuyo resultado no es usado como base de la decisión, tanto el enunciado interpretativo como el enunciado de deber son considerados todavía susceptibles de revisión. Mientras que, en cambio, cuando el enunciado de deber es usado como base de la decisión, tanto el enunciado interpretativo como el enunciado de deber forman parte de aquellos enunciados cuya revisión no es considerada posible.

En este sentido, cuando un juez afirma que existe un deber, expresa también su actitud hacia la convención que ha usado para identificar el significado de la disposición. Así, un enunciado interpretativo consiste en la afirmación, por parte del juez, de que el significado que asocia al texto es la mejor opción dadas las convenciones interpretativas existentes. Cuando las convenciones existentes ofrecen un único significado, existe convergencia acerca del resultado interpretativo. Otras veces, la tarea se vuelve más compleja porque las convenciones interpretativas no determinan un único significado, y es en estos casos en que la actitud favorable del juez se hace evidente. Sin embargo tal actitud está presente en todos los casos.

---

[51] BLACKBURN, 1993: 184-186.
[52] BLACKBURN, 1993: 185.
[53] BLACKBURN, 1993: 185.
[54] JOYCE, 2007.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Si la combinación del escepticismo con ambas estrategias (convencionalista y cuasirrealista) es, tal como he intentado mostrar, una empresa plausible, entonces parece posible evitar las consecuencias de los dos dilemas señalados.

Así, por un lado, la estrategia convencionalista hace espacio para evaluar una interpretación sobre la base de las convenciones interpretativas existentes. La evaluación consiste aquí en nada más que en determinar si la interpretación está apoyada por las bases convencionales. De este modo, la estrategia convencionalista permite escapar del dilema interno optando por el cuerno que contempla la alternativa pragmática. Todo ello mediante el abandono sí de la Tesis (ii), pero satisfaciendo el *constraint* hermenéutico y dando fuerza a la Tesis (i), en cuanto muestra cómo el uso de los métodos interpretativos, la dogmática jurídica y los sentimientos de justicia permiten explicar la atribución de significado a los textos normativos y el discurso descriptivo alrededor de esa actividad.

Por otro lado, la estrategia cuasirrealista permite disolver el dilema externo, ya que el discurso de los jueces acerca de la imposición de deberes puede ser conservado sin necesidad de abandonar la Tesis metaética. Cuando un juez afirma que la norma, asociada a la disposición mediante un enunciado interpretativo, impone un deber está expresando su actitud a favor de la convención interpretativa usada para obtener el resultado interpretativo y a favor de la norma que ha sido así obtenida. Conservando no sólo la Tesis metaética, sino también la Tesis (i), respetando el *constraint* hermenéutico y evitando una *teoría del error*.

Finalmente, antes de concluir, quisiera brevemente referirme a aquellas objeciones, dirigidas contra el cuasirrealismo, que pretenden mostrar que esta posición es indistinguible de la teoría del error. Claramente si ello fuera así, mi intento por disolver el segundo dilema fracasaría. Según el argumento que me preocupa, si se acepta que quienes profieren enunciados jurídicos tienen la intención de llevar a cabo un acto lingüístico descriptivo, entonces el cuasirrealismo parecería comprometido con afirmar que el acto efectivamente realizado no coincide con el que los hablantes tenían la intención de realizar. En otras palabras, los hablantes se equivocan acerca del acto que realizan; ello en cuanto, tal como afirma el cuasirrealismo, mediante tales actos se expresan las propias actitudes y no se describe ninguna propiedad del mundo. Esta última conclusión haría del cuasirrealismo una variante de la *teoría del error*[55]. Sin embargo, esta objeción parece asumir lo que debe probar. Es decir, dado que la forma gramatical de un enunciado (indicativo *vs.* imperativo) no determina qué intención posee el hablante al usarlo (informar *vs.* guiar el comportamiento); cuál sea la intención del hablante depende del conjunto de sus demás estados mentales y del comportamiento posterior y anterior a la emisión del enunciado. Precisamente ésta es la empresa que propone llevar a cabo el cuasirrealismo. Es decir, la de ofrecer un modo de acomodar toda esa información para atribuir al hablante una intención de formular un acto

[55] Creo que este es un modo legítimo de traducir a los términos de este trabajo la objeción al expresivismo que formula CUNEO (CUNEO, 2006).

lingüístico cuasi-descriptivo. Asumir que la intención es descriptiva, tal como lo hace quien avanza esta objeción, significaría dar por descontado lo que hay que probar. El cuasirrealismo ofrece un modo de atribuir una intención, a los sujetos involucrados en la actividad interpretativa, que no implica afirmar que tienen una intención equivocada. Y en este sentido se distingue de una *teoría del error*.

BIBLIOGRAFÍA

ARENA, F., 2013: «Persiguiendo la tesis convencionalista», *Eunomía,* 5: 50-74.

BARBERIS, M., 2001: «Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise», *Analisi e diritto,* 2000: 1-36.

BAYÓN MOHINO, J. C., 2002: «Derecho, convencionalismo y controversia». en P. E. NAVARRO y M. C. REDONDO (eds.), *La relevancia del derecho*, Barcelona: Gedisa.

BLACKBURN, S., 1984: *Spreading the Word: Groundings in the Philosophy of Language*, Oxford: Clarendon Press.

— 1993: *Essays in Quasi-Realism*, New York-Oxford: Oxford UP.

— 1998: *Ruling Passions*, Oxford: Clarendon Press.

— 2005: «Quasi-realism No Fictionalism», en M. E. KALDERON (ed.), *Fictionalism in Metaphysics*, Oxford: Clarendon Press.

BOUVIER, H., 2012: *Particularismo y derecho. Un abordaje pospositivista en el ámbito práctico*, Madrid: Marcial Pons.

BULYGIN, E., 2006: *El positivismo jurídico*, Mexico: Fontamara.

BURGE, T., 1975: «On Knowledge and Convention», *The Philosophical Review,* 84 (2): 249-255.

CELANO, B., 2010: *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma: Aracne.

— 2010 [1995]: «Consuetudini, convenzioni», en B. CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma: Aracne.

— 2010 [1997]: «Interazione strategica e convenzione», en B. CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma: Aracne.

— 2010 [2003]: «La regola di riconoscimento è una convenzione?», en B. CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Roma: Aracne.

CHIASSONI, P., 1998: «L'ineluttabile scetticismo della "scuola genovese"», *Analisi e diritto,* 1998.

— 2004: «Codici interpretativi: Progetto di voce per un *Vademecum* giuridico», *Analisi e diritto,* 2002-2003: 55-124.

— 2011: *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas,* Madrid: Marcial Pons.

CUNEO, T., 2006: «Saying what we Mean», en R. SHAFER-LANDAU (ed.), *Oxford Studies in Metaethics,* vol. 1, Oxford: Clarendon Press.

FORSTER, M. N., 2004: *Wittgenstein on the Arbitrariness of Grammar*, Princeton: Princeton University Press.

GILBERT, M., 1983: «Notes on the Concept of a Social Convention», *New Literary History,* 14 (2): 225-251.

— 1993: «Is an Agreement an Exchange od Promises?», *The Journal of Philosophy,* 90 (12): 627-649.

— 2008: «Social Convention Revisited», *Topoi,* 27 (1/2): 5-16.

GUASTINI, R., 2008: *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma: Aracne.

— 2011: *Interpretare e argomentare*, Milán: Giuffrè.
— 2012: «El escepticismo ante las reglas replanteado», *Discusiones,* 11: 27-58.
HART, H. L. A., 1994 [1961]: *The Concept of Law*, en P. A. BULLOCH y J. RAZ (eds.), 2.ª ed., Oxford: Clarendon Press.
JOYCE, R., 2007: «Moral Anti-realism», *Stanford Encyclopedia of Philosophy*.
KEKES, J., 1989: *Moral tradition and Individuality*, Princeton: Princeton University Press.
LEWIS, D., 1969: *Convention. A Philosophical Study*, Oxford: Basil Blackwell.
MACKIE, J. L., 1977: *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London: Penguin (reimpresión 1990).
MARMOR, A., 2009: *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton: Princeton University Press.
RAWLS, J., 1971: *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
RAZ, J., 1984: «On the Nature of Rights», *Mind,* 93 (370): 194-214.
ROSS, A., 1946 [1934]: *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen: Ejnar Munksgaard.
— 1958: *On Law and Justice*, London: Stevens and Sons.
RUSSELL, B., 1905: «On denoting», *Mind,* 14: 479-493.
SCANLON, T., 1990: «Promises and Practices», *Philosophy and Public Affairs,* 19 (3): 199-226.
— 1998: *What We Owe to Each Other*, Cambridge: Harvard University Press.
SCHIAVELLO, A., 2010: *Perché obbedire il diritto. La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, Pisa: ETS.
TROPER, M., 2001: *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris: PUF.
VILAJOSANA RUBIO, J. M., 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Madrid: Marcial Pons.
WEBER, M., 1968: *Economy and Society*, en G. ROTH y C. WITTICH (eds.), New York: Bedminster Press.
WINCH, P., 2008 [1990, 1958]: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy*, Abingdon-New York: Routledge.

LOS DESACUERDOS JURÍDICOS DESDE LA FILOSOFÍA *

Pau Luque

Universidad Federico II de Nápoles

RESUMEN. En este trabajo se aborda la cuestión de los desacuerdos jurídicos utilizando las herramientas conceptuales provenientes del debate sobre los denominados «desacuerdos intachables» en filosofía. Un «desacuerdo intachable» es una situación en la que las partes discrepan y ninguna de ellas ha cometido error alguno. Aquí se defenderá una posición intermedia, tanto en el derecho como en la filosofía, según la cual existen casos en que habrá una pluralidad de respuestas y esto no denotará ningún error, de manera que admitirá la posibilidad de «desacuerdos intachables» para esos casos. Mientras que habrá otros casos en los que sí podremos decir que hay una única respuesta correcta y en que, en caso de desacuerdo, una de las partes habrá cometido un error.

Palabras clave: desacuerdos intachables, error, irenismo, escepticismo, pluralismo.

Legal Disagreements Viewed from Philosophy

ABSTRACT. This paper deals with the topic of legal disagreements using the conceptual tools of the debate about the so-called «faultless disagreements» in general philosophy. A «faultless disagreement» is a situation in which two or more agents disagree and none of them has made a mistake. I will defend an intermediate position, both in law and in general philosophy, according to which there are some cases susceptible to a plurality of answers, but this does not involve any error at all. So I will admit the possibility of faultless disagreements at least for those cases, while there are other cases in which we can say that there is just one right answer and that, in case of disagreement, one of the parties will be in error.

Keywords: faultless disagreements, error, irenism, skepticism, pluralism.

---

* Fecha de recepción: 1 de julio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

Este trabajo fue presentado en diversas sedes. En primer lugar, por orden cronológico, en el marco del ciclo de seminarios del área de Filosofia del dret de la Universitat de Girona el 19 de octubre de 2012; recuerdo preguntas y dudas de J. Ferrer, J. Matida y D. M. Papayannis. También fue presentado en el Congreso franco-italiano-español de filosofía del derecho, que tuvo lugar en Milán, en la Universidad Luigi Bocconi el 26 de octubre de 2012; allí me plantearon cuestiones, que yo recuerde, Á. Núñez, P. Chiassoni, M. Narváez, A. Sardo, D. M. Papayannis, P. Comanducci, D. Canale, G. Tuzet, L. Duarte d'Almeida, J. J. Moreso y J. Ferrer. Por último, fue presentado en el seminario de profesores a tiempo completo del ITAM, en México D. F., el 3 de mayo de 2013; R. Vázquez, R. Gama, H. G. Bouvier y J. Cerdio me plantearon en esa sede agudas cuestiones. Todas estas personas contribuyeron, con sus observaciones, a que pensara mejor las tesis defendidas en el trabajo y es por ello mismo que quiero agradecer su contribución (si he cometido el error de olvidar alguna intervención en esas sedes, me excuso de antemano). Por otro lado, quisiera también agradecer a un anónimo dictaminador sus perspicaces sugerencias al texto.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendo abordar la cuestión de los desacuerdos jurídicos desde una perspectiva concreta, la de los *«faultless disagreements»* o «desacuerdos intachables». En primer lugar, reconstruiré el debate, en el seno de la filosofía analítica contemporánea, en torno a la noción de «desacuerdos intachables». En segundo lugar, correlacionaré las posiciones en el debate sobre los «desacuerdos intachables» con dos principales posiciones en el debate iusfilosófico. En tercer lugar, mostraré algunas debilidades de las posiciones mencionadas y propondré una posición «nueva». Por último, a la luz del debate sobre los «desacuerdos intachables», y en el contexto de la discusión sobre los desacuerdos jurídicos, sugeriré la superioridad explicativa de una de las posiciones frente a las otras.

1. «DESACUERDOS INTACHABLES (*FAULTLESS DISAGREEMENTS*)»

En filosofía del lenguaje se ha vivido estos últimos años todo un debate acerca de los llamados *«faultless disagreements»*, expresión que aquí será traducida como «desacuerdos intachables». En lo que sigue reconstruiré brevemente este debate.

Es una idea bastante extendida que hay algunas cuestiones o ámbitos sobre los que pueden existir «desacuerdos intachables» (DI, en lo que sigue) [1]. ¿Pero qué quiere decir «desacuerdos intachables»?

> «A faultless disagreement is a situation where there is a thinker *A*, a thinker *B*, and a proposition (content of judgment) *p*, such that:
>
> 4. *A* judges (believes that) *p* and *B* judges (believes that) not-*p*.
> 5. Neither *A* or *B* has made a mistake (is at fault)» [2].

Las cuestiones o ámbitos respecto de los cuales se considera que pueden darse estas situaciones son la estética, el gusto o los valores morales [3].

Así, por ejemplo, A piensa que Paul Auster es mejor que Philip Roth, mientras que B piensa que Roth es mejor escritor que Auster. O bien C piensa que es moralmente correcto decir siempre la verdad, mientras que D afirma que no es moralmente correcto decir siempre la verdad. O bien Riccardo afirma que es mejor el Barolo que el Priorat, mientras que Paolo juzga que el Priorat es mejor vino que el Barolo.

---

[1] Sigo aquí a KÖLBEL, 2003: 53 y ss., y a IACONA, 2008: 287 y ss. Estas cuestiones fueron formuladas originariamente por C. WRIGHT, quien denominó a los DI como *«disputes of inclination»*, en contraste con divergencias en las que la respuesta está objetivamente determinada, WRIGHT, 2001: 47.

[2] KÖLBEL, 2003: 53-54.

[3] Soy de los que piensan que hay buenas razones para considerar que la moralidad no está al mismo nivel que la estética o el gusto, y que preguntarse acerca de cuestiones morales no es lo mismo que preguntarse acerca de si es más bueno el bacalao al pil-pil o la *«esqueixada de bacallà»* o de si la mejor novela de J. CERCAS es *Anatomía de un instante* o *Soldados de Salamina*. Pero también es cierto que para quien haya tenido una formación neo-empirista, como es mi caso, la primera intuición pre-teórica tiende a agrupar todos estos ámbitos. No pondré en duda aquí esta premisa y respetaré la disposición de KÖLBEL.

En estos casos nos sentimos inclinados a decir que ninguna de las dos partes ha cometido ningún tipo de error[4].

La existencia de los DI ha sido replicada en dos sentidos.

Por un lado, el realismo[5] ha afirmado que los DI son en realidad sólo «desacuerdos», puesto que siempre habrá un error cometido por parte de alguno de los hablantes.

Por otro lado, el relativismo indexical ha afirmado que los DI son en realidad situaciones meramente «intachables», y que no se trata de desacuerdos reales entre las partes.

A continuación detallaré ambos tipos de objeciones, pero, de ser cierto que alguno de los dos lleva razón, entonces no habría espacio para los DI en nuestra semántica estándar (ya sea realista o relativista indexical)[6].

S: si un sujeto afirma que *p* y un sujeto afirma que no-*p*, entonces uno de esos sujetos está en un error.

Esto es, por ejemplo, si verificamos que existe un determinado estado de cosas *p*, entonces afirmar que no-*p* denota un error. Y, por tanto, no hay espacio para los DI. El siguiente esquema prueba esto último[7]:

1	A afirma que *p* y B afirma que *no-p*	Asunción.
2	Ni A ni B han cometido un error	Asunción.
3	*p*	Asunción.
4	B está en un error	1, 3 S.
5	*No-p*	2, 3, 4 RAA.
6	A está en un error	1, 5 S.
7	No-2	2, 2, 6 RAA.

1 es la hipótesis según la cual A y B están en desacuerdo. 2 es la hipótesis que intenta hacer espacio para los DI y nos pide que asumamos que el desacuerdo entre A y B es precisamente un DI. 3 es la asunción que nos permite pasar de 1 a 4, teniendo en cuenta S. 5 se obtiene a partir de 2, 3 y 4 y la contradicción que aparece entonces queda diluida mediante una *reductio ad absurdum* que descarta 3. 6 se obtiene a partir de S, pues si se verifica *no-p* y hay uno de los dos agentes que ha cometido un error, entonces A ha cometido un error. 7 es fruto, nuevamente, de una *reductio ad absurdum* para evitar la contradicción entre 4 y 6. Así pues, en palabras del propio IACONA, «*[f] rom 1-7 it turns out that if A and B disagree it is not the case that neither A nor B is at fault,*

---

[4] De todas formas, que los DI existan en estos ámbitos no quiere decir que todas las disputas en estos ámbitos sean DI. Puede haber algunas discrepancias sobre estas cuestiones que involucren algún tipo de error; por ejemplo, si B ha confundido a Philip Roth con Joseph Roth o con Henry Roth entonces la afirmación según la cual «Philip Roth es mejor escritor que Paul Auster» involucra un error y no podría hablarse de DI en este caso.

[5] La etiqueta «realismo» no guarda relación aquí ni con el realismo moral ni con el realismo jurídico, así que para evitar confusiones de ahora en adelante llamaré «realismo semántico» (aun cuando no sea del todo exacto) a esta corriente.

[6] En realidad las posibilidades son más (*vid.* KÖLBEL, 2003: 56-57), pero en todo caso son refinamientos de estas dos posiciones, por lo que siguiendo a IACONA, 2008: 290, asumiré que realismo y relativismo indexical ofrecen las objeciones más relevantes a la posibilidad de los DI.

[7] IACONA, 2008: 287-288.

which is classically equivalent to the conclusion that if A and B disagree then either A or B is at fault» [8].

De manera que de tal esquema se sigue *«the negation of the claim that there are faultless disagreements, so either there is something wrong with it, or the claim is not true»* [9]. Que no hay espacio precisamente para los DI ha sido sostenido desde las dos posiciones diferentes mencionadas anteriormente.

Por un lado, el realismo semántico sostiene que los DI únicamente son «intachables» en apariencia. O A o B ha cometido un error, aun cuando no haya manera de resolver la disputa descubriendo cuál de los dos ha cometido la tacha. Todos los desacuerdos, según el realismo, involucran algún tipo de error por parte de alguno de los agentes.

Por otro lado, el relativismo indexical sostiene que los DI en realidad son únicamente «intachables» y que los desacuerdos sólo lo son en apariencia, puesto que no tienen el mismo objeto. Me explico. Cuando A afirma que «x es sabroso» y B afirma que «x no es sabroso», lo que está queriendo decir A es que «x es sabroso para mí», mientras que B está queriendo decir que «x no es sabroso para mí», de manera que A y B no se están contradiciendo en realidad [10], y por lo tanto no tiene sentido ni siquiera pensar en que alguno de los dos haya cometido un error al expresar su criterio de gusto [11]. Cuando expresamos algunos juicios de valor no los formulamos, por así decir, de manera completa; pero implícitamente estamos haciendo referencia a nuestros propios criterios —en este caso en materia de gusto—.

Lo que se infiere de todo lo anterior es que, en estos ámbitos, se habla de dos tipos diferentes desacuerdos:

— desacuerdos que involucran error,
— desacuerdos que no involucran error («desacuerdos intachables»).

Además, hemos visto, tal y como afirma el relativismo indexical, que hay situaciones «intachables», esto es, situaciones en las que en realidad no hay un desacuerdo porque no se apela a un criterio compartido.

Pero dentro de los desacuerdos que involucran error creo que hay diferentes grados de error que tal vez convendría destacar, para ello usaré algunos ejemplos:

3. A afirma que Colón nació en Génova, mientras que B afirma que nació en Barcelona.

4. A afirma que Leo Messi nació en Rosario, mientras que B afirma que nació en Córdoba.

5. A afirma que 2 + 2 suman 4, mientras que B dice que suman 5.

El desacuerdo (a) es un desacuerdo en el que, necesariamente, una de las dos partes está cometiendo un error, y esto puede decirse a pesar de que, por lo menos hasta el momento, es imposible saber cuál de las dos partes está en error [12].

---

[8] Iacona, 2008: 288.

[9] Iacona, 2008: 288.

[10] Iacona, 2008: 288.

[11] También en este caso es posible que puedan darse errores: si pruebo un pesto que me han dicho que ha sido hecho con la albahaca de Pra, pero en realidad la albahaca no es de Pra, el juicio según el cual «el mejor pesto es el que contiene albahaca de Pra» contendrá algún error. Pero este no es el sentido de error que aquí nos interesa.

[12] Cabría la posibilidad de que Colón no hubiera nacido en Génova ni en Barcelona. Pero imaginemos, por hipótesis, que Génova y Barcelona son las únicas posibilidades.

El desacuerdo (b) también es un desacuerdo en el que necesariamente una de las dos partes está cometiendo un error, pero, a diferencia del desacuerdo (a), aquí sí que es posible saber con relativa facilidad cuál de las dos partes ha cometido el error y, por tanto, resolver el conflicto.

En el desacuerdo (c) una de las dos partes ha cometido un error, el agente B, y su error es tan clamoroso que nadie duda de que él es la parte que ha cometido el error.

En los tres tipos de desacuerdo una de las partes ha cometido un error: pero mientras en (a) es imposible de descubrir, en (b) basta —por ejemplo— con consultar Internet y en (c) el agente B sencillamente no ha entendido nada de las reglas de la aritmética. Los tres son desacuerdos que involucran un error, pero en este caso se trata de errores gradualmente graves, y esto debería ser tenido en cuenta a la hora de hacer una taxonomía de los desacuerdos que involucran error [13].

2. CONCEPCIONES DEL DERECHO Y DESACUERDOS JURÍDICOS

A continuación voy a enumerar dos concepciones hipotéticas en el derecho según cuál sea su posición respecto de los desacuerdos jurídicos. Pero antes de ello voy a reconstruir mínimamente en qué consiste el debate acerca de los desacuerdos jurídicos en el seno de la teoría del derecho contemporánea.

2.1. El segundo acto del debate HART-DWORKIN y los desacuerdos interpretativos

La cuestión de los desacuerdos jurídicos ha ocupado buena parte del debate iusfilosófico en las últimas décadas, al menos en el mundo angloamericano. Sin embargo, lo que está en discusión en aquel debate se encontraba presente ya, aunque en otros términos, en la obra de algunos autores «continentales» de mitad de siglo XX: cuando ROSS constataba la existencia de una ideología dominante de las fuentes, cuando KELSEN hablaba del marco interpretativo o cuando el realismo jurídico genovés, con TARELLO a la cabeza, ponía el acento en el escepticismo interpretativo, se estaba hablando, implícita o explícitamente, de los desacuerdos jurídicos.

Sin embargo, la trama que yo usaré aquí para presentar el problema de los desacuerdos jurídicos se apoya en el debate HART-DWORKIN.

Según DWORKIN, el positivismo jurídico —hartiano— no puede dar cuenta de las disputas que los jueces tienen acerca de qué cuenta como un *«ground of law»*, esto es, una base de derecho. DWORKIN distingue entre *«propositions of law»* (proposiciones de derecho) y *«grounds of law»* (bases de derecho) [14]. Una proposición de dere-

[13] Por ejemplo, yo estaría dispuesto a afirmar, aunque no lo desarrollaré aquí, que llamar «desacuerdo» al desacuerdo (c) carece de sentido; yo me inclinaría, por oposición a las situaciones de *«faultless»* o situaciones «intachables», por denominarlo situaciones *«fault»* o situaciones «viciadas o con tacha», esto es, situaciones en que el error es tan palmario que el inicio de la discrepancia deviene prácticamente ridículo. A los desacuerdos (b) los llamaría desacuerdos «actualmente resolubles» y a los desacuerdos (a) los llamaría desacuerdos «actualmente irresolubles».

[14] DWORKIN, 1986: 4 y ss.

cho es un enunciado acerca del contenido del derecho de un cierto sistema jurídico. Por ejemplo: «está prohibido circular a una velocidad superior a 50 km/h en Miguel Ángel de Quevedo». Las proposiciones de derecho pueden ser verdaderas o falsas. Serán verdaderas en virtud de las bases de derecho. En Ciudad de México, la anterior proposición será verdadera —simplificando las cosas— si una mayoría de miembros del órgano legislativo correspondiente del D. F. la ha aprobado. Las leyes aprobadas por el órgano legislativo hacen que la proposición de derecho sea verdadera y, a la vez, cuentan como base de derecho en el sistema jurídico municipal de Ciudad de México.

En lenguaje no dworkiniano, por tanto, una base de derecho tiene que ver con los criterios de validez jurídica.

Con arreglo a esta distinción, DWORKIN afirma que pueden darse dos tipos de desacuerdos: cuando dos o más jueces desacuerden acerca de si han tenido lugar o no las bases de derecho (esto es: ¿ha sido aprobada por la mayoría requerida la ley X?), tendrán un desacuerdo empírico; cuando dos o más jueces desacuerdan acerca de qué cuenta y cómo identificamos las bases de derecho (esto es: ¿qué hace que una base de derecho sea una base de derecho: basta, por ejemplo, con que haya seguido un determinado procedimiento legislativo o es necesario también algún requisito que tenga que ver con su contenido?), tendrán un desacuerdo teórico.

Los desacuerdos empíricos son más bien infrecuentes. En cambio, los desacuerdos teóricos, según DWORKIN, son abundantes.

El positivismo jurídico, en su reconstrucción dworkiniana, está comprometido con dos tesis: en primer lugar, sostiene que las bases de derecho, los criterios de validez jurídica, están determinados por consenso entre los *officials*, de forma que si acuerdan que los hechos del tipo *h* son bases del derecho en su sistema, entonces los hechos del tipo *h* son bases del derecho; en segundo lugar, sostiene que sólo determinados tipos de hechos pueden ser bases del derecho: los denominados hechos históricos claros (*plain historical facts*) [15].

Si esto es así, en el marco conceptual del positivismo jurídico no hay espacio para los desacuerdos teóricos: si los participantes deben estar de acuerdo acerca de qué cuenta como una base de derecho, se sigue que no pueden estar en desacuerdo. Todo desacuerdo, en el marco conceptual del positivismo jurídico, versará sobre hechos: los hechos que hacen que una base de derecho sea una base de derecho. Sin embargo, los jueces a veces parecen no discrepar acerca de cuestiones empíricas, sino sobre qué quiere decir una base de derecho, sobre qué hace que un criterio de validez jurídica sea un criterio de validez jurídica.

DWORKIN aduce que una buena teoría del derecho debe poder dar cuenta de este fenómeno.

Hasta aquí el relato de la discusión que ha dominado los últimos años el debate académico iusfilosófico angloamericano. Ahora, siguiendo algunas ideas de G. B. RATTI [16], haré algunas precisiones.

---

[15] SHAPIRO, 2007: 37.
[16] RATTI, 2008.

Cuando se habla de desacuerdos acerca de las «bases del derecho», para usar el léxico que DWORKIN puso de moda, no queda muy claro si se está hablando de desacuerdos acerca de cuáles son las fuentes del derecho o bien de desacuerdos acerca de cuál es el contenido de significado de las fuentes.

El primer tipo de desacuerdo, pese a que se da, es más bien poco común, y ni siquiera los realistas jurídicos de diverso pelaje le dan mucha importancia [17]. Parece ser el segundo tipo de desacuerdo el que resulta relevante y el que, como veremos, tal vez pueda contribuir a dirimir qué concepción del derecho resulta más plausible.

Los desacuerdos acerca de cuál es el significado de las fuentes pueden ser denominados «desacuerdos interpretativos», ya que la interpretación jurídica es la actividad en que el intérprete —el juez o el *official* de turno— atribuye, o descubre, según cuál sea la teoría de la interpretación que se suscriba, un determinado significado a la fuente [18].

En lo que sigue, asumiré que los desacuerdos interpretativos se dan en el derecho y que al menos algunos de ellos pueden ser reconstruidos como DI. Si esto es así, ¿qué diversas maneras existen de dar cuenta de los DI en el derecho?

2.2. Concepciones del derecho

En esta sección presentaré algunas grandes concepciones del derecho. No tomaré como referente a ningún autor en concreto para llevar a cabo esta reconstrucciones que, por lo demás, serán bastante sucintas. Lo anterior quiere decir que mi interés no descansa tanto en que algunos autores puedan suscribir por completo alguna de las concepciones que yo presentaré, sino que más bien me interesa delimitar conceptualmente cada una de las concepciones sobre la base de qué dirían acerca de los desacuerdos jurídicos [19].

Irenismo. Para esta concepción, el derecho es armónico y todo caso jurídico tiene una y sólo una respuesta jurídica correcta susceptible de ser conocida mediante el raciocinio.

El irenismo sostiene que el derecho está globalmente determinado, puesto que todo caso tiene una única respuesta jurídica correcta, y a la vez es armónico, esto es, es posible ordenar o jerarquizar todos los valores o bienes jurídicos de forma tal que nunca haya pérdida para ninguna de las partes. Pese a las apariencias, determinación global y armonía no son la misma propiedad; existe espacio conceptual para pensar que el derecho tiene siempre una única respuesta jurídica correcta para todo caso y

---

[17] A. ROSS sostenía, como es sabido, que cuáles son las fuentes del derecho no es algo que esté determinado por ningún criterio objetivo o racional, sino que depende de las ideologías —básicamente— de los jueces, pero sin embargo hay una ideología dominante de las fuentes, esto es, un núcleo de acuerdo generalizado alrededor de cuáles son las fuentes válidas de derecho, ROSS, 1958. B. LEITER, por su lado, recalca que nadie pone en duda que la Biblia o el suplemento de economía de un periódico no son fuentes válidas de derecho, LEITER, 2009: 1217.

[18] Nótese que, de la manera en que yo lo estoy presentando, el desacuerdo interpretativo presupone un acuerdo acerca de las fuentes.

[19] Lo que no será óbice, obviamente, para que el lector familiarizado con esta literatura asocie de manera prácticamente inmediata a determinados autores con las concepciones en concreto.

sin embargo que ello ocurre a costa de algún tipo de pérdida en materia de valores o bienes jurídicos.

Para esta concepción los desacuerdos jurídicos interpretativos serán solamente aparentes. Siempre habrá alguna de las partes que habrá cometido algún tipo de error. Se trataría entonces de desenmascarar ese error y por lo tanto quedarse con la respuesta correcta.

Es importante destacar que para esta concepción la respuesta unívoca no es evidente, en el sentido de que admite la presencia de desacuerdos aparentes. Digo esto porque de lo contrario se trataría de una posición realmente *naïf* que ignoraría los disensos que, en el seno de la práctica del derecho, se producen con bastante frecuencia.

Me parece que el irenismo, para ser tomado como una posición relevante, debe admitir que se producen tales disensos para, a continuación, poder decir que son meramente aparentes.

Ha habido diversas estrategias que afirman, aunque no con estas palabras, un derecho irenista y que precisamente intentan mostrar que los desacuerdos son sólo aparentes. Las que han tenido más recorrido en nuestra cultura jurídica son sobre todo tres: el especificacionismo, la teoría del derecho como integridad y la ponderación.

El especificacionismo afirma que se puede tener una lista exhaustiva de todas las propiedades relevantes del caso que conforman el antecedente de la norma jurídica. Una vez especificada esa lista, los casos de desacuerdo devendrán meramente aparentes, porque habremos refinado el supuesto de hecho y ya sólo una de las opciones será realmente aplicable al caso. En otras palabras: el desacuerdo será superficial y una vez hayamos profundizado en el caso concreto nos daremos cuenta de que en realidad siempre hubo una sola respuesta correcta [20]. El error, para esta estrategia, se encontraría en la falta de especificación del antecedente de la norma que desciende del valor o bien jurídico a proteger.

La teoría del derecho como integridad, ésta sí atribuible a un autor concreto, R. DWORKIN, afirma que la respuesta correcta, para todo caso jurídico, será aquella que mejor encaje y más coherente sea con los valores que explican y justifican la existencia de un sistema jurídico concreto. En cualquier caso, el error en este caso residiría en no haber entendido el alcance de un determinado bien jurídico y por lo tanto no haber identificado la respuesta correcta [21].

La teoría de la ponderación ha sido entendida de formas diversas. La que interesa en esta sede consiste en que cuando hay un conflicto entre dos principios jurídicos [22],

---

[20] J. J. MORESO, sobre algunas ideas de R. M. HARE, ha ensayado esta estrategia mucho más en profundidad de lo que yo lo he hecho en el texto, *vid.* MORESO, 2002: 82 y ss.

[21] Es el argumento que, a grandes rasgos, también usó DWORKIN para replicar la idea berliniana del conflicto entre libertad e igualdad: según DWORKIN, quien piense que libertad e igualdad son dos valores incompatibles es que no habrá entendido el verdadero alcance de ambos valores, DWORKIN, 2001. Por lo demás, es sabido que la teoría de la integridad dworkiniana es realmente intrincada, por lo que difícilmente se podrá dar cuenta aquí de manera sintética de sus ideas. De todas formas, donde ha defendido de forma más explícita la idea de la única respuesta correcta es en DWORKIN, 1985: 119-145 y en DWORKIN, 1986.

[22] Nótese que la ponderación se aplica sólo en caso de conflictos entre principios, no entre reglas. Para este último supuesto, se aplica normalmente los criterios de resolución de antinomias (*lex specialis*, *lex superior*,

normalmente de rango constitucional, estos son *pesados*, esto es, a cada uno de ellos es atribuido un determinado peso en un caso concreto. De esta manera al final sólo un principio, aquel que tenga mayor peso, es aplicable al caso concreto. En este caso el error consistiría en llegar a la conclusión de que hay dos principios empatados, a saber, de igual peso; para los partidarios de la ponderación, una situación de empate indica alguna equivocación en el momento de pesar los ítems [23].

En cualquier caso, estas tres estrategias, presentadas aquí de manera muy somera por razones de espacio, están destinadas a un mismo objetivo: encontrar o descubrir la respuesta jurídicamente correcta y que ello no suponga pérdida alguna. Así pues, estas tres estrategias presuponen que el derecho puede ser armónico.

Las analogías estructurales entre realismo semántico e irenismo resultan bastante fáciles de advertir: para ambas todo desacuerdo presupone algún tipo de error por parte de alguna de las partes.

El irenismo, así pues, no provee una explicación para el fenómeno de los DI en el derecho. O, mejor dicho, en la explicación irenista no ha lugar para los DI en el derecho.

Escepticismo. Para esta concepción, el derecho es conflictualista y para casi todo caso jurídico hay una pluralidad de respuestas jurídicas (y no hay forma de conocer mediante el raciocinio cuál de ellas es la respuesta jurídica correcta).

Para esta posición a toda o a casi toda disposición normativa se le puede atribuir una pluralidad de significados [24], de forma tal que el derecho estaría globalmente indeterminado, y la respuesta a los casos jurídicos dependería del intérprete del derecho que, sobre la base de las tesis dogmáticas que le han influido y de sus preferencias ideológicas, optaría por (elegiría) una de las respuestas.

Por otro lado, la elección del intérprete significará que aquellos que optaban por otras respuestas perderán. En este sentido, el derecho, para los escépticos, no es armónico; los escépticos preferirán hablar de conflictos de intereses más que de desacuerdos aparentes. Contrariamente a lo que afirman los irenistas, el derecho no satisface todos los intereses de sus participantes; el derecho es el mundo del conflicto, no de la armonía.

También en este caso el paralelismo con el relativismo indexical es muy intuitivo: cuando el intérprete de turno, el juez A, por poner el ejemplo más visible de intérprete del derecho, elige la respuesta X y el juez B, suponiendo que se trate de un órgano colegiado, elige la opción Y, respecto de la disposición normativa D, en realidad no están teniendo un desacuerdo: lo que están queriendo decir realmente es que, según sus criterios de interpretación, para A la respuesta es X y, según sus criterios de interpretación, para B la respuesta es Y. Así que cada uno de los participantes en la disputa está apelando a criterios diferentes y no está contradiciendo la respuesta que ha elegido el otro.

---

lex posterior), pero el resultado es el mismo que en el caso de la aplicación de la ponderación para los principios: una única respuesta jurídica correcta para el caso concreto.

[23] El autor que más ha insistido en esta cuestión es R. ALEXY, quien incluso ha formulado la cuestión de la ponderación en términos aritmético, *vid.* por ejemplo ALEXY, 1986: 81-98.

[24] GUASTINI, 2009.

Y mientras que los irenistas decían que los desacuerdos en el derecho eran aparentes, los escépticos afirman que los acuerdos que se dan en el derecho son tendencialmente aparentes. El derecho es sobre todo conflicto de intereses y desacuerdo; esto a veces puede quedar oculto por dos razones: (i) casos en que hay relaciones de cooperación y en que hay convergencia de intereses y (ii) casos en que hay una respuesta unívoca por parte de un tribunal a un caso jurídico concreto. En casos de (i), tales como los contratos o el matrimonio, el acuerdo se produce simplemente porque hay normas jurídicas que prevén sanciones en caso de violar los términos de esa relación de cooperación, es decir, en otras palabras: se presupone también ahí un caso de conflicto potencial. Que haya acuerdo o no en cualquier caso será una cuestión contingente. En casos de (ii), ocurrirá sencillamente que el «soberano» (el juez que tenga mayor fuerza o que consiga mayor aquiescencia en el órgano colegiado de turno) impondrá su decisión y las respuestas alternativas quedarán solapadas porque el tribunal en realidad está obligado a tomar una única decisión, dando así la impresión de que hay un acuerdo entre los miembros del órgano colegiado [25].

En ambos casos vemos que la estructura del derecho responde a la de un soberano (personificado en el caso concreto en un juez determinado) que imparte órdenes bajo amenaza de sanción.

El derecho, por lo tanto, estaría globalmente indeterminado y la respuesta a cada caso jurídico siempre sería relativa a las preferencias ideológicas e influencias dogmáticas del soberano (el juez del caso particular) de turno.

Así pues, para el escepticismo en el derecho no habría casos de DI; sólo habría casos de conflictos de intereses o de acuerdo aparente. Los casos jurídicos podrían ser reconstruidos como casos sencillamente *intachables*, puesto que el escepticismo sostiene una posición anti-cognitivista en materia práctica, por lo que no tendría sentido predicar error de la elección de preferencias o intereses [26]. En otras palabras, los participantes en el derecho nunca cometerían error cognitivo alguno, pero tampoco estarían involucrados en desacuerdos genuinos, puesto que cada uno apelaría a sus propios criterios de interpretación. Es por ello que en el imaginario escéptico, como en el imaginario relativista, no ha lugar para los DI.

3. LAS LIMITACIONES DE LOS BINOMIOS REALISMO/IRENISMO Y RELATIVISMO/ESCEPTICISMO

De las presentaciones de las concepciones semánticas y del derecho presentadas hasta ahora parece seguirse que ni en el derecho ni en materia moral, estética o de gusto hay DI. Sin embargo, existen buenas razones para pensar que por lo menos respecto de algunas de las situaciones que se dan estos ámbitos, tiene sentido decir que son situaciones de DI. Lo que haré a continuación es señalar las limitaciones de cada una de estas concepciones.

---

[25] El acuerdo aparente será más fácil de ocultar en aquellos sistemas jurídicos que no prevean instituciones como el voto particular o la «*dissenting opinion*».

[26] Esto comprometería conceptualmente al escepticismo con el emotivismo o con alguna otra forma de antirrealismo en metaética.

Realismo/irenismo. Recordemos una vez más la tesis isomórfica del realismo y del irenismo. Tanto el uno como el otro sostienen que en los casos de (aparente) desacuerdo una de las partes habrá cometido un error.

Sin embargo, existen algunas disputas respecto de las cuales nos inclinamos por decir que se trata de discrepancias que no involucran error; y esto ocurre tanto en los ámbitos con los que el realismo lidia (gusto, estética, moral; recuérdense los ejemplos anteriormente mencionados) [27], como con algunos de los desacuerdos jurídicos que encontramos en el derecho.

Esta posición no parece muy fundada porque, en primer lugar, descarta sin más matices que existan DI y, en segundo lugar, no da una explicación al hecho de que con según qué desacuerdos nos inclinamos por decir que son DI y con según qué desacuerdos somos más bien partidarios de decir que no lo son. El realismo no cree necesario responder a ninguna de estas dos intuiciones [28].

De una forma parecida, el irenismo no puede dar cuenta de la idea según la cual no todos los desacuerdos jurídicos son aparentes y el derecho no siempre es armónico, en el sentido de que no siempre satisface las pretensiones de todos sus participantes. En otras palabras: el irenismo no puede dar cuenta de aquellos casos en que, por así decir, una de las partes pierde algo considerado valioso desde un punto de vista jurídico —y no sólo por parte de quien está directamente involucrado en el caso, sino también por parte de la comunidad jurídica en general—.

Por otro lado, el irenismo estaría dispuesto a decir que incluso en aquellos casos en los que encontremos disposiciones normativas que contengan términos vagos o ambiguos, el derecho está determinado, pues hay criterios objetivos (a saber, no dependientes de las opiniones de los jueces) que nos permitirán saber cuál es el significado unívoco de la disposición normativa al menos para el caso concreto. A este respecto,

---

[27] El realismo, por tanto, *«do not offer any consolation to those who found it initially plausible that there could be faultless disagreements»* (KÖLBEL, 2003: 58), en los ámbitos señalados en el texto.

[28] Uso aquí el término «intuición» porque es el que es usado, y aceptado, habitualmente en esta literatura. Sin embargo, me parece que alguna *señal* empírica de la existencia de DI puede ser aducida: me refiero a la perpetuidad de algunos desacuerdos. Que un desacuerdo no se resuelva nunca no prueba, en sentido estricto, nada; pero sí que puede ser considerado un síntoma de que tal vez la mejor manera de tratarlo sería como un DI. Es posible objetar que no todo el mundo tiene por qué compartir esta intuición, y que, por ejemplo, alguien puede tener otra «intuición»: la de que en realidad siempre hay una respuesta correcta y que una de las partes ha cometido un error. Al respecto, querría hacer dos observaciones: la primera de ellas consiste en que para desacreditar una «intuición» no basta con poner encima de la mesa otra «intuición» que contradiga a la primera, ya que la última adolecerá de los mismos problemas que la primera, a saber, se tratará precisamente de una «intuición», no de un argumento. Así que para desacreditar la intuición de que existen desacuerdos intachables en algunos ámbitos no basta con proponer una intuición alternativa y contraria; no compartir una intuición no es un argumento en contra de esa intuición. A modo de segunda observación, considero que es más razonable sostener la intuición de que existen desacuerdos intachables por la razón aportada en esta misma nota: la durabilidad y persistencia de algunos desacuerdos no prueba nada en sentido estricto pero sí que ofrece buenas razones para pensar que quizás el mejor modo de tratar a algunas situaciones es como instancias de desacuerdos intachables. Por otro lado, aunque es cierto que en la filosofía analítica el término «intuición» no goza de buena prensa, lo cierto es que a menos que uno presuponga una muy barroca ontología de los conceptos lo que hacemos todos cuando llevamos a cabo análisis conceptual es sistematizar y ordenar nuestras intuiciones; que no lo presentemos así casi nunca, y que tendamos a omitir el término «intuición», porque consideramos que empobrece y debilita nuestros argumentos es una cuestión a estudiar, desde luego, pero no enmienda la constatación de que muchos de nuestros argumentos y razonamientos parten de intuiciones que, confesadas o no, asumimos como premisas y cuya elección no siempre es susceptible de ser justificada racionalmente.

valen las consideraciones hartianas respecto de los supuestos en los que el juez actúa discrecionalmente. De haber, como dicen los irenistas, criterios independientes de las opiniones de los jueces, no existirían casos en los que los jueces interpretan diversamente un mismo término, a saber, casos de desacuerdos interpretativos. El irenista podría entonces sacar a colación su *leitmotiv*: uno de los jueces estará necesariamente en un error. Pero parece difícil sostener que están en un error cuando la disputa es permanente y nunca queda zanjada [29].

Al igual que el realismo, el irenismo tampoco provee criterios que nos permitan diferenciar aquellos casos jurídicos respecto de los cuales estamos inclinados por decir que se trata de DI de aquellos respecto de los cuales nos inclinamos por afirmar que no se trata de DI [30].

Relativismo/escepticismo. El relativismo indexical sostiene que los casos de DI no son en realidad casos de desacuerdos, sino únicamente situaciones *intachables*, ya que ninguna de las partes ha cometido error alguno. Las partes hacen referencia a estándares diferentes, su elección es relativa a tales y en consecuencia no están en contradicción la una con la otra; ni siquiera tiene sentido preguntarse acerca de si una de ellas está en error.

El escepticismo afirma que la respuesta para cada caso jurídico será relativa a los estándares o criterios de interpretación de cada intérprete del derecho. Tampoco para el escepticismo, entonces, habría contradicción entre las respuestas que los diversos intérpretes darían a la interpretación de una disposición normativa a un mismo supuesto de hecho, ya que cada intérprete basaría su respuesta en sus propios criterios de interpretación [31].

---

[29] También en las ciencias duras, en las que habitualmente se considera que hay respuestas correctas más allá de las opiniones de sus participantes, existen desacuerdos. Sin embargo, los desacuerdos en ciencias duras no acostumbran a ser perpetuos: más tarde o más pronto —ahora estoy simplificando algo la cuestión— se suele detectar el *fallo* o *error* cometido por una de las teorías en competición. Los desacuerdos acerca de los significados de las palabras en materias prácticas —esto es, en ámbitos en los cuales suele haber intereses en juego—, y que además versan sobre términos vagos, son mucho más difíciles de zanjar y esto sería una señal de que tal vez conviene más tratarlos como DI.

[30] *«[Realism] does nothing to account for the difference between those topics on which we are inclined to say that faultless disagreement is possible and those where we are not»* (Kölbel, 2003: 58).

[31] Podríamos imaginar una versión algo diferente de la concepción escéptica en la cual el significado no dependiera del juez singular que interpreta la disposición normativa, sino de la interpretación vigente (respecto de esa disposición normativa) en la comunidad jurídica de referencia. Ante una concepción así, cabría hacer algunas consideraciones: (i) que no dependa de un solo sujeto, sino que dependa de una pluralidad de sujetos (i. e. de la comunidad jurídica) no cambia, en sentido estricto, el estatuto lógico de la actividad interpretativa: pasaría de ser subjetivo a inter-subjetivo, pero en ningún caso podría predicarse objetividad respecto de la actividad interpretativa; (ii) debido a lo anterior, para el escepticismo, cuando un juez no toma la interpretación vigente, podría decirse que se ha desmarcado de la opinión mayoritaria de su cultura jurídica, pero no podría decirse que su interpretación es incorrecta (puesto que, en última instancia, la interpretación responde a las preferencias ideológicas y a las asunciones dogmáticas del juez, y respecto de esto, en el imaginario escéptico, no se puede predicar error ni incorrección). Sólo si por «inter-subjetivo» cabiera entender «objetivo» en el sentido de criterio independiente de las elecciones de un individuo —el juez del caso concreto— o de la suma de individuos —la comunidad jurídica— podría hablarse de interpretaciones correctas o incorrectas; si por «inter-subjetivo» no puede entenderse lo anterior, entonces sólo puede hablarse de interpretaciones conformes o disconformes con la interpretación vigente en una determinada comunidad jurídica. (Tal vez podría predicarse objetividad epistémica en el sentido de que es susceptible de conocimiento objetivo cuándo un juez ha llevado a cabo un interpretación conforme o disconforme a la interpretación vigente; pero, repito, esto no cambio el estatuto lógico de la actividad interpretativa). Quien estuviera dispuesto a sostener que el criterio

El relativismo indexical resulta insatisfactorio o encuentra limitaciones en un caso como el siguiente, que es explicado en dos fases diferentes, relativo al gusto. En la primera fase, Riccardo y Paolo desacuerdan sobre si el Barolo es mejor que el Priorat. Éste sería un caso para el que parece que en principio el relativismo indexical tendría una explicación: cuando Riccardo está diciendo que el Barolo es mejor está diciendo que «para mi gusto, el Barolo es mejor vino», mientras que Paolo también está apelando sus propios gustos, es decir, está diciendo «para mi gusto, el Priorat es mejor vino». Por lo tanto, están apelando a estándares diferentes y no están en contradicción [32]. Pero qué ocurre si, en la segunda fase de la situación, llega un tercer amigo, Pierluigi, con una botella de la marca blanca de un supermercado cualquiera. Pierluigi, tras probar el Barolo, afirma «mi vino es mejor que el Barolo». A lo que Riccardo y Paolo responden, vehementemente, que no, que está en un error. Puede que la disputa entre Paolo y Riccardo acerca del Barolo y del Priorat sea «intachable» y que no constituya un desacuerdo, puesto que no están en contradicción. Pero hay situaciones similares en que apelar a los propios gustos parece ignorar algún tipo de error: parece que si Pierluigi apelara a sus propios gustos al discutir que el vino del supermercado es mejor que el Barolo, nos inclinaríamos por decir que ha cometido algún tipo de error.

En un caso como el de Riccardo, Paolo y Pierluigi, nos inclinamos por decir que se trata de un desacuerdo y que Pierluigi ha cometido un error de algún tipo. Pero para poder decir que Pierluigi está teniendo un verdadero desacuerdo con Paolo y Riccardo, y que no es sencillamente una situación *intachable*, tenemos que presuponer que en realidad hay algún tipo de estándar común entre los tres agentes que alcanza para afirmar que habrá casos en los que es posible decir que alguna de las partes estará cometiendo un error (Pierluigi respecto de Paolo y Riccardo) y casos en los que tal criterio no alcanzará y sencillamente se tratará de situaciones *intachables* (la disputa entre Paolo y Riccardo).

El escepticismo también encontraría dificultades a la hora de dar cuenta de algunos casos en el derecho que no responden a la estructura del conflicto de intereses en el cual el soberano de turno impone su elección. Son conocidos los argumentos que Hart adujo contra la concepción austiniana y benthamiana, de impronta imperativista, en los primeros capítulos de *The Concept of Law* [33]. La idea general es siempre la misma: la intervención del derecho no es siempre coactiva; lo que significa que los

---

inter-subjetivo permite cribar interpretaciones objetivamente correctas de interpretaciones objetivamente incorrectas se estaría situando fuera del marco conceptual del escepticismo; algo completamente legítimo, desde luego, pero entonces no podría sostenerse esta idea bajo el rótulo del escepticismo. Si, en cambio, el criterio inter-subjetivo sirve para cribar aquellas interpretaciones vigentes de las no vigentes, entonces seguiremos dentro del marco conceptual del escepticismo y, en consecuencia, afrontaremos las mismas dificultades de las que daré cuenta en los próximos párrafos, aunque, para ser honestos, tal vez las afrontaría en un grado menor: la indeterminación del derecho no sería global, puesto que las interpretaciones vigentes nos permitirían algún grado de predictibilidad, pero en todo caso nada impediría al intérprete de turno el poder desmarcarse de la interpretación vigente y por lo tanto volver a elevar el grado de indeterminación. Para esta visión, digamos, inter-subjetiva del escepticismo, *vid.* Ferrer Beltrán, 2012.

[32] En este sentido, para que se diera una contradicción Riccardo tendría que decir, por ejemplo, que «de acuerdo con los gustos de Paolo, el Barolo es mejor», mientras que Paolo tendría que seguir diciendo «de acuerdo con mis gustos, el Priorat es mejor». Pero esta sería una situación más bien anómala, a no ser que alguien esté dispuesto a sostener una tesis cognitivista muy fuerte en materia de acceso a los estados mentales ajenos.

[33] *Vid.* Hart, 1961: 26 y ss.

participantes en el derecho no siempre están enzarzados en conflictos de intereses cuya resolución, según el imaginario imperativista, siempre pasa por una orden del «soberano» (en el caso particular o en general) respaldada por la amenaza de una sanción: hay figuras jurídicas en las que prima la cooperación y el resultado satisface los intereses de todos sus participantes. Para ilustrar esta idea, transcribo un pasaje bastante conocido de HART en el que se ve clara la distinción entre diferentes tipos de normas jurídicas:

> *«Surely not all laws order people to do or not to do things. Is it not misleading so to classify laws which confer powers on private individuals to make wills, contracts, or marriages, and laws which give powers to officials, e.g. to a judge to try cases, to a minister to make rules, or a county council to make by-laws? Surely not all laws are enacted nor are they all the expression of someone's desire like the general orders of our model. This seems untrue of custom which has a genuine though modest place in most legal systems. Surely laws, even when they are statutes deliberately made, need not be orders given only to others. Do not statutes often bind the legislators themselves? Finally, must enacted laws to be laws really express any legislator's actual desires, intentions, or wishes? Would an enactment duly passed not be law if (as must be the case with many a section of an English Finance Act) those who voted for it did not know what it meant?»* [34].

Algunos negocios jurídicos, como el testamento o el contrato, no responden a la estructura de los participantes con conflictos de intereses. Para el escepticismo, lo jurídico es sinónimo de conflicto y de desacuerdo. Sin embargo, figuras como las anteriormente mencionadas parecen desmentir la idea escéptica.

El escéptico tal vez podría responder que si bien es cierto que la firma de un contrato, por ejemplo, no responde a la estructura del conflicto de intereses (y, por tanto, del desacuerdo entre los participantes), la interpretación del mismo, o la satisfacción de algunas de sus cláusulas, sí que puede generar desacuerdos. Y es ahí donde el derecho interviene coactivamente y donde probablemente sea más dudoso decir que todos los intereses de los participantes quedan satisfechos (si hay una controversia entre los participantes acerca de cómo debe ser interpretada una determinada cláusula del contrato, cuando el juez decida cómo debe ser interpretada una de las partes probablemente se verá perjudicada). Pero lo cierto es que no todos los contratos generan dudas acerca de su cumplimiento o de su interpretación y, por tanto, no requieren la intervención del «soberano» para resolverlos. Esto es, ni mucho menos —tómese esta afirmación como una tesis de sociología jurídica *folk*— todos los contratos terminan en los juzgados; las más de las veces los firmantes de un contrato lo cumplen y no hay controversia acerca de su interpretación porque el cumplirlo es precisamente beneficioso para ambos [35].

Así pues, lo que pone de manifiesto el escepticismo es que el derecho estaría plagado de casos *intachables* pero no de DI. Podría decirse, por un lado, que el escepticismo acierta allí donde el irenismo fallaba, i. e. el derecho no es completamente armónico, y,

---

[34] HART, 1961: 26.

[35] Un escéptico tal vez podría añadir que el derecho existiría porque siempre cabría la posibilidad de que apareciera la figura del *«free rider»*. Pero el *«free rider»* sólo tiene sentido porque sabe que, las más de las veces, los contratos se cumplen; si las más de las veces no se cumpliera, como parece afirmar el escéptico, entonces el *«free rider»* probablemente no surgiría, porque su razón de ser descansa en el provecho que saca de aquellos que efectivamente siguen las reglas. En otras palabras, el *«free rider»* presupone que los contratos se cumplen las más de las veces; de otra manera, su existencia, la del *«free rider»*, carecería de sentido. Debo esta idea a una sugerencia de I. LIFANTE.

por otro lado, falla allí donde el irenismo acertaba, i. e. algunas relaciones jurídicas no responden a la estructura del conflicto de intereses y de las órdenes impartidas por el soberano bajo amenaza de sanción.

Volviendo a la cuestión semántica, tal y como dice IACONA, ninguna de las dos posibilidades, ni realismo ni relativismo indexical, parece compatible con la existencia de DI en los ámbitos de la moral, el gusto o la estética:

> *«Realism is taken to entail that all the disputes that qualify as good candidates for being faultless disagreements are disagreements. Since we are inclined to say that some disputes of that kind are faultless, the realist is left with the problem that some disagreements seem faultless. In the same way, indexical relativism is taken to entail that all the disputes that qualify as good candidates for being faultless disagreements are faultless. Since we are inclined to say that some disputes of that kind are disagreements, the indexical relativist is left with the problem that some faultless disputes seem disagreements»* [36].

Por otro lado, tampoco irenismo ni escepticismo resultan compatibles con la existencia de DI en el derecho por las razones aducidas anteriormente y que recordaré ahora a modo de síntesis.

Con arreglo al irenismo, el derecho es siempre armónico en el sentido del que he dado cuenta anteriormente. Esto quiere decir que no habrá situaciones en las cuales una parte y la otra están afirmando cosas contradictorias y una de ellas no esté en un error. Lo que es tanto como decir que no ha lugar para los DI en el derecho.

Por su parte, el escepticismo considera que la estructura básica del derecho es la del soberano que imparte órdenes y que las relaciones jurídicas son esencialmente relaciones de conflictos de intereses. Y en los casos de conflicto cada participante apela a sus propios estándares de interpretación, por lo que (i) no estamos en caso de contradicción (de desacuerdo genuino), porque se está hablando *at cross purposes*, y (ii) no se puede predicar error en materia de elección de criterios. Es decir, no ha lugar para DI en el caso del escepticismo.

4. PLURALISMO DILEMÁTICO: UNA EXPLICACIÓN QUE DA CABIDA A LOS DI EN SEMÁNTICA Y EN EL DERECHO

4.1. Pluralismo dilemático: cuestiones conceptuales

Lo que yo llamaré pluralismo dilemático, y que se basa en algunas consideraciones que I. BERLIN constató acerca de la moral [37], afirma las siguientes tesis:

B. Los casos prácticos tienen, en algunas circunstancias, una pluralidad de respuestas, todas ellas correctas, debido a que los seres humanos no somos monistas acerca de las valores (estéticos, morales, jurídicos, etc.), sino que sostenemos una concepción pluralista acerca de aquello que consideramos como bueno.

C. En otras circunstancias, en cambio, el caso práctico tendrá una única respuesta, ya sea porque en realidad hay un único valor aplicable o porque, aun habiendo varios, pueden ser ordenados y jerarquizados sin pérdida.

---

[36] IACONA, 2008: 290.
[37] BERLIN, 1990.

D. Cuando un caso práctico tenga una pluralidad de respuestas, y éstas no puedan ser ordenadas jerárquicamente, nos encontraremos ante un caso de dilema trágico, esto es, un caso en el que se elija lo que se elija tendremos algún tipo de pérdida[38]. En otras palabras: en los casos de dilema trágico será imposible satisfacer todas los bienes (o intereses o valores, sean éstos morales, jurídicos o estéticos).

E. Las respuestas no podrán ser ordenadas jerárquicamente por dos motivos diversos: o bien porque carecemos de un criterio o estándar común de valoración entre los diferentes ítems, y se dirá entonces que nos encontramos ante casos de inconmensurabilidad; o bien porque, aun teniendo un criterio común que nos permita establecer tal valoración, ésta dará como resultado una situación de empate entre los ítems.

Es necesario recalcar que este modelo, con las características apenas mencionadas, es una alternativa tanto al realismo como al relativismo indexical, en materia semántica, como al irenismo y al escepticismo, en materia jurídica.

La estructura del conflicto o dilema trágico comparte rasgos con la de los DI. A saber, un disenso en el que una de las partes afirma *p* y la otra afirma *no-p* (o bien una afirma *p* y la otra *q*, pero es imposible satisfacer *p* y *q* contemporáneamente) y ninguna de las dos ha cometido error, ya que ambas resultan ser aplicables al caso, es decir ambas son igualmente correctas.

Hay una diferencia que debe ser puesta aquí de relieve, para evitar equívocos, pero que no cambiará sustancialmente el modelo pluralista dilemático a los efectos de ser alternativa a los binomios ya enumerados. Los conflictos prácticos, según una conocida taxonomía de B. WILLIAMS, pueden ser al menos de tres tipos: intra-subjetivos, inter-subjetivos e inter-culturales. Los del primer tipo se dan entre valores sostenidos por un mismo individuo. Los del segundo tipo se dan entre valores sostenidos por diferentes individuos. Mientras que, los del último tipo, se dan entre valores pertenecientes a diferentes épocas, culturas o lugares.

El caso de dilema trágico es tradicionalmente entendido, por ejemplo por parte de BERLIN, como un caso de conflicto intra-subjetivo, en el que un mismo sujeto es requerido para llevar a cabo, por ejemplo, dos obligaciones que, sin embargo, no puede llevar a cabo. El caso de los DI no responde normalmente a la estructura del conflicto intra-subjetivo, sino que, como en los ejemplos aportados anteriormente, hay una pluralidad de individuos: se trata de un caso de conflicto inter-subjetivo (o, incluso, aunque aquí no lo trataremos, podría ser reconstruido como un caso de conflicto inter-cultural). Así pues, estamos ante un escenario en que los dilemas trágicos son conflictos intra-subjetivos, mientras que los DI son conflictos inter-subjetivos. Se trata, efectivamente, de una diferencia existente entre una y otra situación. Pero se trata de una diferencia irrelevante, como he avanzado, para lo que yo pretendo sostener aquí, que es lo siguiente: tanto en casos de DI como en casos de dilema trágico no hay solución armónica posible, esto es, no hay solución que no suponga sacrificar (al menos parte de) alguno de los valores en liza[39].

---

[38] De hecho, aunque la jerarquización sea posible, esto no querrá decir que no podamos perder algo de valor.

[39] Dependiendo de cuál sea la solución se puede estar sacrificando un valor en su totalidad o bien sólo en parte. Si esto fuera así, entonces podría decirse que el concepto de «sacrificio» es gradual. Pero esto no cambiaría las cosas: únicamente habría conflictos en los cuales se sacrifica más y conflictos en los que sacrifica

Es necesario hacer una observación ulterior. Imaginemos una situación como la siguiente:

A afirma Op
B afirma Oq

En este caso, tanto p como q resultan ser igualmente aplicables al caso, pero no es posible llevar a cabo contemporáneamente ambas. Se trataría de un conflicto inter-subjetivo, puesto que hay dos participantes. En sentido estricto, un caso como este no se correspondería con un DI, ya que la respuesta correcta al caso no es ni Op ni Oq, sino Op&Oq, por lo que tanto A como B estarían cometiendo sendos errores (a pesar de que sus respuestas son aplicables al caso). Nótese sin embargo que, en cualquier caso, no es posible llevar a cabo el estado de cosas que nos prescribe la respuesta correcta, esto es, p&q, por lo que en cualquier caso nos encontramos ante un caso trágico.

Este caso es interesante porque hasta el momento tanto el realismo semántico como el irenismo siempre han sostenido que, necesariamente, si una de las partes estaba en un error entonces la otra no lo estaba. Pero este caso es diferente: ambas partes parecen estar cometiendo sendos errores. Tanto realismo como irenismo parecen asumir alguna versión del principio de bivalencia: si una de las partes afirma un enunciado falso o incorrecto entonces la otra afirma un enunciado verdadero o correcto. En el caso aquí planteado no parece darse la bivalencia, al menos entre los participantes en este desacuerdo; aquí, que un participante formule un enunciado falso, por ejemplo, Op, no significa que el otro participante esté formulando un enunciado verdadero, es decir, que Oq sea verdadero. Pero dicho de este modo, parecería entonces que estamos ante un caso cuya mejor reconstrucción quedaría en manos de alguna versión (oportunamente modificada) de la teoría del error mackiana: los enunciados normativos para este caso resultan ser falsos —ambas partes están en un error— y de ello no se sigue que haya un enunciado verdadero. La teoría del error de MACKIE, en efecto, no parece en principio compatible con la ley de bivalencia. Pero una reconstrucción tal omitiría que en realidad sí hay un enunciado verdadero en nuestra situación, es decir Op&Oq, que es el producto de la conjunción de ambos enunciados normativos. Así pues, si pasamos a observar la situación desde este punto de vista, los participantes en el desacuerdo no estaban equivocados: tanto Op como Oq eran aplicables al caso y eran correctos, lo que ocurre es que, por así decir, no lo eran por separado, sino en conjunto.

Por otro lado, el punto concomitante entre conflicto trágico y DI consiste en que cuando digo que una situación del tipo anterior no involucra ningún error lo que quiero decir es que la conjunción de las opciones de ambos participantes no involucra ningún error. La respuesta correcta al caso, asumir que ambas opciones son igualmente correctas, aunque incompatibles, no denota ningún error. S. HAMPSHIRE lo ha expresado así: «*Neither in social order, nor in the experience of an individual, is a state of conflict of a vice, or a defect, or a malfunctioning*» [40]. El conflicto trágico se da a nivel intra-subjetivo, inter-subjetivo o, como dice HAMPSHIRE, incluso a nivel social; y, cuando ello ocurra, nada nos debe hacer creer que hay algo defectuoso en nuestro pensamiento, ni

menos, pero en ambos casos se trataría de situaciones en las que no podemos satisfacer completamente los valores relevantes.

[40] HAMPSHIRE, 2000: 33.

tampoco debemos creer que porque estemos en conflicto, con nosotros mismos, o en desacuerdo, con un tercero, hemos cometido —o el otro ha cometido— algún tipo de error. El desacuerdo, el conflicto, no es un indicio siempre y de manera necesaria, ni mucho menos, de que *algo hemos —o han— hecho mal*, sobre todo cuando hablamos del ámbito práctico. Es en este sentido en que es relevante el hecho de que FI y conflictos trágicos compartan rasgos.

4.2. Virtudes del pluralismo dilemático [41]

En primer lugar, el pluralismo dilemático no afirma que todo caso sea susceptible de conflicto trágico o de DI. Sólo en determinadas circunstancias determinados valores (que pueden ser sostenidos por una misma persona o por dos o más agentes) entrarán en conflicto. Esto es, la multiplicidad de valores no será conflictiva en todos y cada unos de los casos: en determinados casos las circunstancias permitirán una armonía o jerarquización sin pérdida de los valores en juego. En el pluralismo dilemático, entonces, hay cabida para los casos de acuerdo o de falta de conflicto [42].

En segundo lugar, el pluralismo dilemático puede superar las dificultades que plantea el realismo/irenismo, puesto que permite conservar la intuición según la cual existen algunos casos de DI en el derecho. ¿Y de qué casos se trata? Estamos hablando de los casos de conflicto o dilema trágico; esto es, casos en que o bien no hay un baremo común entre las dos opciones que nos permita elegir racionalmente entre ambas (casos de inconmensurabilidad) [43], o bien hay un baremo pero los valores o conside-

---

[41] Para BERLIN, el pluralismo de valores (al que yo denomino pluralismo dilemático) se opone al monismo moral. El irenismo sería una forma sofisticada de monismo moral, pues tal y como dice G. CROWDER: *«At its broadest, monism is the basis of the whole Western tradition of utopianism that reaches back to Plato, indeed of the mainstream of Western philosophy, the "perennial philosophy" (philosophia perennis) according to which all questions, including moral questions, have a single correct answer and all correct answers fit together like a jigsaw puzzle»* (CROWDER, 2004: 115).

[42] La tesis del dilema trágico entre valores puede ser entendida en el sentido de que el conflicto es (i) conceptual o (ii) contingente. La interpretación que he dado yo se corresponde con (ii). En este punto, BERLIN fue ambiguo, y en ocasiones parecía suscribir (i) (JAHANBEGLOO, 1990: 189) mientras que en otras ocasiones pareció suscribir (ii) (BERLIN, 1990, 13). Algunos de sus intérpretes parecen no haber sido capaces de deshacer esta ambigüedad; así, G. CROWDER afirma en un pasaje que *«Obviously goods do not always conflict, but often they do, and then we have to make a choice»* (CROWDER, 2004: 136), mientras que unas líneas más adelante dice que *«For Berlin, political perfection is impossible, not merely in the sense that it is beset with practical difficulties, but "in principle", because so many fundamental human goods are conceptually incompatible»* (CROWDER, 2004: 137). Si, como dice CROWDER en la última cita, la incompatibilidad entre los valores es de tipo conceptual, entonces siempre están en conflicto; pero entonces no puede ser verdad lo que afirma en la primera cita, esto es, que los valores no siempre entran en conflicto, aunque a menudo lo hagan. Mientras la segunda cita afirma el carácter 'necesario' del conflicto entre valores, la primera cita parece sugerir que el conflicto sería 'contingente'. En cualquier caso, y más allá de la exégesis del pensamiento berliniano, creo que lo más adecuado es pensar que los valores no están en conflicto ya en abstracto o de forma necesaria. Uno de los conflictos contemporáneos entre valores por antonomasia, el conflicto entre libertad e igualdad, surge casi siempre debido a unos circunstancias concretas (escasez de recursos, desigualdades sociales y económicas, etc.) de nuestro mundo real, circunstancias que sin embargo no tendrían por qué reproducirse en todos los mundos posibles. En la medida en que sea posible imaginar algún mundo posible cuyas circunstancias hagan que los valores no estén en conflicto, podemos pensar que el conflicto no será necesario, sino contingente (al respecto, véanse las afiladas reflexiones de BAYÓN, 1991: 407 y ss.).

[43] Aunque no profundizaré aquí en la cuestión de la inconmensurabilidad, sí recordaré que hay dos maneras de entender qué quiere decir que dos ítems son inconmensurables: en primer lugar, se dice que dos

raciones tienen el mismo peso (casos de empate). En estos casos, ninguna de las dos partes (o un solo agente, si se trata de un conflicto intra-subjetivo) habrá cometido ningún error y, por lo tanto, podremos decir que la hipótesis de reconstrucción que yo he denominado pluralismo dilemático consiente —es más, yo diría que constituye su tesis más original— la existencia de DI, entendidos tanto en el sentido intra-subjetivo como en el sentido inter-subjetivo.

En tercer lugar, el pluralismo dilemático también está en condiciones de superar la adversidad planteada al irenismo según la cual este último no proveía criterio alguno que permitiera distinguir entre aquellos casos en los que estamos inclinados por decir que se trata de DI y aquellos casos en que más bien somos partidarios de decir que no hay conflicto (esto es, en que, a pesar de las apariencias de conflicto, en realidad o bien sólo hay un valor aplicable al caso o bien se pueden armonizar de tal manera que no implique pérdida alguna). El criterio que provee el pluralismo dilemático, consiste en la ya mencionada distinción entre aquellos casos de conflicto trágico (por inconmensurabilidad o por empate entre valores) y aquellos casos en que tal situación no se da [44]. Nótese que la exigencia para el realismo/irenismo también funciona inversamente: se le exige que provea algún criterio que nos permita conservar la intuición de que existen DI; pero también será necesario proveer algún criterio que nos permita conservar la idea de que existen casos en los que no hay conflicto. Desde este punto de vista, una teoría que afirmara que todos los casos son casos de conflicto trágico no sería satisfactoria por las razones inversamente opuestas a las del irenismo/realismo: dejaría desamparados a quienes pensaran que, además de casos de conflicto trágico o DI en que ninguna de las partes ha cometido un error, hay casos en que no hay conflicto trágico o si lo hay será aparente y nos inclinaremos por decir que una de las partes ha cometido un error. Pero este no es el caso del pluralismo dilemático: esta hipótesis de reconstrucción contiene una explicación para los casos en que no hay conflicto ni DI y también contiene una explicación para los casos en que sí hay DI o conflicto trágico. Es decir, provee un criterio que nos permite distinguir una tesitura de la otra, algo que los críticos del realismo semántico han reclamado a este último.

En cuarto lugar, el pluralismo dilemático está en condiciones de proveer una respuesta a las dificultades con las que el relativismo indexical se encontraba en materia de gusto. Recordemos en qué consistía precisamente la objeción a la que el relativismo indexical no podía responder. En el ámbito del gusto, podemos inclinarnos por pensar que un caso en el que Riccardo prefiere el Barolo y Paolo el Priorat será un caso

---

ítems son inconmensurables cuando no tenemos una unidad de medida común que nos permita ordenarlos cardinalmente; pero hay una segunda manera, más amplia, de entender el término, según la cual dos ítems son inconmensurables cuando tampoco es posible una ordenación ordinal. En el caso del primer sentido hay espacio para la conmensurabilidad no-cardinal; en el segundo sentido, no hay espacio para ningún tipo de conmensurabilidad. Cuando se habla de valores prácticos (ya sean morales o bien jurídicos), se ha interpretado que incomensurabilidad quiere decir que no hay unidad de medida común que permitan ordenarlos ni cardinal ni ordinalmente. Así es como cabe entenderlo aquí.

[44] Obviamente, *cómo* sabemos que nos encontramos o no delante de un caso trágico —a saber, cuándo dos valores son inconmensurables o están empatados— es una cuestión relevante de la que depende, en parte, que el pluralismo dilemático pueda superar la dificultad que el irenismo/realismo no podía superar. Pero, en todo caso, ésta es una cuestión perteneciente al campo de la epistemología moral. Y este trabajo no se ocupa de los problemas relativos al conocimiento moral, sino de la estructura —de los problemas conceptuales— de los sistemas prácticos.

meramente «intachable», a saber, un caso en el que ninguno de los dos ha cometido un error y en el que el desacuerdo es aparente, puesto que cada uno de ellos apela a su propio estándar de gusto. Sin embargo, una explicación para la discrepancia entre Pierluigi, que prefiere el vino de la marca blanca del supermercado, y Riccardo y Paolo, que prefieren el Barolo al vino que propone Pierluigi, no puede consistir en decir que Pierluigi está apelando a sus propios estándares de gusto. Más bien parece que hay alguna especie de estándar común; estándar, por otra parte, que nos permitiría decir que Pierluigi está cometiendo un error y que un desacuerdo como el que él tiene con Riccardo y Paolo involucra alguna clase de error.

Pues bien, trasladado a los desacuerdos jurídicos el pluralismo dilemático está en condiciones de dar cuenta de un caso de este tipo. Afirma el pluralismo dilemático que habrá casos en que ninguna de los dos partes (o un mismo agente en caso de que se trate un conflicto trágico intra-subjetivo) habrá cometido un error: los casos de DI. Este sería el equivalente al caso de desacuerdo entre Riccardo y Paolo. Pero el pluralismo dilemático también afirma que, aunque los jueces sostengan una multiplicidad de criterios de interpretación, también existen consideraciones jurídicas erróneas. Hay ocasiones en las que podemos decir que la respuesta jurídica a un caso es errónea, ya que el derecho estará determinado (el caso paradigmático sería el de los contratos, matrimonio, etc.). Esto último equivaldría al juicio de gusto formulado por Pierluigi en el caso de los vinos: en este caso, el gusto estaría determinado y no todo dependería de los criterios subjetivos de los agentes.

En otras palabras: la ventaja del pluralismo dilemático frente al relativismo indexical y frente al escepticismo es que la validez de los criterios de interpretación (o del gusto) no siempre es *relativa a* (un estándar de gusto concreto o subjetivo, en el caso del primero, a los criterios subjetivos del intérprete del derecho, en el caso del segundo). Existen criterios que nos permiten hablar de al menos cierto grado de determinación en cuestiones de gusto o de derecho.

El pluralismo dilemático, así pues, constituye una vía intermedia entre los dos extremos representados por los binomios irenismo/realismo semántico y relativismo indexical/escepticismo. Subsana las ausencias del primer binomio (admite DI) y da cabida a un cierto grado de determinación en el derecho (no todo depende del estándar subjetivo del intérprete del derecho).

A modo de comentario final, quisiera hacer una observación. El pluralismo dilemático es afín en algunos aspectos, a una posición hartiana o intermedia en materia de teoría de interpretación del derecho. Como es sabido, HART[45] delineó dos posiciones iusfilosóficas extremas: el noble sueño y la pesadilla. La primera estaba caracterizada por la esperanza de que los jueces nunca crearan derecho ya que existía siempre una respuesta correcta para todos y cada uno de los casos. La segunda en cambio estaba atravesada por una buena dosis de realismo —cinismo, dirían algunos— y afirmaba que los jueces siempre crean derecho ya que los casos jurídicos no tienen una respuesta objetivamente correcta. En medio de ambas, se encontraba la posición hartiana, para la cual había un núcleo de casos claros que tenían una respuesta correcta; mientras que otros casos, debido —entre otras cosas— a la textura abierta del lenguaje, eran

[45] HART, 1961: cap. VII; *id.,* 1977.

susceptibles de una pluralidad de respuestas y el juez tenía discrecionalidad para elegir entre ellas. El pluralismo dilemático es, en este sentido, afín a la teoría intermedia. Pero pone énfasis en algo que no fue destacado por HART y que sin embargo su teoría poseía: una posición intermedia explica *más* que sus teorías rivales. La razón por la que preferiremos una teoría intermedia, como el pluralismo dilemático, descansa en que es más consiliente [46], tiene más capacidad explicativa; consigue dar cuenta de la práctica que estudia de manera más amplia porque admite, en su marco teórico, dos tipos de supuestos o fenómenos (situaciones de DI y situaciones «armónicas»).

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., 1986: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

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

CROWDER, G., 2004: *Isaiah Berlin. Liberty and Pluralism*, Cambridge, Polity.

DWORKIN, R., 1985: *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press.

— 1986: *Law's Empire*, Harvard, Belknap Press.

— 2001: «Do Liberal Values Conflict?», en M. LILLA, R. DWORKIN, y R. B. SILVERS (eds.), *The Legacy of Isaiah Berlin*, New York, NYRB.

FERRER BELTRÁN, J., 2012: «El error judicial y los desacuerdos irrecusables en el derecho», en P. LUQUE, y G. B. RATTI (eds.), *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas desacuerdan*, Madrid, Marcial Pons.

GUASTINI, R., 2009: *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, Aracne.

HAMPSHIRE, S., 2000: *Justice is conflict*, Princeton, Princeton University Press.

HART, H. L. A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2nd ed., 1994.

— 1977: «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», en *id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983.

IACONA, A., 2008: «Faultless or Disagreement», en M. GARCÍA CARPINTERO y M. KÖLBEL (eds.), *Relative Truth*, Oxford, Oxford University Press.

JAHABENGLOO, R., 1990: *Conversations with Isaiah Berlin*, trad. cast. de M. COHEN, por la que se cita, *Conversaciones con Isaiah Berlin*, Barcelona, Anaya&Muchnik, 1996.

KÖLBEL, M., 2003: «Faultless Disagreements», en *Proceedings of the Aristotelian Society,* 104 (1), 53-73.

LEITER, B., 2009: «Explaining Theoretical Disagreements», en *The University of Chicago Law Review,* 1215-1250.

MORESO, J. J., 2002: «Sobre revisiones estables, casos paradigmáticos e ideales regulativos», en *id., La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

RATTI, G., 2008: «Los desacuerdos jurídicos en la *jurisprudence* anglosajona», en *Analisi e diritto,* 301-331.

ROSS, A., 1958: *On Law and Justice*, Steven&Sons Limited.

[46] Esta característica de la teoría hartiana ha sido también destacada por B. LEITER al abordar el desafío planteado por R. DWORKIN en *Law's Empire* al positivismo jurídico de inspiración hartiana, *vid.* LEITER, 2009. Respecto a la virtud de la consiliencia, *vid.* THAGARD, 1978: 79.

SHAPIRO, S., 2007: «The Hart-Dworkin Debate. A Short Guide for the Perplexed», en A. RIPSTEIN (ed.), *Ronald Dworkin*, Cambridge, Cambridge University Press.

THAGARD, P., 1978: «The Best Explanation: Criteria for Theory Choice», en *Journal of Philosophy*, vol. 75, n. 2, 76-92.

WRIGHT, C., 2001: «On Being on a Quandary. Relativism, Vagyeness, Logical Revisionism», en *Mind,* vol. 110, 45-98.

LÓGICA DEÓNTICA, MUNDOS IDEALES Y MUNDOS PERFECTOS*

Jorge Luis Rodríguez
Universidad Nacional de Mar del Plata

RESUMEN. Las interpretaciones semánticas más fructíferas que se han ofrecido de los diversos sistemas axiomáticos de lógica deóntica se valen de la semántica de mundos posibles. Sin embargo, existen serios cuestionamientos contra dicha reconstrucción semántica en el dominio normativo. Entre aquellos de corte más filosófico se cuentan el fuerte compromiso ontológico que la semántica de mundos posibles requeriría asumir, así como la necesidad de aceptar que las normas serían susceptibles de verdad o falsedad. En el presente trabajo se intentará justificar que, no obstante tales objeciones, existe al menos un camino posible para preservar la riqueza de análisis que ofrece la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica sin asumir tan problemáticos compromisos. Por otra parte, se examinarán algunas consecuencias significativas que se siguen de la utilización de esa interpretación semántica, centradas en la diferencia que media entre las nociones de *mundos normativamente ideales* y *mundos normativamente perfectos*.

Palabras clave: lógica, normas, semántica, mundos posibles.

Deontic Logic, Ideal Worlds, and Perfect Worlds

ABSTRACT. The most profitable semantic interpretations of the various axiomatic systems of deontic logic have been presented in terms of possible-worlds semantics. However, several objections have been raised against the use of this semantic framework in the normative domain. Among those most philosophical in character, it has been remarked the strong ontological commitment of possible-worlds semantics, as well as the need to assume in deontic logic that norms are capable of truth-values. In this paper I will try to maintain that, in spite of those objections, there is at least one possible way to preserve the analytical power of possible-worlds semantics for deontic logic without such problematic assumptions. Moreover, I will examine some interesting consequences that follow from this semantic interpretation, that stem from the difference between the notions of *normatively ideal worlds* and *normatively perfect worlds*.

Keywords: logic, norms, semantics, possible worlds.

* Fecha de recepción: 25 de junio de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

1. INTRODUCCIÓN

Aunque en el diseño de un sistema lógico a veces prevalece una presentación sintáctica, en términos de axiomas y reglas de inferencia, y a veces una presentación semántica, en términos de funciones de interpretación y cláusulas para la atribución de verdad a las expresiones del lenguaje considerado, lo cierto es que en general se estima que la actividad del lógico no se encuentra satisfactoriamente concluida si no se cuenta con ambas versiones, y se demuestra desde la metalógica que ambas presentaciones se corresponden una con la otra, en el sentido de que todo lo que es sintácticamente demostrable constituye una verdad lógica y todo lo que constituye una verdad lógica es sintácticamente demostrable (metateoremas de la representación, o de completitud y consistencia) [1].

En el caso de la lógica deóntica, las interpretaciones semánticas más usuales y fructíferas que se han ofrecido de los diversos sistemas axiomáticos propuestos por los teóricos lo han sido en términos de la semántica de mundos posibles. El extraordinario desarrollo de la lógica modal alética a partir de su interpretación semántica en términos de mundos posibles tuvo impacto en el ámbito de la lógica deóntica sobre la base de las profundas analogías entre los conceptos aléticos y los deónticos.

Pese a ello, existen serios cuestionamientos contra la utilización de la semántica de mundos posibles como interpretación de los sistemas de lógica deóntica. En el presente trabajo examinaré en primer lugar —sin pretensión de exhaustividad, por cierto— algunas de esas objeciones, concentrando la atención en aquellas más generales o de corte filosófico más que sobre las estrictamente técnicas. Intentaré justificar que, pese a ellas, es posible preservar la riqueza de análisis que ofrece la semántica de mundos posibles para el estudio de las relaciones lógicas entre las normas. En segundo lugar, trataré de mostrar algunas consecuencias interesantes que se siguen de la utilización de esa interpretación semántica, centradas en la diferencia entre las nociones de *mundos normativamente ideales* y *mundos normativamente perfectos*.

2. LÓGICA DEÓNTICA, LÓGICA MODAL Y CUANTIFICACIÓN

El surgimiento de la lógica deóntica estuvo profundamente vinculado con la puntualización de fuertes analogías entre los enunciados deónticos, los enunciados modales aléticos y los enunciados existenciales o cuantificados [2]. Esas analogías se verifican tanto en lo que respecta a las relaciones definicionales entre los conceptos fundamentales de estos tres grupos de enunciados, como en algunos principios lógicos básicos que parecen válidos en cada una de las tres áreas. Para mostrarlo de un modo simple, considérense las siguientes similitudes:

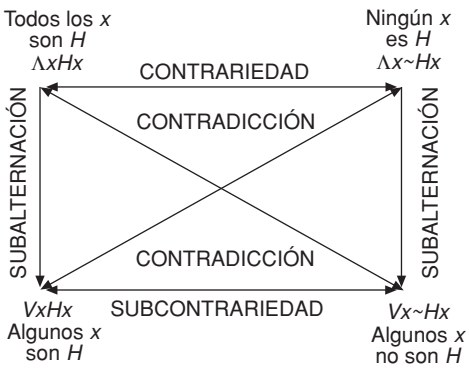
---

[1] *Vid.* ALCHOURRÓN, 1995: 22-23; HAACK, 1978: 13-14.

[2] Ello surge de la presentación del trabajo que ordinariamente se considera fundacional de la lógica deóntica, esto es, VON WRIGHT, 1951. No obstante, también VON WRIGHT se ha encargado de examinar detalladamente las diferencias que median, sobre todo, entre los conceptos modales aléticos y los deónticos, por ejemplo, en VON WRIGHT, 1983: 103 y ss.

Enunciados existenciales:

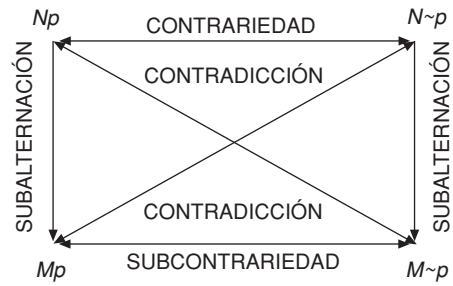
$\Lambda xHx =_{df} \sim Vx \sim Hx$



$(\Lambda xHx) \vee (\Lambda x \sim Hx) \vee (VxHx \wedge Vx \sim Hx)$

Enunciados modales aléticos:

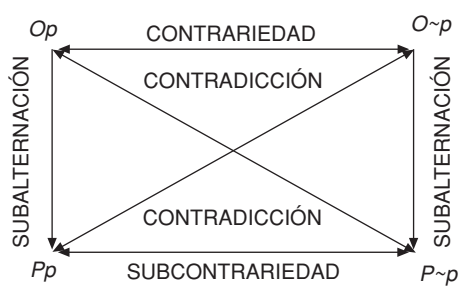
$Np =_{df} \sim M \sim p$



$(Np) \vee (N \sim p) \vee (Mp \wedge M \sim p)$

Enunciados deónticos:

$Op =_{df} \sim P \sim p$



$(Op) \vee (O \sim p) \vee (Pp \wedge P \sim p)$

Las indicadas analogías resultan tan fuertes que difícilmente puedan interpretarse como producto de una casualidad, de una suerte de «accidente filosófico». La mejor hipótesis explicativa parece consistir en que de las tres clases de enunciados, dos de ellas sean reducibles a la tercera. Y, por su carácter más básico, la mejor candidata para esa reducción es la clase de los enunciados existenciales o cuantificados. De hecho, existen muchos desarrollos teóricos que han propuesto reducir tanto los conceptos modales aléticos como los deónticos en términos de cuantificación sobre mundos posibles [3].

[3] Existen también propuestas de reducción de los enunciados deónticos directamente a enunciados modales aléticos (*cfr.* KANGER, 1957; ANDERSON, 1958), pero esto no obsta a la tesis general que se sostiene en el texto si es que resulta a su vez posible reducir los enunciados modales aléticos en términos de enunciados existenciales.

En lo que atañe a la lógica deóntica, en las décadas de los cincuenta y sesenta del siglo XX, y con el impulso de diferentes autores[4], se desarrolló una interpretación semántica en términos de mundos posibles. Reseñaré aquí muy brevemente sólo la más conocida de tales presentaciones: el modelo kripkeano.

Un marco kripkeano es una estructura conformada por tres elementos (M, m^*, R), donde M es un conjunto no vacío de mundos posibles, m^* es un elemento determinado de M (el mundo real) y R es una relación diádica de posibilidad relativa (relación de *alternatividad* o *accesibilidad* deóntica son las designaciones hoy más populares), que intuitivamente podría leerse del siguiente modo: un mundo m que satisface dicha relación con el mundo real es tal que en él se cumple todo lo que es obligatorio en el mundo real. Un modelo kripkeano es un marco junto con una valuación (v) que asigna valores 1 o 0 a las fórmulas de un lenguaje L dado. La idea básica para el desarrollo de sistemas de lógica deóntica consiste en sostener las siguientes cláusulas de verdad para enunciados deónticos:

$$v(Op,m^*) = 1 \text{ si } \Lambda m[Rm^*m \rightarrow v(p,m) = 1]$$
$$v(Pp,m^*) = 1 \text{ si } \mathrm{V}m[Rm^*m \wedge v(p,m) = 1]$$

Esto significa que la norma Op es verdadera en el mundo real si y sólo si en todos los mundos deónticamente accesibles respecto del mundo real p es verdadero, y la norma Pp es verdadera en el mundo real si y sólo si existe al menos un mundo normativamente accesible respecto del mundo real en el cual p es verdadero. KRIPKE observó respecto de la lógica modal que las diversas propiedades formales de la relación R se corresponden con diferentes sistemas lógicos. En el caso de la lógica deóntica, es posible igualmente obtener diferentes sistemas de acuerdo con qué propiedades se considere que satisface la relación R. Por ejemplo, si se toma en cuenta la clase de todos los marcos, esto es, si no se impone ninguna exigencia sobre la relación de accesibilidad deóntica, se obtiene un sistema débil de lógica deóntica, usualmente denominado *KD* o *F*, caracterizado por el axioma:

$$O(p \rightarrow q) \rightarrow (Op \rightarrow Oq)$$

Obsérvese que si en el mundo real valen $O(p \rightarrow q)$ y Op, entonces en todos los mundos normativamente accesibles respecto del mundo real sería verdadero tanto $(p \rightarrow q)$ como p, de lo cual se sigue por lógica proposicional que en todos los mundos normativamente accesibles sería también verdadero q. Por consiguiente, en el mundo real valdría igualmente Oq.

Es posible, en cambio, tomar en consideración solamente la clase de todos los marcos en los que la relación R es *serial*, esto es:

$$\Lambda m V m'(mRm')$$

Esta exigencia sobre la relación R determina que para todo mundo de M existe al menos un mundo deónticamente accesible, y por referencia a esta clase de marcos, se obtiene el sistema estándar de lógica deóntica, caracterizado por el axioma:

$$Op \rightarrow Pp$$

[4] Fundamentalmente, KANGER, 1957; HINTIKKA, 1957; MONTAGUE, 1960, y KRIPKE, 1963. Para una excelente reseña del surgimiento de la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica, *vid.* WOLEŃSKI, 1990.

Ello así puesto que, supóngase que en el mundo real vale *Op* pero, no obstante, no vale *Pp*. En tal caso, en todos los mundos normativamente accesibles respecto del mundo real es verdad que *p*, pero sin embargo no existe ningún mundo normativamente accesible en el cual sea verdadero *p*. Aunque pueda parecer lo contrario, estas dos afirmaciones son compatibles, dado que la afirmación de que para todo mundo posible, si éste es normativamente accesible respecto del mundo real, en él es verdadero *p*, es una afirmación general y condicional, que puede resultar verdadera vacuamente, esto es, si no existe ningún mundo normativamente accesible respecto del mundo real. Ahora bien, hemos asumido que la relación *R* es serial, de modo que respecto de cualquier mundo debe existir al menos un mundo normativamente accesible. Pero si es verdad que en todos los mundos normativamente accesibles respecto del mundo real es verdad que *p*, y hay al menos un mundo normativamente accesible respecto del mundo real, en ese mundo ha de ser verdad que *p*, lo cual resultaría contradictorio con nuestra presuposición. En consecuencia, no puede existir ningún mundo en la clase de los marcos en los que la relación *R* es serial en el que no valga que $Op \rightarrow Pp$.

Como puede apreciarse, a partir de estos recursos relativamente simples y elegantes, la semántica de mundos posibles logra una gran riqueza de análisis, y un notable potencial teórico para dar cuenta de numerosos sistemas de lógica deóntica [5].

3. NORMAS, MUNDOS POSIBLES Y VERDAD

Pese a lo señalado, se han dirigido muchas objeciones contra la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica. Algunas de tales objeciones son de carácter general y filosófico, otras de carácter más técnico, específicamente lógicas. Entre las primeras se cuenta sin lugar a dudas en primer lugar el hecho de que la semántica de mundos posibles parece comprometernos con una ontología muy fuerte, casi de ciencia ficción: que existen, en el mismo sentido en el que existe nuestro mundo real, un sinnúmero de mundos posibles como realidades paralelas [6].

Una primera línea de respuesta a este tipo de objeciones podría consistir en sostener que la lógica no necesita tomar partido sobre qué son los mundos posibles. De hecho, se han ofrecido las más diversas interpretaciones de dicha noción, y no todas ellas importan el mismo compromiso ontológico: objetos concretos, conjuntos de oraciones, funciones de interpretación del lenguaje objeto, proposiciones o conjuntos de ellas, estados de cosas, propiedades o conjuntos de ellas, entidades mentales o clases de ellas, maneras en las que las cosas podrían haber sido, ficciones, objetos no-existentes, construcciones teóricas, entre otras [7].

Con todo, esta salida no parece enteramente convincente, y ello porque si bien la lógica no necesitará tomar partido, cualquiera que la utilice sí deberá necesariamente hacerlo, y en el caso de la semántica de mundos posibles en lógica deóntica, para

[5] ÅQVIST, por ejemplo, desarrolla diez diferentes sistemas de lógica deóntica sobre la base de distintas propiedades de la relación de accesibilidad deóntica (*cfr.* ÅQVIST, 2002).

[6] Así, por ejemplo, ALCHOURRÓN y MARTINO, 1988.

[7] Sobre las distintas interpretaciones de la idea de mundos posibles y la defensa de este tipo de respuesta a la objeción considerada, *vid.* RÖNNEDAL, 2010: 99-100.

dar cuenta de un principio tan razonable como que obligatorio implica permitido es preciso asumir, como se dijo, que respecto de cualquier mundo existe al menos un mundo normativamente accesible, esto es, es preciso asumir un cierto compromiso ontológico.

Pero incluso aceptando esto último, habría que examinar cuán profundo es este compromiso ontológico. Para presentarlo de un modo simple, en la teoría de los mundos posibles existe una controversia no saldada en el modo de responder a un problema básico. Parecería que quien toma en serio la idea de mundos posibles ha de sostener, en primer lugar, que existe una pluralidad de mundos posibles (al menos más de uno); pero, en segundo lugar, también tiene que sostener que sólo uno de esos mundos es real, y que los restantes son meramente posibles. Ahora bien, las cosas meramente posibles no existen, de manera que, en aparente contradicción con la primera idea, sólo existiría un mundo posible.

La controversia se suscita entre dos posiciones básicas, que han sido denominadas *posibilismo* y *actualismo*. Ambas sostienen que el problema anterior deriva de una falacia de equívoco, pues las afirmaciones de que existen diversos mundos posibles y de que existe uno sólo que es real son ambas verdaderas en cierto sentido. No obstante, cada una de estas dos posiciones ubicaría el equívoco en un sitio diferente. Para los posibilistas, el equívoco se encuentra en el dominio de la cuantificación: la afirmación de que existen muchos mundos posibles resultaría verdadera si el dominio del cuantificador en ese enunciado es irrestricto. Sin embargo, muchas veces restringiríamos el dominio del cuantificador a subconjuntos propios de lo que existe (las cosas que *realmente* existen) y, en tal caso, el enunciado diría algo diferente [8]. Siguiendo la idea de QUINE de que nuestra ontología depende de aquello que estemos dispuestos a reconocer como dominio de la cuantificación, desde este punto de vista todos los mundos posibles existen en el mismo sentido en el que existe el mundo real, sólo que el mundo real es *nuestro* mundo. Para el actualista, en cambio, lo que existe coincide con lo que es real, de modo que la cuantificación irrestricta equivale a la cuantificación sobre lo que es real. El equívoco se encuentra, para esta posición, en la clase de cosas a las que uno se refiere cuando emplea la expresión «mundo posible». Al decir que hay muchos mundos posibles nos referiríamos a posibles *estados* del mundo, a los diversos modos que podría asumir el mundo. Cuando se dice que sólo existe un mundo —el mundo real— estaríamos hablando de algo que se encuentra en uno de esos estados posibles. El mundo podría ser de muy diversos modos, y esos modos realmente existen, pero sólo uno de ellos se encuentra instanciado [9].

Como puede apreciarse, el posibilismo —o realismo modal— asume un presupuesto ontológico muy fuerte: los mundos posibles existen en el mismo sentido en el que existe el mundo real. La «realidad» del mundo real dependería exclusivamente de una restricción en nuestro dominio de la cuantificación. El actualismo toma igualmente en serio la idea de los mundos posibles, pero no asume esta ontología recargada. Sólo existe el mundo real; los «mundos posibles» alternativos al mundo real son simplemente construcciones teóricas, representaciones concebibles acerca de cómo podría ser el

[8] *Vid.*, por ejemplo, LEWIS, 1986: 1-50.
[9] *Vid.* STALNAKER, 2003: 6-7.

mundo si fuese distinto de cómo es. Desde este punto de vista, por ejemplo, decir que *p* es necesariamente verdadero en el mundo real depende de que imaginemos cómo podría ser el mundo real más allá de cómo es, y de que en todas esas representaciones concebibles *p* sea verdadero, lo que en modo alguno supone atribuirle existencia a otros mundos. Algo semejante podría sostenerse respecto de los conceptos deónticos: decir que *p* es obligatorio en el mundo real dependería de que imaginemos cómo podría ser el mundo si fuera normativamente mejor de lo que en verdad es, y que *p* sea verdadero en todas esas representaciones concebibles que estimamos normativamente accesibles.

Suponiendo que pudiese aceptarse esta interpretación ontológicamente débil de la idea de mundos posibles como respuesta a la primera objeción considerada, de todos modos subsiste una segunda y muy seria objeción de corte filosófico contra la aplicación de la semántica de mundos posibles para el análisis de la lógica deóntica: ella parece comprometernos con la asunción de que las normas son susceptibles de valores de verdad, lo cual resulta contraintuitivo [10]. Tal como lo presentara JØRGENSEN en términos de un dilema, bajo el supuesto de que las normas no son ni verdaderas ni falsas, o bien la lógica circunscribe su alcance a entidades susceptibles de verdad o falsedad, en cuyo caso no es posible una lógica de normas, o bien una lógica de normas es posible, pero entonces el dominio de la lógica es más amplio que el de la verdad [11]. Simplificando un panorama un poco más complejo, podría decirse que si no estamos dispuestos a aceptar el primer cuerno del dilema, esto es, que no es posible una lógica de normas, debido a que ello parece contradecir intuiciones muy fuertes acerca del modo en el que argumentamos a partir de normas, las alternativas para la superación del dilema parecerían reducirse a dos: o bien afrontamos su segundo cuerno, es decir, contrariando una muy fuerte tradición en lógica, justificamos que la lógica tiene un alcance más amplio que la verdad, o bien rechazamos el presupuesto del cual parte el dilema y aceptamos que, después de todo, las normas son susceptibles de valores de verdad.

En trabajos anteriores me he inclinado por la segunda de estas alternativas [12], sobre la base de uno de los intentos más interesantes que se han ensayado desde este punto de vista que es, a mi juicio, el desarrollado por ALCHOURRÓN y MARTINO [13]. Allí se propone que tanto la noción sintáctica como la noción semántica de consecuencia lógica presentarían ciertos rasgos comunes, que podrían recogerse en una noción abstracta de consecuencia, a partir de la cual sería posible caracterizar las nociones lógicas fundamentales, como la de contradicción o las conectivas lógicas, sin apelar a las nociones

[10] Cabría, por supuesto, preguntarse con qué concepción o concepciones de la verdad parece comprometernos la semántica de mundos posibles y bajo qué concepción o concepciones de la verdad resulta contraintuitivo atribuir valores de verdad a las normas. Sin poder extenderme adecuadamente sobre estas complejas cuestiones, sólo diré con relación a la primera pregunta que si bien las cláusulas de verdad para las normas en la semántica ordinaria de mundos posibles parece asumir alguna versión de la teoría correspondentista, en realidad no resultaría incompatible con concepciones coherentistas, pragmatistas, minimalistas o deflacionistas (*cfr.* RÖNNEDAL, 2010: 107-108). Con relación a la segunda pregunta, sólo puedo decir que, salvo demostración en contrario, las normas no parecen entidades semejantes a las proposiciones, esto es, susceptibles de valores de verdad bajo ninguna concepción de la verdad.

[11] *Cfr.* JØRGENSEN, 1937-1938.

[12] Por ejemplo, FERRER BELTRÁN y RODRÍGUEZ, 2011: 40-46.

[13] *Cfr.* ALCHOURRÓN y MARTINO, 1988.

de verdad y falsedad, posibilitando de tal suerte extender el campo de aplicación de la lógica a dominios que exceden el de la verdad, como sería el caso de la lógica deóntica. Lamentablemente, la sugerencia concreta de cómo desarrollar sobre tales bases un sistema de lógica deóntica que postulan ALCHOURRÓN y MARTINO sobre el final de su trabajo presenta serias dificultades técnicas, tal como lo ha puesto de manifiesto con claridad H. ZULETA [14]. Y si bien las críticas de ZULETA no mellan la propuesta general de los autores, lo cierto es que no existe hoy un desarrollo satisfactorio de una lógica deóntica desde esta perspectiva.

La aplicación al campo de la lógica deóntica de la semántica de mundos posibles parece en cambio comprometernos con la salida alternativa para la superación del dilema de JØRGENSEN, esto es, la admisión de que las normas son susceptibles de verdad o falsedad. Como bien lo señala D. MAKINSON, considerar que las normas no son susceptibles de verdad o falsedad pero que, no obstante, a los fines de la lógica pueden ser tratadas como si los tuvieran, tal como ocurre en la mayor parte de los casos cuando se emplea en este dominio la semántica de mundos posibles, al menos sin alguna explicación adicional resulta una posición «...carente de todo principio y próxima a la inconsistencia...» [15].

No obstante, se han ensayado diferentes propuestas tratando de aprovechar los recursos de la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica pero preservando la intuición de que las normas en sí mismas no son susceptibles de verdad o falsedad. Una de las más conocidas de estas propuestas consiste en el uso de la semántica de mundos posibles para el desarrollo de una lógica para enunciados normativos interpretados descriptivamente, esto es, como *proposiciones normativas* [16]. El modo más simple de hacer esto consiste en asumir que los enunciados normativos como *Op*, interpretados descriptivamente, esto es, como proposiciones relativas al contenido de un cierto sistema normativo, reflejan las propiedades lógicas de las normas, con lo cual una lógica de proposiciones normativas nos ofrecería un modo indirecto de examinar el comportamiento lógico de las normas [17].

El problema con este enfoque es que, como ALCHOURRÓN se encargara de demostrar [18], una lógica de proposiciones normativas no se comporta igual que una genuina lógica de normas, salvo en el supuesto de completitud y consistencia del sistema normativo de referencia. En consecuencia, el punto de partida de este enfoque resulta erróneo.

---

[14] *Cfr.* ZULETA, 2008: 66-70.

[15] *Cfr.* MAKINSON, 1999: 30.

[16] Sobre la distinción entre normas y proposiciones normativas, *vid.* VON WRIGHT, 1963a: 106.

[17] Este punto de vista fue el sostenido en VON WRIGHT, 1963a, si bien VON WRIGHT no adopta la semántica de mundos posibles. Es curioso que la misma idea sea todavía defendida por algunos autores pese a la demostración de ALCHOURRÓN, 1969, que se comenta a continuación en el texto. Por ejemplo, S. HANSSON (2006: 334-335) sostiene que: «No es entonces... problemático utilizar una lógica veritativo-funcional para ofrecer un modelo de (una materia expresada por) oraciones que no son verdaderas o falsas... Existe una correspondencia uno a uno entre oraciones del tipo «debo pagar esta deuda» y oraciones del tipo «hay una norma válida según la cual debo pagar esta deuda». Las oraciones del segundo tipo pueden ser verdaderas o falsas. En la medida en que un sistema lógico refleje adecuadamente las propiedades de las oraciones del segundo tipo, también reflejará, indirectamente, a las del primer tipo».

[18] *Cfr.* ALCHOURRÓN, 1969.

Se podría, por supuesto, abandonar la pretendida isomorfía entre lógica de normas y lógica de proposiciones normativas, aceptar la imposibilidad de una genuina lógica de normas, y releer la lógica deóntica como una lógica para proposiciones normativas relativas a un sistema normativo dado [19]. Pero este camino, aunque cuenta con contribuciones importantes, tampoco está libre de dificultades. El punto crucial sigue derivándose de la demostración de ALCHOURRÓN antes comentada. Porque lo que demuestra el trabajo de ALCHOURRÓN es que los principios lógicos que parecen caracterizar a una genuina lógica de normas, como que si una conducta es obligatoria no puede al propio tiempo estar prohibida, o que una conducta o bien es obligatoria, o bien está prohibida, o bien es facultativa, no valen sin más para una lógica de proposiciones relativas a un cierto sistema normativo, *incluso asumiendo que este último no se limita a contener ciertas normas explícitamente promulgadas sino que comprende todas las consecuencias lógicas que de ellas se siguen*. En otras palabras, ALCHOURRÓN no demuestra sino que asume que una lógica de normas es posible, y su prueba posee la siguiente estructura condicional: si es posible una lógica de normas y si los sistemas normativos se interpretan como comprensivos de todas las consecuencias que es posible derivar de acuerdo con los principios de esa lógica de normas a partir de ciertas normas explícitamente promulgadas, aun así la lógica de proposiciones normativas no equivale a la lógica de normas sino bajo ciertos supuestos excepcionales.

Siendo ello así, si se asume que las normas no son susceptibles de verdad o falsedad, se abandona por ello la pretensión de desarrollar una genuina lógica de normas, y se interpreta a la lógica deóntica como una lógica de proposiciones descriptivas del contenido de un cierto sistema normativo, surge inmediatamente la pregunta de qué relevancia podría tener un cálculo semejante si el sistema normativo de referencia no contiene todas sus consecuencias lógicas [20]. Para decirlo de otro modo, parece que nos enfrentamos aquí al siguiente dilema: o bien consideramos que cada sistema normativo está exclusivamente conformado por las normas que han sido dictadas por ciertas autoridades, en cuyo caso para una descripción adecuada de un sistema semejante no se requerirá otra cosa que lógica proposicional y de predicados, de modo que no existiría ninguna ley específica de una supuesta lógica de proposiciones normativas, o bien hay leyes específicas de la lógica de proposiciones normativas, pero entonces ha de aceptarse que los sistemas normativos no se limitan a contener ciertas normas expresamente dictadas por ciertas autoridades, sino además las consecuencias lógicas que se sigan de ellas de acuerdo con algún sistema de lógica de normas [21]. En síntesis, o bien la lógica deóntica interpretada como una lógica de proposiciones normativas presupone una genuina lógica de normas, o bien no es más que el cálculo lógico

[19] Este es el punto de vista que se propone en ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1981, y parece seguirse en ALCHOURRÓN, 1993.

[20] En VON WRIGHT, 2000, se propone un sistema de lógica para proposiciones normativas en el cual no se presupone que los sistemas normativos de referencia contengan todas sus consecuencias lógicas.

[21] *Cfr.* RODRÍGUEZ, 2003; en el mismo sentido, ZULETA, 2008: 57. Los sistemas desarrollados en MAKINSON, 1999, y MAKINSON y VAN DER TORRE, 2000, 2001 y 2003, no escapan a esta objeción: en ellos el sistema normativo de referencia se toma como una *caja negra* que recibe como *inputs* informaciones sobre circunstancias fácticas y permite derivar como *outputs* consecuencias normativas. Pero en las diferentes modelizaciones de los *outputs* se toman en consideración todas las consecuencias que se siguen de las circunstancias fácticas y las normas del sistema, lo cual supone que implícitamente se están aceptando relaciones lógicas entre las normas.

ordinario aplicado a la descripción de los actos de promulgación y derogación de normas.

Existe, con todo, una posibilidad de utilizar la semántica de mundos posibles para construir una genuina lógica de normas, no de proposiciones que se refieren a ellas, preservando la idea de que las normas no son susceptibles de verdad o falsedad. Se trata de una alternativa de superación del dilema de JØRGENSEN que asume su segundo cuerno, esto es, que el alcance de la lógica es más amplio que el de la verdad, como en la propuesta de ALCHOURRÓN y MARTINO, conservando el potencial de la semántica de mundos posibles. La idea consistiría en sostener que la diferencia entre decir que *p* es el caso y decir que *p* debe ser el caso se localiza en el uso del lenguaje, en la diferente actitud proposicional adoptada en cada situación. Cuando el lenguaje se emplea descriptivamente se pretende con él representar fielmente la realidad. Si se refleja correctamente lo que acontece, el enunciado formulado será verdadero; en caso contrario será falso y correspondería corregirlo para adecuarlo a la finalidad perseguida. Apelando a la conocida distinción de ANSCOMBE [22], podríamos decir que en este caso la *dirección de ajuste* va del lenguaje al mundo, el lenguaje trata de ajustarse al mundo, de modo que en caso de discordancia el problema está en todo caso en el lenguaje. En cambio, cuando el lenguaje se emplea prescriptivamente, se pretende con él influir sobre la conducta de cierto agente. Si la conducta del destinatario de la prescripción no se ajusta a lo prescripto, no hay razón alguna para corregir la prescripción: lo que en todo caso debería corregirse es la conducta para que ella se adecue a lo prescripto. La dirección de ajuste en este caso es inversa: va del mundo al lenguaje, en el sentido de que en caso de discordancia el problema no está en el lenguaje sino en el mundo.

A diferencia de la utilización estándar de la semántica de mundos posibles para el análisis de las normas, en la que se interpreta que las normas son verdaderas si describen adecuadamente lo que acontece en ciertos mundos normativamente accesibles, podríamos decir que las normas son supuestos de uso prescriptivo del lenguaje, donde la dirección de ajuste resultaría del mundo al lenguaje. Desde este punto de vista, prescribir que es obligatorio *p* en el mundo real significaría preferir como mundos normativamente accesibles a su respecto mundos en los que es verdad que *p*. La enunciación de una norma importaría establecer una preferencia, una selección de ciertos mundos como normativamente accesibles, no una descripción de lo que en ellos acontece, y a partir de esta idea sería posible igualmente elaborar una semántica para la lógica deóntica en términos de mundos posibles.

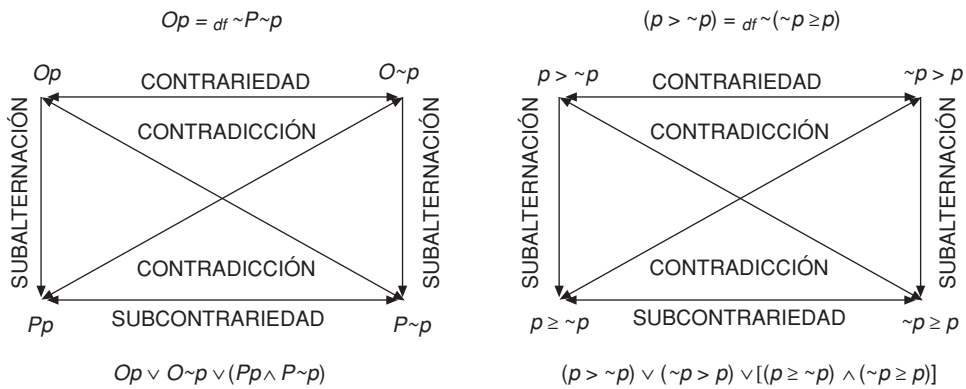
Es fácil advertir que, así como se verifican fuertes analogías entre los conceptos deónticos y los aléticos, también existen fuertes analogías entre los conceptos deónticos y las preferencias. Tomando como base los conceptos de preferencia fuerte [«...es mejor que...» (>)] y preferencia débil [«...es al menos tan bueno como...» (≥)], y sin pretensión de reducir las normas a simples preferencias, en un trabajo anterior he señalado algunas de tales analogías [23], por ejemplo:

---

[22] *Cfr.* ANSCOMBE, 1957: 56.

[23] *Cfr.* RODRÍGUEZ, 2002: 211-240. *Vid.* igualmente, VON WRIGHT, 1963b.

Normas y preferencias:



Es importante advertir que existe un aspecto en que la similitud entre los conceptos deónticos y las preferencias es todavía mayor que la que media entre los conceptos deónticos, los existenciales y los aléticos, puesto que mientras para estos últimos valen:

$$\Lambda x Hx \rightarrow Ha \rightarrow \mathrm{V} x Hx$$

$$Np \rightarrow p \rightarrow Mp$$

sus análogos en lógica deóntica y lógica de preferencias no valen:

$$\nvDash Op \rightarrow p \quad \nvDash (p > \sim p) \rightarrow p$$

$$\nvDash p \rightarrow Pp \quad \nvDash p \rightarrow (p \geq \sim p)$$

Por supuesto, las normas no pueden asimilarse tan sencillamente a preferencias. No obstante, en distintos trabajos S. HANSSON ha desarrollado sistemas de lógica deóntica que pueden interpretarse como inscriptos en esta línea [24]. HANSSON diseña una lógica deóntica basada en la lógica de preferencias de conformidad con el principio de que los predicados de obligación son *contranegativos* respecto de la relación de preferencia débil (≥-*contranegativos*). Para explicarlo brevemente, en lugar de asimilar de manera directa un enunciado como *Op* como una preferencia de los mundos *p* sobre los mundos ~*p*, tal como parece sugerirse en las analogías anteriores, HANSSON considera que el predicado obligatorio satisface la siguiente propiedad: para todo *p* y todo *q*,

$$[Op \wedge (\sim p \geq \sim q)] \rightarrow Oq.$$

No es mi intención aquí examinar la plausibilidad de tales sistemas, sino solamente resaltar que a través de estrategias como éstas es posible preservar la elegancia y riqueza de análisis que ofrece la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica sin comprometerse con la problemática tesis de que las normas son susceptibles de verdad o falsedad.

[24] *Vid.* HANSSON, 2001: 146 y ss.; 2004 y 2006.

4. MUNDOS NORMATIVAMENTE IDEALES Y MUNDOS NORMATIVAMENTE PERFECTOS

Sea $m \in M$ tal que m^*Rm, esto es, que m satisface la relación de accesibilidad deóntica respecto de m^* (es una alternativa deóntica de m^*, o es deónticamente permisible respecto de m^*). Como señalé, la idea que pretende capturar esta relación es que m es, en tal caso, un mundo en el cual se verifica todo lo que es obligatorio en m^*. En razón de ello podríamos decir que m constituye un *mundo normativamente ideal* respecto de m^*. De acuerdo con esto, ser un mundo normativamente ideal es una noción relativa (a cierto mundo, no necesariamente distinto de sí mismo).

Es preciso reconocer que incluso quienes aceptan una semántica de mundos posibles para la lógica deóntica han dirigido objeciones contra esta interpretación en términos de mundos normativamente ideales. En primer lugar se podría objetar que aunque tengamos una cierta ordenación de mundos posibles, esa ordenación podría no resultar suficiente como para hablar de mundos ideales, pues podría acontecer que la ordenación en cuestión, aunque esté determinada por una relación de preferencia transitiva y completa, no garantice que haya mundos que sean mejores que todos los demás. Sin embargo, cuando se apela a la idea de mundos ideales en el contexto de una semántica para la lógica deóntica, a lo que se alude es a una noción de «idealidad normativa», en el sentido de que las obligaciones se cumplan, no necesariamente en un sentido más general que permita decir que un mundo es, todas las cosas consideradas, mejor que otro [25].

Ahora bien, en segundo lugar, se ha observado que en un mundo normativamente ideal, como nadie haría nada incorrecto, no habría ningún deber de actuar para evitar actos incorrectos ni para compensar por la realización de actos incorrectos. La apelación a mundos normativamente ideales tendría, pues, consecuencias contraintuitivas para la lógica deóntica, que han sido recogidas en algunas muy conocidas paradojas, entre ellas:

$O{\sim}p \rightarrow O(p \rightarrow q)$ Paradoja de las obligaciones derivadas [26]

Esta fórmula, válida en el sistema estándar de lógica deóntica, admite interpretaciones como «si está prohibido matar, entonces es obligatorio que si se mata también se robe», lo cual no parece sensato. Lo mismo ocurre con otra expresión proposicionalmente equivalente a la anterior, como:

$Op \rightarrow O(p \vee q)$ Paradoja de Ross [27]

que podría leerse como «si es obligatorio despachar una carta, es obligatorio despacharla o quemarla».

Todo esto sería consecuencia de que para determinar lo que se debe hacer deberían considerarse no sólo mundos ideales sino también mundos subideales. La referencia a mundos normativamente ideales nos recomendaría actuar como si realmente

[25] *Cfr.* Hansson, 2006: 331.
[26] *Cfr.* Prior, 1954.
[27] *Cfr.* Ross, 1941.

viviéramos en un mundo semejante, lo que no siempre sería una recomendación adecuada[28].

Aunque no es posible en el marco de este trabajo considerar en toda su extensión paradojas como las comentadas, es preciso reconocer que, efectivamente, el sistema estándar de lógica deóntica, con su interpretación semántica en términos de mundos normativamente ideales, no permite dar cuenta adecuadamente, por ejemplo, de las normas condicionales, ni tampoco de nuestras obligaciones en circunstancias subideales: por referencia a mundos normativamente ideales no es posible explicar adecuadamente que podemos tener ciertas obligaciones derivadas del incumplimiento de otras obligaciones. De todos modos, esto todavía no es suficiente para descalificar la apelación a mundos normativamente ideales: es posible salvar estas objeciones pensando que la apelación a mundos normativamente ideales permite dar cuenta de al menos un primer nivel de intuiciones sobre las relaciones lógicas entre normas (las relaciones entre los diferentes operadores deónticos, la idea de que obligatorio implica permitido, la distributividad de los operadores deónticos por la conjunción y la disyunción, etc.). Pero además, la necesidad de considerar mundos subideales en realidad no descalifica sino que presupone la consideración de mundos normativamente ideales: lo que en todo caso exigiría es una complejización de la reconstrucción, no una sustitución de la idea de mundos normativamente ideales.

Es, creo, muy importante diferenciar la idea de un mundo normativamente ideal, en el sentido antes considerado, de lo que podría denominarse un *mundo normativamente perfecto*. J. HINTIKKA ha efectuado una comparación muy interesante de los mundos normativamente ideales con la idea kantiana del *reino de los fines*. La noción de una alternativa deóntica o mundo normativamente ideal puede considerarse una variante más débil y relativizada de la noción kantiana de un reino de los fines: más débil porque no hace referencia a ningún principio moral particular, como el imperativo categórico kantiano o cualquier otro; relativizada porque la noción de una alternativa deóntica o mundo normativamente ideal es relativa a un cierto mundo que se toma como punto de referencia, tal como ya se indicó. Por otra parte, mientras el reino de los fines kantiano parece ser concebido como único, ordinariamente se acepta que puede haber diversos mundos normativamente ideales respecto de un cierto mundo. Pero lo más interesante de esta comparación es que HINTIKKA sugiere que si se interpreta la idea del reino de los fines kantiano como una alternativa deóntica al mundo real, esa alternativa debería concebirse como un *mundo deónticamente perfecto*, esto es, un mundo en el que todas las obligaciones, no solo las que valen en el mundo real sino también aquellas que valen para ese mundo alternativo, se satisfacen[29]. Podríamos entonces definir a un mundo normativamente perfecto en los siguientes términos:

$m \in M$ es normativamente perfecto si mRm, esto es, si en él vale $Op \rightarrow p$.

En otras palabras, un mundo sería normativamente perfecto si es normativamente ideal respecto de sí mismo, esto es, si la relación de accesibilidad deóntica fuese reflexiva, validando así el principio $Op \rightarrow p$. Ahora bien, la validez de este principio no es algo que pueda aceptarse en general para una lógica deóntica, de modo que pensar en

[28] *Cfr.* HANSSON, 2006: 332-333.
[29] *Cfr.* HINTIKKA, 1971: 73.

un sistema de lógica deóntica basado en la clase de los marcos en los que la relación *R* es reflexiva parece inadecuado. Sin embargo, existe una alternativa más débil, que se corresponde con la idea sugerida por HINTIKKA: un sistema de lógica deóntica basado en la clase de marcos en los que la relación *R* es *secundariamente reflexiva*:

$$\Lambda mm' \ (mRm' \rightarrow m'Rm')$$

En otras palabras, que si un mundo es normativamente ideal respecto de otro entonces es deónticamente ideal respecto de sí mismo, esto es, es un mundo normativamente perfecto. El sistema resultante, denominado usualmente *DM* o *dT'*, es una extensión del sistema estándar de lógica deóntica en el que vale el siguiente axioma:

$$O(Op \rightarrow p)$$

Supóngase que $O(Op \rightarrow p)$ no fuera válido en algún mundo *m* en un modelo basado en un marco secundariamente reflexivo. Debería haber un mundo *m'* deónticamente ideal respecto de *m* en el cual $Op \rightarrow p$ fuese falso, de modo que *Op* sería verdadero y *p* falso en *m'*. Pero como el marco es secundariamente reflexivo, se cumple que *m'Rm'*, por lo cual vale en *m'* que $Op \rightarrow p$, lo cual es contradictorio. En consecuencia, no puede haber ningún mundo basado en un marco secundariamente reflexivo en el cual $O(Op \rightarrow p)$ sea falso[30].

$O(Op \rightarrow p)$ es un principio muy discutido en lógica deóntica puesto que es uno de los pocos principios que podrían ser admitidos en su seno que tiene la estructura *OA*, donde *A* no es algo trivial, y parece un principio sensato para la lógica deóntica si tomamos como parámetro de referencia normativa mundos normativamente perfectos, esto es, si restringimos la consideración de los mundos normativamente ideales a aquellos que resultan normativamente perfectos en el sentido de que todas las obligaciones se cumplen y ninguna prohibición se transgrede. De hecho, resulta difícil entender en qué sentido se podría considerar a un mundo como normativamente ideal respecto del nuestro si en él no se satisface todo lo que resulta obligatorio, no sólo en nuestro mundo sino también en él mismo, pues en tal caso estaríamos tomando como estándar para la evaluación de las relaciones lógicas entre normas mundos en los que todas sus obligaciones podrían ser incumplidas y sus prohibiciones transgredidas.

Con todo, existe una consecuencia que debería tenerse bien presente si se asume este punto de vista para el diseño de un sistema de lógica deóntica. En nuestro mundo —el real— no todas las obligaciones se cumplen ni todas las prohibiciones se respetan, de manera tal que nuestro mundo está lejos de ser un mundo normativamente perfecto. Pero entonces, tal como lo sostiene CHELLAS, si hay al menos una acción *p* tal que *p* no es el caso en nuestro mundo pese a ser obligatoria, nuestro mundo no podría ser normativamente ideal respecto de ningún otro mundo, ya que hemos asumido que en todos los mundos normativamente ideales son normativamente perfectos, esto es, que en ellos vale que $Op \rightarrow p$[31].

Lo expuesto tiene diferentes consecuencias según cuál sea la interpretación que se asigne a la semántica de mundos posibles para la lógica deóntica. Si asumimos que las normas tienen una dirección de ajuste del mundo al lenguaje, la cuestión no parece

[30] *Cfr.* RÖNNEDAL, 2010: 132.
[31] *Cfr.* CHELLAS, 1980: 193-194.

problemática dado que en tal caso son las propias normas las que seleccionan a ciertos mundos como normativamente ideales, esto es, las que determinan el codominio de la relación de accesibilidad normativa. Si en cambio se asume que las normas poseen una dirección de ajuste del lenguaje al mundo, y se concibe a los mundos posibles desde la perspectiva del actualismo, esto es, la interpretación ontológicamente débil de la idea de mundos posibles, tampoco parece demasiado problemática la observación señalada, puesto que se limitaría a consignar que los modos de ser alternativos que podemos concebir de nuestro mundo, a los fines de la reflexión deóntica, son siempre alternativas concebibles mejores de lo que el mundo efectivamente es. Pero quien asuma en cambio que las normas son verdaderas o falsas por referencia a mundos posibles concebidos desde la perspectiva del posibilismo, esto es, la interpretación ontológicamente cargada de los mundos posibles, parece forzado a optar por una de estas dos alternativas: o bien ha de renunciar a evaluar la lógica deóntica por apelación a mundos normativamente perfectos, renunciando así a tomar como axioma $O(Op \rightarrow p)$, o bien ha de aceptar que, como el mundo real no podría ser normativamente ideal respecto de ningún otro mundo, vivimos en uno de los peores mundos, en el sentido de que ningún mundo sería normativamente peor que el nuestro. LEIBNIZ decía que el universo, esto es, el mundo real, era uno de un número infinito de mundos posibles existentes en la mente de Dios. Valiéndonos de esta terminología religiosa podríamos decir que el posibilismo, o bien debe renunciar al Paraíso, o bien ha de reconocer que estamos condenados a vivir en el Infierno.

REFERENCIAS

ALCHOURRÓN, C. E., 1969: «Logic of Norms and Logic of Normative Propositions», *Logique et Analyse*, 12, 47: 242-268.

— 1993: «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en MEYER y WIERINGA, 1993: 43-84.

— 1995: «Concepciones de la lógica», en ALCHOURRÓN, MÉNDEZ y ORAYEN, 1995: 11-48.

ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1981: «The Expressive Conception of Norms», en HILPINEN, 1981: 95-124.

ALCHOURRÓN, C. E., y MARTINO, A., 1988: «Lógica sin verdad», *Teoría*, segunda época, año 3, 1987-1988, núms. 7-8: 7-43.

ALCHOURRÓN, C. E.; MÉNDEZ, J., y ORAYEN, R. (eds.), 1995: *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía,* vol. 7*, Lógica*, Madrid: Trotta-CSIC.

ANDERSON, A. R., 1958: «A Reduction of Deontic Logic to Alethic Modal Logic», *Mind,* 67, núm. 265: 100-103.

ANSCOMBE, G. E. M., 1957: *Intention*, Oxford: Basil Blackwell.

ÅQVIST, L., 2002: «Deontic Logic», en GABBAY y GUENTHNER, 2002: 147-264.

CHELLAS, B. F., 1980: *Modal Logic. An Introduction*, Cambridge: Cambridge University Press.

FERRER BELTRÁN, J., y RODRÍGUEZ, J. L., 2011: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

GABBAY, D., y GUENTHNER, F. (eds.), 2002: *Handbook of Philosophical Logic*, vol. 8, 2.ª ed., Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.

HAACK, S., 1978: *Philosophy of Logics*, Cambridge: Cambridge University Press.

HANSSON, S. O., 2001: *The Structure of Values and Norms*, Cambridge: Cambridge University Press.

— 2004: «A New Representation Theorem for Contranegative Deontic Logic», *Studia Logica,* 77: 1-7.

— 2006: «Ideal Worlds - Wishful Thinking in Deontic Logic», *Studia Logica,* 82: 329.

HILPINEN, R. (ed.), 1971: *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht-Boston-London: Reidel.

— 1981: *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht-Boston-London: Reidel.

HINTIKKA, J., 1957: «Quantifiers in Deontic Logic», *Societas Scientiarum Fennica, Commentationes Humanarum Literarum,* XXIII, 4.

— 1971: «Some Main Problems in Deontic logic», en HILPINEN, 1971: 59-104.

JØRGENSEN, J., 1937-1938: «Imperatives and Logic», *Erkenntnis*, t. 7: 288-296.

KANGER, S., 1957: «New Foundations for Ethical Theory», Stockholm: Almqvist & Wiksell, reimpreso en HILPINEN, 1971: 36-58.

KRAWIETZ, W. *et al.* (eds.), 2000: *The Reasonable as Rational? On Legal Argumentation and Justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin: Duncker & Humblot.

KRIPKE, S., 1963: «Semantical Analysis of Modal Logic I: Normal Propositional Calculi», *Zeitschrift für Mathematische Logik und Grundlagen der Mathematik,* 9: 67-96.

LEWIS, D., 1986: *On the Plurality of Worlds*, Oxford: Blackwell.

MAKINSON, D., 1999: «On a Fundamental Problem of Deontic Logic», en MCNAMARA y PRAKKEN, 1999: 29-53.

MAKINSON, D., y L. VAN DER TORRE, 2000: «Input-output Logics», *Journal of Philosophical Logic,* 29: 383-408.

— 2001: «Constraints for Input-output Logics», *Journal of Philosophical Logic,* 30 (2): 155-185.

— 2003: «Permission from an Input-output Perspective», *Journal of Philosophical Logic,* 32: 391-416.

MCNAMARA, P., y H. PRAKKEN (eds.), 1999: *Norms, Logics and Information Systems*, Amsterdam-Berlin-Oxford-Tokyo-Washington, DC: IOS Press.

MEYER, J. J. Ch., y R. WIERINGA (eds.), 1993: *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, Chichester-New York-Brisbane-Toronto-Singapore: Wiley & Sons.

MONTAGUE, R., 1960: «Logical Necessity, Physical Necessity, Ethics, and Quantifiers», *Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosphy*, vol. 3: 259-269.

PRIOR, A. N., 1954: «The Paradoxes of Derived Obligation», *Mind,* 63: 64-65.

RODRÍGUEZ, J. L., 2002: *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

— 2003: «Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G. H. von Wright», *Doxa,* 26: 87-108.

RÖNNEDAL, D., 2010: *An Introduction to Deontic Logic*, Stockholm: CreateSpace.

ROSS, A., 1941: «Imperatives and Logic», *Theoria*, 7: 53-71.

STALNAKER, R. C., 2003: *Ways a World Might Be. Metaphysical and Antimetaphysical Essays*, Oxford: Clarendon Press.

VON WRIGHT, G. H., 1951: «Deontic Logic», *Mind,* 60: 1-15.

— 1963a: *Norm and Action. A Logical Inquiry*, London: Rouledge & Keagan Paul.

— 1963b: *The Logic of Preference*, Edinburgh: Edinburgh University Press.

— 1983: *Practical Reason. Philosophical Papers*, vol. I, Oxford: Basil Blackwell.

— 2000: «On norms and Norm-Propositions. A Sketch», en KRAWIETZ, 2000: 173-178.

WOLEŃSKI, J., 1990: «Deontic Logic and Possible Worlds Semantics: A Historical Sketch», *Studia Logica,* 49, núm. 2: 273-282.

ZULETA, H., 2008: *Normas y Justificación. Una investigación lógica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons.

LA HIPÓTESIS DE LA LIBERTAD FRENTE AL DESAFÍO DE LA NEUROCIENCIA*

Adrian Sgarbi

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)
Cátedra de Cultura Jurídica, Universitat de Girona (UdG)

RESUMEN. El tema de la libertad en los tribunales de justicia, al menos en el contexto norteamericano, es tratado como una hipótesis de trabajo, la cual primero fue cuestionada por la filosofía, y defendida en su alcance jurídico por teóricos y filósofos del derecho. Sin embargo, en los últimos años está emergiendo un nuevo frente de incertidumbre en relación con la conducta de la libertad humana; esta vez desde los neurocientíficos. Entendemos por neuroderecho el campo del conocimiento cuyo objetivo consiste en explorar los hallazgos de la justicia neurocientífica. Este estudio presenta el tema de la libertad en el contexto de los tribunales de justicia en su cuestionable aplicación de las formulaciones neurocientíficas, para delimitar el alcance de su uso.

Palabras clave: libertad, responsabilidad, neuroderecho.

The Free Will Hypothesis against the Challenge of Neuroscience

ABSTRACT. The topic of freedom in the legal courts, at least in the North American context, is treated as a working hypothesis, which was first questioned by philosophy, and defended in the legal scope by theorists and philosophers of law. However, in recent years a new front of uncertainty is emerging, regarding the conduct of human freedom; this time through the neural-scientists. Under neurolaw we understand the field of knowledge which purpose is to explore the findings of neural-scientific justice. This study presents the theme of freedom in the context of the courts of justice in their questionable application of neural-scientific formulations, in order to delimit the extent of their use.

Keywords: free will, responsibility, neurolaw.

---

* Fecha de recepción: 25 de junio de 2013. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2013.

Este trabajo fue realizado en el marco del proyecto DER2010-21331-C02-02, del Ministerio de Ciencia e Innovación (España) y conforme al acuerdo celebrado entre la Universidad de Girona y la Pontifícia Universidade Católica de Rio de Janeiro, Brasil. Me gustaría expresar mi agradecimiento a los profesores J. Ferrer, M. Narváez, D. Papayannis, N. Muffato, M. Atienza, J. Ruiz Manero, D. González Lagier, J. Valenzuela, D. Canale y G. Tuzet por las observaciones hechas, por la paciencia con los accidentes de mi castellano y por su amistad.

INTRODUCCIÓN

En relación con el caso de *Steward Mach. Co. vs. Davis*, el juez Benjamin Nathan Cardozo afirmó que: «Hasta el momento, el derecho ha sido orientado por un fuerte sentido común que asume la libertad de la voluntad como una hipótesis de trabajo en la solución de los problemas jurídicos» [1].

Dicha hipótesis, que ya había sido defendida cuando apenas se circunscribía a reflexiones filosóficas acerca de la responsabilidad humana [2], parece recibir ahora un nuevo frente de consideraciones. Esto se debe a que la neurociencia aparece en los discursos de los tribunales para poner en cuestión la existencia de la libertad humana, ya sea en casos que involucran el derecho civil o el derecho penal [3]. En los medios de comunicación [4], con mayor o menor amplitud, los especialistas han difundido todo tipo de experimentos y los han presentado acompañados de gráficos, opiniones técnicas y nuevas máquinas a través de las cuales, ellos afirman, se demuestra lo que dicen [5]. Actualmente, el uso judicial de algunas de estas técnicas y su poca sostenibilidad en muchas situaciones ha sido enfatizado, a su vez, especialmente, en el contexto de la prueba judicial (y de la duda razonable) [6].

En este sentido, se puede decir que el tema del libre albedrío ha sido considerado, aunque no siempre con claridad, en tres niveles distintos: *a)* como una cuestión descriptiva; *b)* como una cuestión sustantiva, y *c)* como una cuestión prescriptiva. En el primer plano se pregunta qué es lo de qué se trata cuando se habla del libre albedrío; en el segundo plano, lo que importa saber es si los seres humanos poseen o no esta característica de libre albedrío; en el tercer plano, la pregunta involucrada es qué debemos hacer con este conocimiento [3-5].

Este artículo ofrece un análisis de la problemática relación entre estos tres niveles, comenzando por una crítica de ciertas posturas descriptivas. Al final, se sugiere que las descripciones aisladas, ya sea en el campo neurocientífico, o en el campo filosófico, han llevado a un callejón sin salida, cuyo efecto es la aseveración de que la libertad del comportamiento humano es una ilusión, y el libre albedrío, un gran misterio [6]. En conclusión, se presentan tres ajustes al debate para que éste no sólo sea inteligible en el ámbito jurídico [7], sino también provechoso para el uso de los avances del neuroderecho (*neurolaw*), circunscribiéndolo [8].

---

[1] U.S. Supreme Court, *Chas. C. Steward Mach. C. vs. Davis*, 301 U.S. 548 (1937).

[2] Hart, 1958; Ross, 1975; Santiago Nino, 1980.

[3] *Vid.* el item 6 de este estudio y también: *Entertainment Software Ass'n. vs. Blagojevich,* 404 F. Supp. 2d 1051 (N.D. Ill. 2005) (caso «videojuegos violentos»); *Fini vs. General Motors Corp,* núm. 227592, 2003 Mich. App. Lexis 884 (Mich. Ct. App. Apr. 8 2003) (caso «daños cerebrales después de un accidente y su indemnización»); *People vs. Weinstein,* 591 N.Y.S.2d 715 (N.Y. Sup. Ct. 1992) (caso «deformación cerebral y acto violento»); *People vs. Goldstein,* 786 N.Y.S.2d 428 (N.Y. Sup. Ct. 2004) (caso «enfermedad mental de un agente que ha empujado a una mujer a los rieles del metro causando su muerte»).

[4] Kershaw, 2002; Gazzaniga; Steven, 2005; Liptak, 2005; Lane, 2005; Overbye, 2007; Rosen, 2007; Saul, 2008; Hotz, 2009; Liptak, 2010; Eagleman, 2011.

[5] fMRI o funcional MRI (*Functional Magnetic Resonance Imaging*), por ejemplo, se hizo recurrente en casos que involucran la pena de muerte. Goodenough; Prehn, 2004; Chorvat; Maccabe, 2004; Sinnot-Armstrong; Roskies; Brown; Murphy, 2008.

[6] Schauer, 2010a.

1. ¿PERSONAS COMO ORDENADORES?

Cuando enciendo mi ordenador cada pieza que lo compone desempeña una función. Él contiene muchos componentes y cada uno de ellos cumple una determinada tarea. En el supuesto caso de que alguno de estos componentes no esté funcionando perfectamente, mi ordenador no podrá desarrollar bien lo que yo espero al ejecutar un programa. Siendo así, al encender mi ordenador y no obtener ninguna respuesta, apenas se constata que la situación de frustración en relación a la imposibilidad de su uso era inevitable por las insuficientes condiciones físicas de la máquina.

Con el término «determinismo» se designa la tesis según la cual todo evento es provocado por eventos anteriores, considerando que ellos están regidos por las leyes de la naturaleza [7]. Se dice, asimismo, que un hecho está causalmente regido por los hechos anteriores, así como por las leyes de la naturaleza, cuando esos acontecimientos no pueden dejar de ocurrir sin violar leyes físicas o sin que hechos anteriores diferentes hayan ocurrido.

Sin embargo, a pesar de que esta afirmación sea relativamente simple, la noción de causalidad se ha expandido en los últimos años con el objetivo de alcanzar fenómenos relativos a la propia formación fisiológica de los seres humanos y a sus causas psíquicas. Esto se debe al hecho de que la ciencia contemporánea reconoce la existencia de factores intrínsecos a la mente humana y a la herencia genética, como también al medio ambiente, que pueden influenciar en la manera de reacción del ser humano [8]. A partir de la exacerbación de estas afirmaciones, dos argumentos empezarán a ser más frecuentes: el argumento de 1) «la causalidad a distancia» y el argumento de 2) «la inevitabilidad» [9].

Conforme al argumento de la «causalidad a distancia» la acción de los agentes es sólo un reflejo de condicionamientos genéticos (determinismo genético). Se sostiene así que las acciones humanas son tan libres como la acción de un ordenador que cumple las especificaciones de «fábrica», es decir, las mismas provienen de programaciones biológicas que pueden presentar defectos y son previsibles [10].

Según el argumento de la «inevitabilidad», los seres humanos son considerados meramente como seres reactivos en términos de sus capacidades psíquicas (determinismo psicológico). Siendo así, un cleptómano reacciona de acuerdo con su situación peculiar, que le impulsa a hurtar; quien sufre de una compulsión psicológica intrusiva realiza repetidas veces el mismo acto; el niño maltratado apenas puede volverse un agente peligroso al llegar a ser adulto; y en ninguno de esos casos tiene mucho sentido considerar libre la reacción, de modo que ellos apenas hacen lo que pueden hacer [11].

Como es posible notar, la noción de determinismo parece poner en duda la libertad humana y, en último análisis, la propia utilidad de las normas. Esto se debe a que, como los seres humanos hacen parte del mundo natural, siempre se podrá preguntar: si todos los fenómenos ocurren necesariamente, ¿será que hay algún margen para ac-

---

[7] WEATHERFORD, 2005.
[8] NINO, 1980: 367-368; SOBER, 2004: 67-74.
[9] *Ibid.,* 368-369.
[10] SOBER, 2004: 73-74.
[11] *Ibid.,* 74; FERRAZ Jr., 1980: 99-105.

ciones libres? ¿Los seres humanos son esclavos del determinismo? ¿Esto significa que no existe libertad (posible)?

Estas cuestiones están lejos de ser nuevas, asimismo, continúan despertando perplejidad. El porqué de ellas, sencillamente, parece derivar de que los hombres no pueden ser libres [12].

Estas son las dos proposiciones relacionadas en el debate:

(PD) Proposición Determinista: «Todas las acciones tienen causas que las determinan».

(PL) Proposición de la Libertad: «Hay al menos algunas acciones para las que somos libres».

A partir de estas proposiciones, dos tipos de teorías buscan contestar al problema de la libertad: *a)* el incompatibilismo, y *b)* el compatibilismo. Por un lado, los incompatibilistas defienden que el enunciado «Todas las acciones poseen causas que las determinan» es inconciliable con el enunciado «Hay al menos algunas acciones para las que somos libres»; por otro lado, los compatibilistas afirman que los mismos enunciados son conciliables e intentan defender esta tesis.

Según la proposición elemental del incompatibilismo, los enunciados PD y PL son inconciliables, de modo que ambos son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos. Sin embargo, los teóricos incompatibilistas no forman una única línea de pensamiento con respecto a las consecuencias de aceptar esa imposibilidad de convivencia [13]. De ahí la diferencia entre:

(1) Teóricos incompatibilistas «radicales» (*hard determinism*); y
(2) Teóricos incompatibilistas «liberales» [14].

Para los «incompatibilistas radicales» (1), de la verdad de la primera proposición se deriva que carecemos de cualquier libertad. Por tanto, ellos son llamados *«hard determinists»* porque aunque eso sea difícil de aceptar, la verdad es que la libertad es una ilusión resultante de una equivocada proyección subjetiva humana; el hombre no está, realmente, dotado de ninguna voluntad libre porque sus decisiones están determinadas. Es decir, que:

Si PD, entonces no-PL

PD

Por tanto, no-PL

En cambio, para el «liberalismo» (2) es el segundo enunciado, PL, que es verdadero. En estos términos:

Si PD, entonces no-PL

PL

Por tanto, no-PD

[12] De Caro, 1998: 167-195.
[13] Kane, 1996; O'Connor, 2000.
[14] Uso el término de forma restrictiva al contexto de este trabajo y sin ninguna connotación propia de la filosofía política.

La tesis central del liberalismo es que sólo es posible que haya libertad en un ambiente indeterminista [15]. Según entienden sus defensores, ese ambiente indeterminista se encuentra en alguna parte de nuestra construcción cerebral que posibilita voluntades y acciones autoformadas, las *SFA's (self-forming actions)* [16]. Dichas voluntades y acciones autoformadas son las que constituyen nuestro carácter y motivos, convirtiéndonos en lo que somos [17].

Apartándose de estos contrastes, lo que más importa es que ambas formulaciones «incompatibilistas» poseen en común la concordancia con la afirmación de ser inconciliables PD y PL. Porque ser «incompatibilista» es defender la tesis de la imposible convivencia entre la «libertad» y el «determinismo». Asimismo, mientras el «incompatibilismo radical» afirma esta incompatibilidad para negar la libertad, el «liberalismo» afirma esta incompatibilidad para negar el propio determinismo en nuestras decisiones.

El problema es que si la libertad y el determinismo parecen ser incompatibles, lo mismo puede decirse con respecto al binomio libertad/indeterminismo. Porque decir que las decisiones tomadas por nuestro cerebro son consecuencias de eventos indeterminados es lo mismo que decir que la libertad afirmada y nuestros objetivos se fundan en una falta de control sobre nuestras decisiones y acciones o está constituida por efectos aleatorios, de modo que nuestras elecciones serían seleccionadas, al fin, sin relación con objetivos u opiniones. En otras palabras, «si la elección carece de causas se convierte en un acto irracional» [18]. En este sentido, el proverbio «el enemigo de mi enemigo es mi amigo» no es verdadero en todas las situaciones.

Como se desprende de lo dicho, contra el incompatibilismo, y como salida para el indeterminismo, se ha defendido la tesis de que el determinismo no excluye el enunciado de la libertad. Esta tesis es designada «compatibilismo» (*compatibilism*). Para el compatibilismo, a pesar de que el enunciado PD sea verdadero (es decir, aunque todas las acciones estén determinadas causalmente) nada impide que seamos libres: es decir, también PL puede ser un enunciado verdadero [19]. Por tanto, según el compatibilismo, la proposición determinista y la proposición de la libertad son ambas verdaderas.

Esto significa que el determinismo es verdadero, pero podemos actuar con libertad; las acciones humanas son libres y al mismo tiempo causalmente determinadas. Para el compatibilismo la libertad no exige la falsedad del determinismo causal. Y afirma esto, en último análisis, señalando que el choque entre la libertad y el determinismo es sólo aparente. Para poder explicarlo, los compatibilistas afirman que se debe indagar «lo que se entiende por libertad» [20]. Es decir, ellos no se atreven a negar la verdad del enunciado PD y la importancia de la comprensión de la causalidad física, psicológica o genética. Lo que hay que destacar es el refinamiento del segundo enunciado, refinamiento del enunciado PL. Procediendo así, el compatibilismo no sólo niega el incompatibilismo en todas sus formas, sea en la forma del «liberalismo», sea en la forma del *hard determinism,* sino que también asume la tarea de comprobar aquello que afirma.

---

[15] Wolf, 1981: 386-390.
[16] Kane, 1996: 14 y ss.
[17] Nichols, 2004: 473-502.
[18] Moya, 1997: 59.
[19] Davidson, 1995: 85-106; Lewis, 1982: 113-121; Wolf, 1981: 386-405.
[20] Nino, 1980: 373-374.

2. CONCEPTO DE «SER» LIBRE

Sobre la base de los problemas anteriormente citados, conforme se ha referido, la estrategia compatibilista consiste en proponer una reformulación del enunciado de la libertad para que evidencie los engaños del incompatibilismo. A partir de ahora, expondré esta estrategia a través de la explicitación de dos condiciones frecuentemente presentadas por los compatibilistas como «las condiciones de la libertad»:

a) la condición de la «autodeterminación» del agente; y
b) la condición de «alternativas» o de las «posibilidades empíricas de elegir».

2.1. La condición de la autodeterminación del agente

Todos los días realizamos una serie de previsiones sobre lo que va a ocurrir basándonos en la experiencia: al colocar algunas cucharadas de azúcar en el café, éste se «endulza»; al proyectar nuestras piernas hacia adelante entramos en «movimiento»; al beber agua «satisfacemos» nuestra sed, etc.; la implicación obvia de esas experiencias es la de confiar en que algo funcione o funcionará como ya ocurrió en el pasado y apoyamos esa impresión en la noción que generalmente poseemos sobre la causalidad. Otro ejemplo es el control a través de reprimendas a algunos comportamientos, como también los elogios dirigidos a las conductas aprobadas en el derecho [21]. Creemos que ellos tienen alguna utilidad porque les atribuimos alguna eficiencia en términos de provocar cambios en el mundo.

Con el objetivo de explicar todo esto salvaguardando el campo de la libertad, los compatibilistas sustentan la exigencia de la autonomía (o capacidad de autodeterminación del individuo) como primera condición para definir a alguien como libre. Según esta exigencia, el agente actúa libremente sólo cuando sus acciones no están determinadas exclusivamente por factores ajenos a su voluntad, sean estos factores genéticos o fisiológicos de alguna naturaleza.

Así, para H. FRANKFURT, la cuestión de la autodeterminación se resuelve mediante una jerarquía de voluntad. Su construcción es compatibilista porque entiende que su teoría posibilita identificar una voluntad libre que tiene sentido delante del determinismo [22].

La diferencia entre los seres humanos y los demás mamíferos (FRANKFURT los denomina «mamíferos inferiores») es que los seres humanos son capaces de tener deseos sobre deseos (o metapreferencias) [23]. A esos estados mentales complejos FRANKFURT los llama «deseos de segundo orden». Por ejemplo, todos los días yo deseo comer tortillas de patatas. Este es mi deseo de primer orden. Aunque eso sea verdad, yo también deseo no tener el deseo de comer tortillas de patatas todos los días porque comiendo tortillas de patatas todos los días estoy engordando. El segundo deseo puede ser tra-

[21] KELSEN, 1957: 231; BOBBIO, 1977: 33-42.
[22] FRANKFURT, 1971: 9-10.
[23] Para un enfoque que incluye el factor tiempo en el análisis («plan de vida», «deseos» e «intereses») de las metapreferencias, BAYON, 1991: cap. 4.

ducido en «yo no quiero desear comer tortillas de patatas o tantas tortillas de patatas todos los días».

Según FRANKFURT, los animales menos sofisticados que los seres humanos pueden tener deseos de primer orden, pero no deseos de segundo orden. Un perro puede desear comer carne, y, por tanto, es capaz de sentir deseos de primer orden. Sin embargo, él, el perro, no es capaz de desear no comer carne todos los días. Él no es capaz de tener deseos de segundo orden, de reflexionar con respecto al deseo inicial y negarlos, si es ese el caso[24].

Los deseos de segundo orden, pueden asumir versiones distintas[25]:

1. La primera de ellas es no querer tener el deseo que se tuvo inicialmente. Aquí tenemos otra vez el ejemplo de las tortillas de patatas.
2. La segunda es querer adquirir el deseo que no se tiene. Piénsese en esta situación. Yo no tengo el deseo de comer comida saludable todos los días, pero me gustaría tener este deseo.
3. La tercera es la de que los deseos de primer orden están en conflicto con otro deseo de primer orden. Yo quiero adelgazar y al mismo tiempo quiero comer tortillas de patatas. El deseo de segundo orden en este escenario es que yo quiero que el deseo de adelgazar prevalezca sobre el deseo de comer tortillas todos los días porque entiendo que el deseo de comer tortillas todos los días es un deseo malo debido al hecho de que yo quiero adelgazar.

Según FRANKFURT, los seres humanos son capaces de pensar sobre sus deseos y reflexionar sobre lo que les gustaría continuar deseando o no; y, eso, porque son seres que actúan conforme a razones o motivos. Por tanto, siempre que los seres humanos actúan conforme a sus deseos de segundo orden, ellos están actuando con libertad[26]. En este sentido, ni los adictos a una determinada droga y los agentes mentalmente perturbados, ni aquellos que tienen la compulsión de lavarse las manos hasta llegar al hueso, son libres porque no tienen la capacidad de tener deseos de segundo orden. Aunque ellos tengan el deseo de no desear usar drogas, en tanto que ese deseo no prevalezca ellos no estarán siendo libres. En síntesis, la libertad para FRANKFURT es la voluntad que es eficaz en producir comportamiento, de modo que cuando el agente manifiesta eficazmente la voluntad que desea, la voluntad como él quiere, él tiene voluntad libre, él tiene libertad, él tiene *free will*[27].

Así, para FRANKFURT, los niños, las personas con problemas mentales o, inclusive, las personas con compulsiones (como la cleptomanía) no son autónomas y, siendo así, no son libres, porque aunque puedan tener deseos de primer orden no están en condiciones de tener metapreferencias o deseos eficaces de segundo orden. Esos agentes viven en un mundo sin capacidad autorreflexiva y, por tanto, sólo tienen deseos determinados.

---

[24] FRANKFURT, 1971: 10-11.

[25] *Ibid.,* 17-18.

[26] H. FRANKFURT ha cambiado un poco este punto en trabajos posteriores. Sin embargo, no afecta a los fines de nuestra empresa. *Vid.* FRANKFURT, 1991: 102, 105-107.

[27] *Ibid.,* 20.

2.2. La condición de alternativas o de las posibilidades empíricas de elegir

Aunque se acepte el abordaje compatibilista descrito en el punto anterior, éste, propiamente, explica sólo la acción libre bajo el aspecto de la «libertad de decisión». Y esta libertad es reconocida o no a través de una lectura negativa: en caso que exista cualquier interferencia que, por sí sola, sea la causa de la decisión, el agente no será libre. Entretanto, la ausencia de constricciones no es suficiente para probar la libertad del agente; y no es suficiente porque el agente en cuestión bien puede no encontrar «condiciones para hacer lo que elige» («condición de alternativas»). Es decir, hasta aquí hemos tratado la «libertad de decisión», pero no la «libertad de acción». Por tanto, nada se ha dicho al respeto del problema de la eficacia causal de la voluntad manifestada [28].

Por «libertad de acción» se puede entender la posibilidad de hacer lo que se quiere hacer. En otros términos, tener libertad de acción es poder llevar las preferencias y metapreferencias a la acción.

Dos ejemplos pueden ilustrar la diferencia entre esas condiciones de la libertad:

1. La condición de decisión está satisfecha, pero no la condición de acción: Un ejemplo evidente de la condición «de decisión» sin la condición «de acción» es la situación del coche averiado del hombre perezoso. Imaginemos que «José Perezoso» sale para comprar el pan manejando su coche y que la panadería donde compra su pan se encuentre en la misma cuadra donde él reside, de tal modo que para ir a la panadería apenas precisa salir con su coche y siempre girar a la derecha. Imaginemos ahora que el coche de «José Perezoso» tenga un grave defecto, de modo que sólo es posible que gire a la derecha. E imaginemos también que «José Perezoso» siempre giró a la derecha durante todo el tiempo en que manejó su coche, aunque tuviera la condición de decidir maniobrar a la izquierda;
2. Condición de acción sin condición de decisión: Al mismo tiempo, la situación de condición «de acción» sin condición «de decisión» puede ser imaginada cuando reflexionamos sobre la situación de aquel que, por sufrir de sonambulismo [29], anda de un lado hacia el otro mientras duerme. Aun realizando movimientos, éstos no son propiamente voluntarios.

Siendo así, la «acción libre» parece depender de dos factores:

a) De que no existan impedimentos u obstáculos que imposibiliten al agente de realizar lo que quiere.
b) De que pueda decidir realizar o no realizar algo, en atención a la propia voluntad no contaminada, por factores que impidan la acción física del agente.

Se concluye, de esta forma, que la «libertad» depende de la inexistencia de «imposiciones que interfieran con la decisión» y de «imposiciones que interfieran con la acción» [30]. Según esta noción, pensar en un concepto de libertad sin decisión es pensar

[28] O'Connor, 1993a: 49-52.
[29] Saul, 2008.
[30] Kahane, 1983: 245-373.

en algo «sin sentido»; y pensar en un concepto de libertad sin acción es pensar en algo «vacío».

3. EL MISTERIO DE LA LIBERTAD

En atención a las condiciones anteriores, se plantearon objeciones incompatibilistas. Objeciones en las cuales se apoyaron algunos autores para hablar de un «misterio de la libertad», misterio que a menudo ha generado posturas escépticas con relación al problema mencionado.

3.1. Primera objeción

Como primera objeción específica, se ha afirmado que aunque se acepte la condición de autodeterminación como una de las condiciones para que alguien sea libre, esta condición dice poco. Y dice poco porque siempre se podrá insistir que aun las decisiones «libres» conforme a la «condición de autodeterminación» están determinadas por influjos cerebrales «en el agente» que operan conforme a las reacciones químico-físicas cuando éste delibera.

En este contexto, las tesis del «determinismo psicológico» y del «determinismo genético» resultan preocupantes. Porque considerada la tesis del determinismo psicológico, nuestro comportamiento es, de un modo u otro, psicológicamente compulsivo; y, según la tesis del determinismo genético, hacemos lo que nuestra construcción genética nos permite. Esto es, se puede decir que esa «voluntad relevante» está enteramente determinada. De esta forma, no habría real «voluntad libre». Esto significaría que no sólo hay determinación de la voluntad en las situaciones patológicas, sino también en las de «normalidad».

Además, como hemos analizado, si la propuesta de FRANKFURT es que las personas actúan libremente cuando los deseos de segundo orden se relacionan de manera específica con los deseos de primer orden, esto significa que la verdadera libertad consiste en si se pueden alterar los deseos de primer orden reflexionando sobre esos deseos. El problema de esta formulación —dicen los incompatibilistas— es que se puede también preguntar por qué en su «metapreferencia» el agente es libre.

Considerando esta insistencia, un camino probable pasa a ser el de reconocer que pensar sobre la libertad es una pérdida de tiempo, al menos, una empresa que, por estar destinada al fracaso, no presenta muchas ventajas (cuando nos ocupamos de ella).

Th. NAGEL, por ejemplo, asume esta posición. Para NAGEL,

> [...] existen diversas posibles soluciones [para el problema de la determinación de la libertad] y no sabemos cuál es la correcta. Este es un caso en el cual, en el transcurso de una amplia discusión pública sobre el tema, nadie propuso ninguna cosa increíble [31].

Además, NAGEL no está solo en este punto. Es conocida la defensa de P. VAN INWAGEN según la cual la libertad es un «misterio sin solución» [32]. De ahí, pasa a afirmar que

[31] NAGEL, 1996: 163.
[32] VAN INWAGEN, 1983: 174.

> [...] por considerar imposible encontrar una solución a este problema, es interesante la sugerencia recientemente formulada por N. Chomsky [...]. Según Chomsky, en nuestra biología, en la forma con la cual el pensamiento fue «instalado» en nuestros cerebros, existe alguna cosa que hace que para nosotros, los seres humanos, sea imposible resolver el misterio de la libertad [33].

Para apoyar sus conclusiones VAN INWAGEN no esconde referencias a las ideas de C. MACGINN, autor que, como CHOMSKY, señaló que «el libre albedrío es un misterio y en eso consiste su posibilidad» [34]. Es decir, lo que está detrás de estas posturas encuentra su razón de ser en la consideración del plan interno o mental de las decisiones.

En ese paso, la formulación de MACGINN es relativamente sencilla. Para MACGINN, cuando un agente quiere comer alguna cosa y ve una manzana sobre la mesa, la coge para comérsela. Este es un ejemplo típico de causalidad mental. Sin embargo, en esta decisión, mejor dicho, en la trayectoria de esta causalidad mental, ¿existe algún espacio para la libertad? Según MACGINN, no. De esta manera, tanto los incompatibilistas «liberales» como los «compatibilistas» no habrían resuelto la cuestión satisfactoriamente: todas esas construcciones fallan teniendo en cuenta que la causalidad mental —que es según MACGINN el real lugar de discusión de la libertad— es irreductible a la causalidad física y, por tanto, no puede ser tratada como una «causa externa de constricción». Siendo así, siempre según MACGINN, un modelo explicativo de la causalidad mental que quiera ser suficiente al explicar las acciones no compulsivas debe abordar el problema del control que el agente tiene sobre sus propias acciones y de la posibilidad de decidir diversamente frente a las opciones que le son presentadas [35].

3.2. Segunda objeción

Como segunda objeción específica se puede decir que la condición de las posibilidades alternativas de elección es cuestionable. En este punto se puede traer a colación el ejemplo de la «habitación cerrada» de LOCKE.

LOCKE, en el § 10 del capítulo XXI titulado «Del poder», en sus *Ensayos sobre el entendimiento humano*, pregunta si podemos dudar de la libertad de un agente que, en un sueño profundo, es conducido hasta una habitación donde se encuentra una persona que él deseaba mucho ver [36]. LOCKE cuestiona si podemos considerar libre al agente si suponemos que éste al despertarse y al ver a dicha persona se pusiera tan feliz que resolviese quedarse conversando con ella. La respuesta de LOCKE es que el agente continúa siendo libre, aunque la puerta cerrada sea un obstáculo real a la opción alternativa. Según LOCKE, dado que la decisión del agente habría sido la de quedarse, poco importa si él desconoce o no que ésta era su única opción: porque apenas hay un límite para la libertad si se anula el ejercicio del poder de actuar, lo que no ocurre en este caso.

Ya sabemos que el determinismo causal supone cierta comprensión de «cómo» algunas cosas ocurren en el mundo físico, es decir, partimos de la comprensión según

---

[33] CHOMSKY, 1975: 174-175.
[34] MACGINN, 1999: 168.
[35] *Ibid.,* 167-168.
[36] LOCKE, 2000: cap. XXI.

la cual el mundo físico está causalmente regulado por acontecimientos precedentes y sucesivos, condicionados por los acontecimientos precedentes. Siendo así, el cuerpo humano está sometido a este dato elemental: cuando muevo la pierna hacia delante este movimiento está determinado por causas físicas que posibilitan el movimiento entre las cuales, algunas de las cuales las puedo inclusive desconocer. Pero si esto es correcto en todas las situaciones, algo suena raro. Por ejemplo, cuando tengo hambre, mi impulso es el de alimentarme. Entretanto, puedo negar este impulso y quedarme con hambre, de manera que al pasar por una tienda de frutas no cojo el alimento y simplemente resuelvo la cuestión de mi hambre, porque sé que esto sería hurtar. Así, es cierto que hay algo de físico y determinado (el movimiento de mis piernas y de mis brazos al andar), pero también existe algo que, al menos, creemos que escapa a las leyes del mundo físico, es decir (manteniendo el ejemplo), el hecho de negarme a hurtar. Mejor dicho, es exactamente esta percepción que compone tan expresivamente el simbolismo de la «huelga de hambre»: decido a cada momento que no comeré, a pesar de que esto le esté haciendo mal a mi cuerpo y, en último análisis, que esta actitud pueda matarme.

Se tiene, por consiguiente, la percepción según la cual si lo mental fuese reducido sólo a lo físico, yo estaría completamente determinado por la causalidad física y, por consiguiente, no podría actuar sino conforme a las relaciones causales físicas implicadas. Y esas consideraciones parecen incomodar en la medida en que se advierte la presencia de partes de nuestro cuerpo físico las cuales parecen depender de una decisión nuestra (como mis pasos) y otras que son independientes de ella (el funcionamiento de mis riñones). Pero si parto de la noción de que la mente y el cuerpo son distintos, como parece ser inevitable para hacer el enunciado «Soy libre para hacer lo que quiero» verdadero o plausible, preciso admitir que lo mental está regido por leyes propias, y esto significa que no todo mi cuerpo está causalmente determinado. El problema es que, siendo así, estoy asumiendo dos explicaciones como correctas, aunque sean excluyentes en la explicación de un mismo fenómeno: mi acción (la acción humana en general) se encuentra regida por dos series causales, una física y otra mental, como si hubiese una «mente desencarnada». Y en esto se resume el «misterio de la libertad»: la opción mental no es una solución si yo estuviera condicionado a ella como lo estoy en mi vida física. Pero si mi vida mental no estuviese regida por la causalidad, ¿qué la regiría?

4. APENAS UNA ILUSIÓN

Ante todos los obstáculos evidenciados, cabe preguntarse cuál es la solución para el problema de la libertad. Porque, si por un lado comprender la libertad en su relación última con los impulsos mentales parece llevarnos a un callejón sin salida, por otro lado admitir que no somos libres parece resultar en la aceptación de la irresponsabilidad individual y de la ineficiencia de las normas como instrumentos de control social[37].

[37] Esta percepción, de cualquier modo, según entendemos, es falsa. Aunque este no sea el objeto de este estudio (dado que este aspecto se relaciona más con el proyecto «normativo» mencionado en la introducción que con el «substancial»), se puede resolver este punto asumiendo una posición justificativa consecuencialista del castigo en lugar de la retribucionista. Como se sabe, el «retribucionismo» se basa en la idea de que el agente debe ser sancionado porque «merece serlo» y en la medida en que lo merezca; el «consecuencialismo»

Frente a esta situación, algunos autores han utilizado el vocablo «ilusión» y han dicho que hay una «función social de la ilusión de la libertad» o de la «aceptación de que somos libres sin más amplias indagaciones».

Así, para S. SMILANSKY, por «ilusiones» se debe entender el posicionamiento frecuentemente asumido como lo necesario para que nosotros seamos libres. La «ayuda de esta ilusión» se sitúa en la propia función que desempeña; y por ser muy importante en términos de organización social, la misma debe ser mantenida [38]. Porque creer en la ilusión de las decisiones libres, en términos básicos, posibilita que las personas asuman sus actos sintiéndolos como propios y con eso puedan sentir remordimientos [39].

La humanidad, dice SMILANSKY, afortunadamente se decidió por esta ilusión y fue por esta decisión que la civilización pudo avanzar con la moral y los valores personales de cada uno. Por ello, afirma que la ilusión de la libertad está compuesta, por un lado, por la conclusión falsa de la libertad; y, por otro lado, por la necesidad de mantener esta percepción falsa de las cosas [40].

La ilusión a la que se refiere SMILANSKY atiende a una necesidad práctica: la necesidad de reprimir, de aprender y de que, con esto, podamos ser felices gobernados por parámetros que nosotros mismos establecemos socialmente. Pero esto no significa que esta ilusión iguale la voluntad contaminada con la no contaminada. Forma parte de esta ilusión la idea de que en las situaciones en que el agente actúa sufriendo alguna contaminación en su voluntad, ésta debe encontrar menos reprimenda que si tal contaminación no existiera. En ese sentido, en la mayoría de los casos, esta ilusión es positiva, teniendo en cuenta que la «ilusión de la libertad» posibilita alguna percepción colectiva [41].

En resumen, SMILANSKY encuentra la respuesta de la necesidad a los problemas del debate entre los incompatibilistas y los compatibilistas. Para SMILANSKY, hay buenas razones psicológicas y filosóficas para la ilusión: la ilusión es la condición humana.

5. MI CEREBRO ME HIZO HACER ESO

Unas de las afirmaciones sólidas en la literatura sobre el cerebro es que nosotros somos nuestro cerebro o, al menos, cuando nuestro cerebro sufre alguna alteración hay registros de «alteración en nuestro yo» [42]. Esto no ocurre, por ejemplo, cuando

---

se basa en la idea, más utilitarista, según la cual el agente debe ser castigado para «beneficio del grupo o la sociedad» de modo que los agentes potencialmente peligrosos podrían ser «detenidos para evitar más crímenes». Siendo así, aunque bajo el primer punto de vista un agente completamente determinado no «merecería la pena» nada impide que asumiendo el segundo modelo sea sancionado para «beneficio del grupo». El aspecto clave es la percepción de la libertad que está en juego (agradezco al grupo de investigadores de la Universidad de Alicante por solicitar esta aclaración, la cual dio origen a este párrafo). Para este punto, *vid.* NINO, 1987: 106-108.

[38] SMILANSKY, 2000a: 169-170.

[39] SMILANSKY, 2000b: 88-94.

[40] SMILANSKY, 2000a: 170-171.

[41] *Ibid.,* 204-205.

[42] Uno de los casos frecuentemente referidos para demostrar esta relación ha sido ampliamente divulgado en el año 2002. Un hombre de 40 años de edad, profesor de escuela, comienza a visitar sitios web de pornografía infantil. Amigos y familiares se extrañaron su comportamiento y después de un examen y una investigación

sufrimos alguna lesión en nuestro brazo o pierna o, inclusive, en la espalda. Pero cuando partes de nuestra cabeza quedan afectadas perdemos la capacidad de hablar, de expresar emociones, de ver, en fin, de realizar actividades comunes.

5.1. *State of Utah vs. Tomas R. Herrera*

Pocos minutos después de la medianoche del día 6 de junio de 1991, Tomas R. Herrera entró en la casa de su ex-novia Claudia Martínez [43], se dirigió a su habitación y, después de estrangularla, le disparó en la cabeza dos veces, provocándole la muerte. Al salir de la habitación, Herrera se encontró con la madre de Claudia, Rosa, en la sala. Rosa, notando lo ocurrido, intentó escapar yendo a la habitación de su hijo Reuben. Herrera la persiguió y, una vez dentro de la habitación de Reuben, le disparó causándole lesiones no fatales. Se dirigió también a Reuben y le disparó errando el blanco. Lo intentó algunas veces más, pero se quedo sin munición.

Avisada por los vecinos, llegó la policía y detuvo a Herrera, leyéndole sus derechos. Herrera le contó a la policía que estaba conduciendo su coche cerca de la residencia de Claudia cuando perdió el control sobre sí mismo y decidió matarla; admitió haberlo hecho y haber atentado contra la vida de Rosa y Reuben. El Estado de Utah ejerció una acción penal contra Herrera acusándolo de homicidio y de doble atentado a la vida.

El Dr. Breck Lebegue, especialista forense, fue llamado para examinar el estado mental de Herrera en el momento de los disparos. Basándose en el examen realizado, el Dr. Breck Lebegue concluyó que Herrera sufría del Síndrome de Capgrass [44]. Conforme a su opinión, cuando Herrera mató a Claudia «él creía que estaba matando a alguien que no era un ser humano» [45]. Según Herrera la mafia capturó a su ex-novia y colocó en su lugar a una impostora.

También conforme a la opinión del Dr. Breck cuando Herrera atentó contra la vida de Rosa y Reuben, él sabía que estaba atentando contra la vida de seres humanos.

Herrera fue condenado por el atentado a la vida de Rosa y Reuben y considerado mentalmente enfermo en cuanto a la acusación de matar a Claudia.

---

al respecto sobre los fuertes dolores de cabeza que sentía fue detectado por el fMRI un tumor casi del tamaño de un pequeño huevo en su lóbulo frontal. Después de una operación que retiró el tumor, sus impulsos de visitar los sitios web de pornografía infantil cesaron. Meses después vuelve a sentir impulsos pedofílicos y fuertes dolores de cabeza. Los exámenes realizados identifican que un nuevo tumor había crecido en el lugar del antiguo. Esta fue la primera vez que relacionaron los problemas en el cerebro con el comportamiento pedofílico. BURNS; SWERDLOW, 2003; TOST; VOLLMERT; BRASSEN; SCHMITT; DRESSING; BRAUS, 2004; SCHIFFER; PESCHEL; PAUL; GIZEWSKI; FORSTING; LEYGRAF; SCHEDLOWSKI; KRUEGER, 2007.

[43] Supreme Court of State of Utah, *Plaintiff and Appellee vs. Tomas R. Herrera*, Defendant and Appellant, No. 980145, FILED June 29, 1999.

[44] El Síndrome de Capgrass fue descrito por primera vez por Joseph Capgrass, psiquiatra francés, en 1923 al estudiar una paciente que continuamente sostenía que «dobles» habían tomado el lugar de su marido y otros conocidos. Una característica de este síndrome es el no reconocimiento de personas, lugares u objetos como «reales», pudiéndose manifestar de forma leve o muy grave. En casos graves las personas son consideradas como «impostoras», «alienígenas» o «robots». Este síndrome se relaciona con sucesos de lesiones cerebrales comunes en accidentes que afectan a la cabeza. ELLIS; LEWIS, 2001.

[45] Supreme Court of State of Utah, *Plaintiff and Appellee vs. Tomas R. Herrera*, Defendant and Appellant., No. 980145, FILED June 29, 1999.

La defensa de Herrera argumentó para el recurso que teniendo en cuenta que se ha considerado enfermo a Herrera y, por tanto, no pasible de encarcelamiento por la muerte de Claudia, se debería utilizar el mismo argumento para los atentados contra la vida de Rosa y Reuben, considerando que forman parte del mismo episodio de crisis. Este argumento fue rechazado por el juez dado que, según la opinión del especialista, distinguir víctimas no es incompatible con el síndrome, de modo que puede sufrir locura en cuanto a determinadas personas y no en cuanto a otras.

5.2. *People State New York vs. Herbert Weinstein*

«Yo no hice eso, fue mi cerebro» es la síntesis de una defensa paradójica según la cual los defectos en el cerebro —demostrados por fMRI (Resonancias Magnéticas Funcionales)— sugieren el origen del acto violento[46].

En lo referente al caso *People State New York vs. Herbert Weinstein*[47], de 1992, el abogado de 65 años de edad Herbert Weinstein fue acusado de asesinato. Conforme a la acusación, Weinstein mató a su mujer, Bárbara, por estrangulamiento, y para encubrir el crimen, fingió un suicidio arrojándola desde el 12.º piso del apartamento en el que vivían en Manhattan.

Con el objetivo de apoyar la defensa, se anexaron los escáneres del cerebro de Weinstein (PET - Positron Emission Tomography). El propósito de las imágenes era el de posibilitar que neurólogos y psiquiatras estudiasen las funciones metabólicas del cerebro de Weinstein en sus varias regiones. La defensa de Weinstein afirmó que él tenía lesiones en el lóbulo frontal del cerebro causado por un quiste aracnoideo, de modo que, según los especialistas, su presencia se encontraría exactamente en la parte del cerebro que controla todo el pensamiento y el comportamiento voluntario[48].

La acusación arguyó que la prueba del quiste aracnoideo no debería ser admitida en el proceso. Conforme a la decisión del juez Richard Carruthers, bajo la regla de la admisibilidad de la prueba, podían mostrarse las imágenes del cerebro, pero no sería posible decirles a los jurados que éstas estarían indiscutiblemente relacionadas con

---

[46] Se registra el caso de Brian Dugan como el primero en utilizar esa técnica para efectos judiciales (antes de eso otra técnica ya había sido empleada para analizar la condición cerebral de John Hinckley Jr., cuando éste atentó contra la vida del presidente de los Estados Unidos, Ronald Reagan, para llamar la atención de la actriz Jodie Foster). Dugan fue sometido a un exhaustivo examen de resonancia magnética cerebral (fMRI) por más de 90 minutos, bajo la supervisión de Kent Kiehl, neurocientífico de la Universidad de Nuevo México. El propósito del examen era comprender cómo funcionaba el cerebro de Dugan y si era posible usar esos datos en el juicio. Dugan había sido condenado por estupro y asesinato de 3 personas. Jeanine Nicarico, de Illinois, fue su primera víctima. En el año 1983 Dugan la llevó a su coche y la violó en el asiento de atrás golpeándola hasta matarla. En el año 1984 mató a su segunda víctima, una enfermera. El crimen fue parecido al primero. Dugan la violó y la mató abandonando su cuerpo inerte poco después. El tercer crimen tuvo como víctima una niña de 7 años de edad que estaba andando en bicicleta. Dugan la violó y la mató, tirándola a la basura. HUGHES, 2010: 340-342.

[47] Supreme Court of New York, *People State New York vs. Herbert Weinstein,* October 8 (1992).

[48] El lóbulo frontal en los seres humanos es responsable del control de las llamadas funciones ejecutivas del cerebro. La habilidad de actuar racionalmente y de planear constituyen sus más importantes funciones. El lóbulo frontal, en otras palabras, es el área responsable del poder cognitivo humano. Según las evidencias disponibles, los daños al lóbulo frontal pueden generar efectos adversos en la capacidad de la persona de actuar racionalmente.

la violencia. Fundamentó su decisión invocando precedentes de *People vs. Stone*[49] y *People vs. Sugden*[50]. El especialista forense, Dr. Daniel Martell, por tanto, sólo declaró que la tecnología era nueva y prometedora en el análisis del comportamiento humano.

Conforme a lo expuesto por el especialista Daniel Martell, «las debilidades cognitivas son señales de disfunción en el lóbulo frontal». Según él, «los daños en el lóbulo frontal pueden presentar erosiones en la capacidad de juicio de la persona. Este es el aspecto generalmente aceptado como válido en el campo de la psiquiatría, psicología y neurología»[51]. Esas lesiones fueron provocadas por un quiste aracnoideo. Los quistes aracnoideos son sacos de líquido localizados entre las membranas que cubren el cerebro que forman una red parecida a una tela de araña, como el propio nombre sugiere. Los quistes aracnoideos son de naturaleza congénita, es decir, ya están presentes en el nacimiento.

Once días después del cierre de las consideraciones, el acusado fue condenado con una reducción de pena. A partir de este caso, la pericia de neurocientíficos es frecuente en otros procesos, sobre todo norteamericanos.

5.3. *Roper vs. Simmons*

Los niños pueden saber lo que es correcto y lo que no. Hay estudios que señalan que los niños de hasta seis años de edad saben que matar es incorrecto. Entretanto, dada la inmadurez de sus cerebros, los niños y los adolescentes tienen menor capacidad para controlar sus impulsos, para usar la razón como guía de comportamiento o, inclusive, para reflexionar con respecto a las posibles implicaciones de sus actos. Esta fue la conclusión del caso *Roper vs. Simmons*, según la cual condenar niños y adolescentes a muerte viola la Constitución norteamericana[52].

Con apenas diecisiete años de edad, Christopher Simmons planeó el asesinato de Shirley Crook conjuntamente con dos amigos: Charles Benjamin y John Tessmer. El plan era cometer un asalto y matar a la víctima arrojándola desde un puente. En el medio de la noche los tres se encontraron, pero John Tessmer desistió en el último instante. Simmons y Benjamin entraron en la casa de la víctima; robaron y cubriéndole la cabeza a Shirley y atándole las manos la arrojaron desde el puente.

En el juicio las pruebas en contra de Simmons fueron consideradas consistentes, inclusive contando con su confesión, habiéndose realizado una reconstrucción del crimen con la presencia del propio Simons y grabado en video para ser mostrada al Jurado. Después de deliberar, el Jurado retornó con el veredicto de pena de muerte, incluso habiendo tenido en cuenta las circunstancias atenuantes del caso. Simmons a partir de entonces aguardaría la fecha para su ejecución.

Sin embargo, en el año 2002, la Suprema Corte decidió el caso *Atkins vs. Virginia*, según el cual las personas con problemas mentales no podrían ser condenadas a la pena

---

[49] 35 N.Y. 2d 69 (1974).
[50] 35 N.Y. 2d 453 (1974).
[51] 35 N.Y. 2d 453 (1974).
[52] *Roper vs. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

de muerte. La defensa de Simmons, así, presentó una solicitud para que se considere el caso de adolescentes con el fin de extender la imposibilidad de la pena de muerte[53].

El 13 de octubre de 2004 la Suprema Corte retomó el caso *Simmons* y, aceptando la posición de especialistas, estableció, en su decisión, tres razones para impedir que jóvenes criminales sean incluidos entre los criminales pasibles de pena de muerte.

En primer lugar,

> [la] falta de madurez y un sentido de responsabilidad subdesarrollado se encuentra con más frecuencia en jóvenes que en adultos; y son más comprensibles entre los jóvenes. Estas cualidades muchas veces tienen como resultado acciones y decisiones impetuosas o irreflexivas[54].

La segunda área de diferencia es que los jóvenes son más vulnerables o susceptibles a influencias negativas y presiones externas, incluyendo la presión de los colegas[55].

> La [j]uventud es más que un hecho cronológico. Es un tiempo y una condición de vida, cuando una persona puede ser más susceptible a la influencia y a los daños psicológicos. Esto se explica en parte por la circunstancia predominante de que los jóvenes tienen menos control, o menos experiencia con el control, sobre su propio ambiente[56].

La tercera gran diferencia es que el carácter de un joven no está tan bien formado como el de un adulto. Los trazos de personalidad de los jóvenes son más transitorios, menos fijos. Esas diferencias hacen dudar de las conclusiones de que un joven se encaje entre los peores criminales; «...su conducta irresponsable no es tan moralmente reprobable como la de un adulto», decidió la Corte. Su propia vulnerabilidad y comparable falta de control sobre su entorno inmediato significa que «...los jóvenes merecen más perdón que los adultos por no escapar de las influencias negativas de su medio ambiente»[57].

En este sentido, en *Simmons* la Corte decidió que: *a)* las personas menores de 18 años son diferentes y esta diferencia resulta de un proceso cerebral en formación; *b)* puede haber excepciones a la afirmación presente en *a)*, pero nadie puede decir con certeza qué excepciones son esas, y *c)* respecto a la pena de muerte, la Corte establece un límite a su imposición a menores de dieciocho años de edad.

5.4. *Schwarzenegger vs. Entertainment Merchants Ass'n*

Recientemente, en el caso *Schwarzenegger vs. Entertainment Merchants Ass'n*, la Suprema Corte Norteamericana anuló una ley del Estado de California que prohibía la venta o alquiler a menores de videojuegos que hayan sido «catalogados como juegos violentos» (*California Civil Code,* Section 1746.1)[58]. La justificación de la ley califor-

---

[53] US Supreme Court, núm. 03-633, *Donald P. Roper vs. Christopher Simmons*, Brief for the American Psychological Association, and the Missouri Psychological Association as Amici Curiae: 1-30.

[54] Johnson, at 367, 125 L. Ed. 2d 290, 113 S. Ct. 2658; *vid.* también Eddings, at 115-116, 71 L. Ed. 2d 1, 102 S. Ct. 869.

[55] Eddings, at 115, 71 L. Ed. 2d 1, 102 S. Ct. 869.

[56] *Vid.* Steinberg & Scott, 58 Am. Psychologist 1009, 1014 (2003).

[57] Stanford, 492 U.S., at 395, 106 L. Ed. 2d 306, 109 S. Ct. 2969 (Brennan, J., dissenting).

[58] *Schwarzenegger vs. Entertainment Merchants Association*, 08-1448.

niana es la afirmación según la cual los videojuegos violentos pueden causar problemas psicológicos serios en menores de dieciocho años de edad.

El caso se inició el 7 de octubre de 2005, cuando el entonces gobernador del Estado de California, Arnold Schwarzenegger, firmó la ley *California Civil Code* §§ 1746-1746.5 que prohíbe el alquiler o la venta de juegos violentos a menores estableciendo una sanción de 1.000 dólares por su violación. Según la definición de la referida ley, un juego es violento cuando:

> [...] la gama de opciones disponibles para un jugador incluye asesinato, mutilación, desmembramiento o abuso sexual de la imagen de un ser humano, si esos actos están representados en el juego de una manera que realiza cualquiera de las siguientes condiciones:
>
> i) Una persona razonable, teniendo en cuenta el juego en su conjunto, encontraría apelaciones [*sic*] a un interés desviado o morboso de los menores.
>
> ii) Es claramente ofensivo a las normas vigentes en la comunidad en cuanto a lo apropiado para menores.
>
> iii) Hace que el juego, en su conjunto, carezca en forma grave de valor literario, artístico, político o científico para los menores.
>
> iv) Permite al jugador infligir virtualmente graves lesiones a las imágenes de seres humanos o personajes con características sustancialmente humanas de una manera que es especialmente atroz, cruel o depravada en cuanto implica abuso físico o tortura grave a la víctima.

Antes que la ley produjera sus efectos, Entertainment Merchants Association y Entertainment Software Association, alegando violación del derecho a la libertad de expresión protegido en la Primera Enmienda de la Constitución Americana, invocaron su inconstitucionalidad [59]. El Estado de California presentó en sus alegaciones la opinión de especialistas y varias escenas violentas de videojuegos, tales como *«Grand Theft Auto Vice City»* y *«Duke Nukem 3D»* en los cuales las personas son asesinadas de formas distintas y brutales. El tribunal distrital decidió a favor de los productores y distribuidores de juegos. Después de apelar a la 9.ª Corte distrital ésta confirmó la decisión local.

El Estado de California pidió entonces que la Suprema Corte debería declarar la constitucionalidad de la ley californiana bajo el estándar legal establecido en *Ginsberg vs. New York*, referido a la prohibición de la exposición de material de contenido sexual. Para reforzar su posición anexó estudios analizando el impacto de materiales violentos, incluyendo en ellos videojuegos. Considerando el vasto interés del mercado en el caso, 31 opiniones de especialistas fueron presentadas al mismo, financiadas tanto por defensores de la ley como por aquellos que deseaban la declaración de su inconstitucionalidad y, por tanto, la libertad de venta de los videojuegos.

Apoyando la posición del Estado de California, tanto la Asociación Americana de Psicología (APA, por sus siglas en inglés, 2005) como la Academia Americana de Pediatría (AAP, por sus siglas en inglés, 2009) emitieron declaraciones formales afirmando que investigaciones científicas

> concluyen que la exposición a videojuegos violentos provoca un aumento en la probabilidad en el comportamiento posterior agresivo en niños y adolescentes [...] y también que

[59] Amendment I. *«Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances».*

> se ha apreciado que los videojuegos violentos aumentan los pensamientos agresivos, los sentimientos de agresividad, la desensibilización a la violencia física y disminuye el comportamiento prosocial [60].

Conforme a la decisión de la Suprema Corte,

> dado que el acto implica una restricción en el contenido del discurso protegido, esto es inválido a menos que California pueda demostrar que está justificado por un interés gubernamental convincente y está estrechamente demarcado para servir a dicho interés [...].

Según la conclusión de la Corte, «El Estado de California no logró presentar este estándar» [61].

6. LA HIPÓTESIS DE LA LIBERTAD

A partir de este punto presentaré tres ajustes sobre la manera de pensar el tema de la libertad expuesto hasta ahora. Designaré a estos ajustes, respectivamente: ajuste «descriptivo»; ajuste «sustancial» y, finalmente, ajuste «normativo». Con el ajuste de «descriptivo» se intenta resolver el problema del salto lógico; con el ajuste de «sustancial» la cuestión de la reducción descriptiva y su relación con la hipótesis de la libertad; con el ajuste «normativo» presentaré el ámbito del posible aprovechamiento de los esfuerzos del neuroderecho.

6.1. Primer ajuste: ajuste descriptivo

Como observa VON WRIGHT, es un error equiparar el determinismo de las ciencias de la naturaleza y el determinismo de las ciencias sociales. Mientras el primero se funda en la universalidad de las experiencias físicas, el último se encuentra vinculado a convenciones y presiones sociales [62]. Por eso el objetivo de ambos es diferente: mientras las ciencias de la naturaleza estudian los fenómenos del reino de las leyes naturales, las ciencias humanas estudian el reino social de las instituciones y de sus reglas [63].

Esto no significa, conforme a lo que señala VON WRIGHT, que no existan analogías entre las ciencias naturales y las humanas, pues tanto las leyes sociales como las leyes naturales «gobiernan» en sus ámbitos: la «sociedad» y la «naturaleza», aunque en un sentido prescriptivo para las primeras y apenas descriptivo para las segundas [64]. Sin embargo, las diferencias son relevantes:

> En las ciencias naturales las ideas deterministas se encuentran relacionadas con otras ideas, las cuales asumen la regularidad universal, la repetición, y el control experimental. En las ciencias humanas, las conexiones inmediatas están limitadas a la motivación y a la

---

[60] *Brief of Amicus Curiae of California State Senator Leland Y. Yee*, Ph. D., the California Chapter of the American Academy of Pediatrics, and the California Psychological Association in Support of Petitioners, *Brown vs. Entm't Merchs. Ass'n*, 130 S. Ct. 2398 (2010) (No. 08-1448), 2010 WL 2937557.

[61] Supreme Court, *Schwarzenegger vs. Entertainment Merchants Association*, Argued November 2, 2010, Decided June 27, 2011.

[62] VON WRIGHT, 1976: 415.

[63] *Ibid.,* 415.

[64] *Ibid.,* 415-416.

presión social, a las directivas y a la intencionalidad. En las ciencias naturales el determinismo sirve ampliamente para establecer predicciones; en las ciencias humanas la mirada más fuerte enfatiza explicaciones retrospectivas [65].

En esos términos, las ideas deterministas, teniendo en cuenta las diferencias señaladas, no son las mismas. Y esas diferencias de ninguna manera pueden ser ignoradas, a pesar de que muchos insistan en la mistificación de la naturaleza intentando englobar al hombre en consideraciones que no le caben. Y es esta equivocación que, según VON WRIGHT, ha limitado el análisis del hombre a las causas internas cuando la libertad debe ser analizada también sobre el aspecto social, mejor dicho, en su voluntad, en sus deseos, en sus pasiones, en sus sentimientos y en sus deliberaciones manifestadas. Así, la libertad humana está mejor circunscrita cuando se analiza sobre el aspecto contextual de las relaciones humanas institucionales, y no como «relaciones químico-eléctricas».

A partir de VON WRIGHT, lo que se ha observado puede, ahora, ser explicado, con SCHLICK, con la expresión «error de categoría». Porque SCHLICK, al referirse a las leyes sociales y a las leyes humanas, aclara que esas no pertenecen a la misma categoría de sentido, y lo hace, en primer lugar, con notas de precisión sobre los sentidos de «ley» [66].

Resalta SCHLICK que, en la práctica, por «ley» se han designado ciertas prescripciones dirigidas al comportamiento de los individuos. Una de las maneras más eficientes de hacerlos obedecer es estableciendo sanciones (penalidades) que en razón de sus consecuencias obligan a los agentes a actuar de determinada manera. Sin embargo, en las ciencias de la naturaleza «ley» significa algo distinto; «ley» no es una prescripción que establece cómo debemos actuar, sino una fórmula, una descripción de cómo funciona la naturaleza [67]. Queda claro que ambas «leyes» (natural y social) presentan algo en común: ambas expresan una «fórmula», es decir, de cómo debemos proceder (leyes sociales) y de cómo opera la naturaleza (leyes de la naturaleza). Exceptuando esto, dice SCHLICK, nada más las aproxima. La ley de la mecánica del universo no prescribe a los planetas cómo deben moverse: esto significa que la teoría de KEPLER en nada interfiere en el movimiento de los planetas. De esto resulta la confusión relacionada con los eventos y con la necesidad natural. Se dice que los eventos humanos y los eventos físicos obligan a los individuos cuando ninguna voluntad existe en la naturaleza [68].

Siendo así, afirma SCHLICK, «libertad» es el contrario de «imposición»; un hombre «libre» es un hombre que no está sometido a «imposiciones» que le impidan para poder realizar sus deseos, como el enfermo mental y en ciertos casos, las drogas. Sin embargo, la naturaleza no prescribe, ella no impone nada. Por eso la validez universal de la leyes de las ciencias naturales no puede ser confundida con la aplicación de las leyes del Estado, ni siquiera la propia naturaleza excluye la libertad [69].

Teniendo en cuenta esos datos la correcta comprensión de la libertad supone ubicarla en un espacio de «ausencia de constricción» y, por tanto, comprender el sig-

---

[65] *Ibid.,* 416.
[66] SCHLICK, 1939: 146.
[67] Se trata, por tanto, sólo de una generalización nómica. KISTLER, 1999: cap. 2.
[68] SCHLICK, 1939: 149.
[69] *Ibid.,* 146-147.

nificado de la expresión «ser compelido a»[70]. Porque «ser compelido» implica una relación de poder y la naturaleza no ejerce ninguna relación intencional; ella no ejerce un «poder» sobre los hombres, a menos que se asuma el vocablo «poder» de modo desencajado de sus implicaciones sociales intersubjetivas.

6.2. Segundo ajuste: ajuste sustancial

El segundo ajuste se basa en el estudio de J. L. AUSTIN llevado a cabo en el ensayo «A Plea for Excuses», publicado en los *Proceedings of the Aristotelian Society,* años de 1956-1957. El trabajo de AUSTIN se centra en el concepto de «disculpa» y en el «acto de disculparse»[71] y como tal es decisivo para la comprensión de lo que puede llamarse aquí función social de la noción de libertad.

Según AUSTIN, cuando nos disculpamos por algo, expresamos que nuestra acción no salió bien o como nos hubiese gustado que saliera de otra manera. Por tanto, el vocablo «disculpa» es una etiqueta bastante general que abarca toda una familia de nociones, tales como: la «justificación», los «atenuantes», las «excusas», los «pretextos», las «agravantes», los «paliativos», etc. A todos estos sustantivos pueden ser añadidos los términos que sirven para calificar las acciones; conjuntamente considerados, ellos sirven para caracterizar las acciones humanas. Y algunos de los términos que califican las acciones son más comunes que los otros, como «libremente», «torpemente», «espontáneamente», «obligatoriamente», «deliberadamente», etc. Entiende AUSTIN que, de esta manera, el estudio de las disculpas es parte relevante del examen de las acciones y este es el camino para el estudio de la libertad humana[72].

AUSTIN llama la atención sobre la diferencia existente entre el acto de «disculparse» y el de «justificarse» con alguien. Ambas son formas de defensa en relación con una acción defectuosa.

Supongamos que un agente *X* hizo algo y se «disculpa» por haberlo hecho. *P*, su abogado, admite que *X* realizó el acto por el cual está siendo imputado, pero niega que haya habido un crimen. Esto es «justificar» la acción de *X*. Sin embargo, existe otra línea aún más frágil. Se puede decir que aunque *X* haya realizado lo que se le imputa y por eso mismo que su acto es reprochable, no lo realizó de modo «puro»: la furia que lo embargaba hizo que *X* no estuviera condiciones de controlarse. Estamos aquí ante una «disculpa». La cuestión es que si *X* actuó libremente y hay una acción que le es imputada como socialmente negativa (un crimen), entonces merece un castigo, aunque menos acentuado, considerando las peculiaridades del caso[73].

Los ejemplos anteriores de AUSTIN, *mutatis mutandis,* son aplicables al problema de la libertad. Porque un agente es responsable (al menos moralmente) por sus acciones cuando éstas son realizadas libremente. Entonces, ¿cuándo puede utilizarse el adverbio «libremente»? Esta cuestión hace más claro algo que había escapado a la percepción del problema de la libertad explorada en los apartados anteriores: la libertad

---

[70] O'CONNOR, 1993b: 499-500.
[71] AUSTIN, 1955: 1-3.
[72] *Ibid.,* 3.
[73] *Ibid.,* 3-4.

no es una cuestión de todo o nada Por tanto, en la búsqueda de las condiciones de la libertad debe incluirse la percepción de que el abordaje entre determinismo y libertad es, en gran medida, equivocado, pues la comprensión de la libertad está circunscrita a la caracterización de ciertas acciones, no a todas las acciones: apenas se puede ser libre en lo que es posible actuar libremente. El abuso en el empleo de adverbios como «libremente» sin este mínimo cuidado produce falsos problemas.

En el fondo, lo que está aquí en juego es la noción de «libertad en sentido ontológico», por un lado, y, por otro, la noción de «libertad social» y sus posibles relaciones [74]. Mientras la investigación de la libertad ontológica la coloca en el marco de la atemporalidad e intenta entender sus posibilidades en abstracto, la libertad social (que puede ser «política», «moral», «religiosa», «jurídica», «económica», etc.) es pragmática y considera datos específicos como ya operantes, puesto que las formas de constricción social son múltiples. Esto es, mientras las cuestiones colocadas por la libertad ontológica son cuestiones relativas a la relación hombre-naturaleza, la libertad social se centra en la discusión de la relación individuo-poder [75].

6.3. Tercer ajuste: ajuste normativo

El tercer ajuste es el ajuste normativo. Para aclararlo, seguimos una vez más a VON WRIGHT. De acuerdo con el postulado asumido en «The Varieties of Goodness», según el cual la moralidad de una acción realizada por una persona es medida en función de cómo afecta el bienestar de sus congéneres, VON WRIGHT destaca que las acciones humanas, aunque estén sujetas a determinantes y constricciones, conciernen a las motivaciones humanas y a las presiones sociales, no a las determinaciones causales [76]. Es más, no habiendo ningún espacio para la acción, pensar en libertad tendría poco o ningún sentido físico [77].

Para que pueda comprenderse bien este punto es importante destacar la diferencia que VON WRIGHT resalta entre el campo perteneciente al determinismo y el campo perteneciente a la libertad [78].

Según VON WRIGHT, el campo del determinismo es el espacio de lo natural y su estudio es realizado por las ciencias de la naturaleza; no obstante, el campo de la libertad es el espacio de lo humano y de lo social, y su estudio corresponde a las ciencias sociales. De ahí la diferenciación entre la naturaleza física por un lado y, por el otro, la intencionalidad. Aunque causalidad (parte del mundo físico) y libertad (parte del mundo social) se crucen, ellas constituyen categorías diferentes.

En otras palabras, para VON WRIGHT las acciones humanas están adscritas a las razones, y como tales, no están previamente determinadas. De este modo, un mensaje del

---

[74] Este aspecto hace comprensible la afirmación de STRAWSON (en STRAWSON, 1982) según la cual: *«A sustained objectivity of inter-personal attitude, and the human isolation which that would entail, does not seem to be something of which human beings would be capable, even if some general truth were a theoretical ground for it».* Para este punto, *vid.* también NINO, 1987: 106-107; NINO, 1980: 374-380.

[75] Para esta relación con el campo político, PETTIT, 2001.

[76] VON WRIGHT, 1963: 189-190.

[77] VON WRIGHT, 1984: 109-112.

[78] VON WRIGHT, 1974: 113-114.

cerebro a mi cuerpo «no causa» (a no ser en un sentido puramente metafórico) una acción, sino que activa el deseo del agente de emprenderla. El camino de este «mensaje» es puramente mental-químico; lo cognitivo y lo informacional no tienen en él su lugar.

Siendo así, VON WRIGHT asocia la noción de libertad con las capacidades humanas. Y, en este caso, decir que alguien actuó en el mundo libremente es lo mismo que determinar que él, el agente, podría haber actuado de otra manera. ¿Pero qué es actuar de otra manera?

Según VON WRIGHT, cuando se afirma la posibilidad de actuar de otra manera se puede entender tres cosas distintas:

1. Que la acción, desde un punto de vista lógico, es una acción contingente, esto es, que describir una omisión no es una contradicción.
2. Que el agente tenía la capacidad de hacer (u omitir) la acción en cuestión.
3. Que el agente actuó como quiso porque actuó movido por una razón.

Se debe advertir que mientras el primer punto es formal, el segundo es empírico porque expresa potencialidad de acción no realizada de hecho (pero todas posibles); finalmente, el tercer punto expresa la autodeterminación del agente. Por tanto, «posibilidades lógicas», «capacidades» y «razón» son los elementos constitutivos de la libertad para VON WRIGHT.

La suma de todo esto es que si el agente tuviese otra razón, habría actuado de otra manera. Por tanto, cuantas más razones un agente tenga, más libre será, porque su libertad se amplía a medida que sus elecciones se dan por las posibilidades que visualiza en su actuar con esas mismas razones [79]. Dicho de otro modo, cuanta más capacidad deliberativa tenga el agente, más libre será, y de ahí su dependencia con la instrucción, la educación, etcétera.

Así, el agente racional ideal de VON WRIGHT es aquel que decide actuar tomando en atención los fines [80]. Esta es la «dimensión de la libertad» de VON WRIGHT, dimensión que presenta un fuerte enlace con la realidad concreta de los individuos [81]. Es por ello que la idea de libertad humana no es la misma para todas las sociedades o culturas, siendo un desatino pensar en una «esencia de la libertad» (una ontología) que será revelada. La libertad griega no es la misma que la libertad socialista; ésta no es la misma que la de un país fundamentalista, ni siquiera la de un país democrático liberal: las aspiraciones, las capacidades y las razones de las que cada uno de los agentes en estas épocas dispone no son las mismas. No existe una noción de libertad que escape a la historia y a la cultura.

VON WRIGHT, al entender la «libertad» como la capacidad de hacer o realizar cosas diferentes, distingue o categoriza la libertad en «libertad potencial» y «libertad real» [82]:

---

[79] Por tanto, en términos básicos, se puede decir que una razón es un «deseo» y una «creencia» respecto de cómo es posible satisfacerlo. Para ello, *vid.* MOYA, 1997: 64.

[80] Además, este es el punto de la «hipótesis de trabajo» de CARDOZO: en las relaciones sociales las personas actúan; para el derecho eso se traduce en tener condición de reflexionar sobre sus actos y entender lo que se hace.

[81] En este sentido, no descansa en impulsos naturales innatos. Para un análisis de los aspectos morales de este punto, *ibid.,* 60.

[82] VON WRIGHT, 1984: 116.

1. «Libertad potencial» es esta capacidad genérica.
2. «Libertad real» es la capacidad del agente de realizar u omitir acciones concretas.

Por eso ésta depende del número de restricciones que afecten a su libertad potencial. Tales restricciones son «internas» y «externas»:

2.1. Por «restricciones externas» VON WRIGHT designa las restricciones de naturaleza física que impiden o imposibilitan a alguien hacer algo, así como las restricciones normativas de carácter legal, moral y otros órdenes que componen el mundo social del agente [83].

2.2. «Restricciones internas», que pueden ser tanto *a)* «psicológicas» como *b)* «normativas».

En el primer nivel *a)*, están situados tanto los deseos como el temor y el odio; en el segundo nivel *b)*, las normas internalizadas por el agente y que regulan su vida. Tanto las restricciones internas como las externas pueden ser tales que impiden que se considere un agente libre y responsable.

Así, la conclusión de VON WRIGHT es que para que se pueda considerar una acción como libre, o que un agente haya actuado libremente, ésta debe obedecer a las razones del agente, por más que la misma esté limitada potencialmente. Este posicionamiento teórico, consistente en comprender las limitaciones institucionales del actuar humano y sus consecuencias en relación con sus instituciones, es el que permite analizar la libertad como una acción controlable por deliberaciones humanas individuales y regidas por reglas socialmente establecidas. Como tales, esas reglas son contingentes y, por tanto, variables entre las distintas sociedades. A estos estímulos externos VON WRIGHT se refiere como «presión normativa» [84].

Las consecuencias de esa presión normativa varían de acuerdo a la regla institucional en juego, es decir, en función de su carácter moral o jurídico. Pero, de todos modos, lo que importa es que esta determinante externa, poco a poco, es asimilada por los destinatarios de las normas, volviéndose así una determinante interna. Esto produce que se reduzca paulatinamente la necesidad de intervención externa. A este paso, de las determinaciones externas a las internas, nuestro autor le atribuye el nombre de «internalización» [85].

Por tanto, lo que VON WRIGHT está afirmando es que, dada la multiplicidad de empleos del vocablo «libertad», se han confundido las relaciones entre individuo y naturaleza por un lado y, por el otro, entre individuo y sociedad; una relación que se establece entre individuo y poder, esto significa, individuo y autoridad. Esto se debe a que mientras las «leyes» del Estado son modalidades deónticas (estatuyen lo obligatorio, lo permitido, lo prohibido), las «leyes» físicas son modalidades aléticas (expresan lo que es posible, imposible y necesario) [86]. De esta manera, no sólo VON WRIGHT resuelve el problema del determinismo causal, sino también el indeterminismo social: las acciones humanas están sujetas a razones y a constricciones socialmente establecidas.

---

[83] *Ibid.,* 117.
[84] VON WRIGHT, 1976: 419.
[85] *Ibid.,* 419-420.
[86] KIEFER, 1994.

Y es a partir de esos datos que VON WRIGHT sostiene la tesis que aquí será reconocida con la designación de «tesis VON WRIGHT»:

> Todos los conceptos usados para describir y explicar las acciones de un hombre —como motivos, razones, intenciones, elecciones, deliberaciones, etc.— están relacionados con la idea de «libertad». Negar que un agente sea libre equivale a cometer una contradicción en los términos. El «misterio» de la libertad, si existe tal cosa, es el «misterio» del hecho de que somos agentes de acciones [87].

7. CONCLUSIÓN: SOBRE LOS LÍMITES DEL NEURODERECHO

Como se ha destacado al inicio, la hipótesis de la libertad es una hipótesis de trabajo en el contexto jurídico, al menos, estadounidense [88]. Pero, aunque los tribunales americanos asuman la libertad, ellos también han admitido situaciones en las cuales el agente parece sufrir algún tipo de determinación, tales como en los casos de enfermedad mental, crímenes cometidos por adolescentes, y problemas cerebrales de varios tipos [89].

Para acomodar esas inconsistencias [90], una de las posibilidades es asumir la posición del autoengaño de la libertad, basándose en los beneficios prácticos de esa amplia aceptación. De ese modo, los ajustes hechos en sede judicial se podrían comprender como acomodaciones de esa ilusión de la libertad, nada más [91]. Según lo que entendemos, ese malabarismo puede ser evitado con algunas aclaraciones. Aclaraciones que

---

[87] VON WRIGHT, 1951: 78-79.

[88] *Steward Machine Co. vs. Davis*, 301 EE.UU. 548, 590 (1937). *Vid.* también *Bethea vs. Estados Unidos*, 365 A. 2d 64, 83 n. 39 (DC 1976) (mientras que la teoría determinista de la conducta «tiene algunos seguidores, la idea de que la conducta de una persona es una simple función de las fuerzas extrínsecas y de las circunstancias, sobre las que no tiene control, es una contradicción inaceptable del concepto de libre albedrío, que es la condición *sine qua non* de nuestro sistema de justicia penal»); *Kwosek vs. State*, 100 NW2d 339, 345 (Wisc. 1960) («el libre albedrío es un atributo inherente que se encuentra dentro del ser humano, el poder de autocontrol»); *Vid. United States vs. Grayson*, 438 EE.UU. 41, 52 (1978); *Morissette vs. Estados Unidos*, 342 EE.UU. 246, 250 (1952); Los abogados en todos los países responderán «si no existe ninguna razón, ni elección, ni voluntad, entonces no puede haber ninguna ley...». *Blocker vs. United States*, 288 F.2d 853, 867-868 (D.C. Cir. 1961); *Steward Machine Co. vs. Davis*, 301 EE.UU. 548, 590 (1937), *vid.* también *Bethea vs. United States*, 365 A. 2d 64, 83 n. 39 (DC 1976), «Para la protección de la sociedad la ley acepta la tesis de que todos los hombres están investidos de libre albedrío...». *State vs. Sikora*, 210 A.2d 193, 202 (N.J. 1965); «Nuestra jurisprudencia... en última instancia se basa en la premisa de la libertad de la voluntad. Esto no debe ser visto como un ejercicio en el discurso filosófico, sino como una función gubernamental de la ética y la obligación, que tiene en cuenta que un sistema de premios y castigos en sí es parte del entorno que influye y determina la conducta humana», *United States vs. Brawner*, 471 F. 2d 969, 995 (D.C. Cir. 1972).

[89] De todos modos, los tribunales americanos no aceptan cualquier factor como suficiente para interferir en las acciones humanas. *Schwarzenegger vs. Entertainment Merchants Association,* 08-1448. *Schwarzenegger vs. Entertainment Merchants Association,* 08-1448.

[90] Esto es lo que se puede leer en un *leading case*: «[...] el fundamento de la ley en la voluntad humana y en el libre albedrío contrasta con los sistemas de creencias de algunos psicólogos ... que creen en el determinismo...». United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, *Weeks vs. Jones*, 52 F.3d 1559, 1567 n. 10 (11th Cir. 1995); «Es una negación de toda nuestra tradición decir que toda transgresión social es el resultado de una enfermedad», Supreme Court of Appeals of West Virginia, State ex rel. *D.D.H. vs. Dostert*, 269 S.E.2d 401.

[91] *Vid.* ítem V de este estudio. NINO, con respecto al problema filosófico de la libertad, llega a afirmar que el aspecto destructivo de las posiciones en disputa, renuncian a la libre voluntad, pero no colocan nada en su lugar. NINO, 1980: cap. V.

resultan relevantes en el discurso jurídico dado que los sistemas normativos pueden admitir estudios neurocientíficos como pruebas periciales [92].

En primer lugar, decir que la neurociencia consigue explicar el mecanismo de funcionamiento del cerebro (o intenta explicar cómo funciona el cerebro) es una cosa; la otra, es decir que un determinado resultado es inevitable, de manera que no se puede confundir la determinación con el fatalismo [93]. Incluso porque no todos los agentes con un problema en el lóbulo frontal son criminales o cometen delitos.

En segundo lugar, algunos neurocientíficos sostienen que en caso de que se pueda identificar el origen causal determinante de los comportamientos humanos, deberían extraerse consecuencias jurídicas, tales como: «Todos deben ser tratados, pero no castigados». Aunque este argumento suene persuasivo a primera vista, contiene claramente un salto lógico, al derivar de un «ser» (la descripción del comportamiento determinado) un «deber ser» (la medida de tratamiento coactivo u otra medida cualquiera) [94]. Esa relación entre hecho y consecuencia depende del posicionamiento jurídico-político legislativo [95].

En este sentido, desde la mirada relativa al proyecto descriptivo no es posible inferir resultados prácticos relacionados con el segundo proyecto (proyecto sustancial) y con el tercer proyecto (proyecto normativo) sin alguna premisa adicional [96]. Para que se establezca una comunicación entre ellos, es necesaria alguna consideración en términos ético-morales o políticos [97].

En tercer lugar, afirmar que alguien actuó exclusivamente en razón de cierto mecanismo cerebral es también problemático porque como somos agentes biológicos siempre será posible señalar algún mecanismo cerebral involucrado en nuestras acciones [98]. En otras palabras, los cerebros pueden funcionar con mecanismos automáticos, pero la «libertad» que importa se sitúa en la interacción social [99]. Como ya se dijo alguna vez, «los cerebros no cometen delitos, las personas sí» [100].

---

[92] MOLINA, 2000: 272-274; DWORKIN, 2011: 232-233.

[93] RUSSELL, 2000.

[94] Más sensatas son las propuestas posibles de mejoría del sistema jurídico en determinadas situaciones de patología y, no su derivación necesaria, GREELY, 2008. De todos modos, en este caso, son las decisiones de índole político-legislativa las que promoverían estas modificaciones, no la neurociencia. Es decir, el impacto de la neurociencia en relación con las leyes puede ser indirecto, jamás directo. El cambio en las leyes depende de decisiones político-institucionales y del juego de representación política. El discurso aquí es de *iure conditio* y de *iure condendo*, NINO, 1987: 108.

[95] A veces eso ocurre como apertura normativa para reducciones de la pena. En el caso decidido en la Corte de Assisi y de Apelación de Trieste (Italia), la Corte aceptó la opinión pericial que demostró propensión genética a la violencia con vistas a la reducción de la sanción. CAPRA, 2000; TSOUDEROS, 2010.

[96] Agradezco al grupo de investigadores de la Università Bocconi por cuestionar este aspecto, posibilitándome acrecentar ahora este párrafo.

[97] Por tanto, aquí no se están cuestionando los descubrimientos neurocientíficos; lo que se está haciendo es presentar un posible punto de diálogo entre los estudios neurocientíficos y la práctica jurídica actual. De todos modos, se debe notar que el emprendimiento neurocientífico implica una «naturalización» del ser humano en el sentido de no considerarlo un ser «especial» o «apartado» de las fuerzas de la naturaleza, como la causalidad y el determinismo. Para este aspecto, SCHAEFFER, 2009: cap. I. Para un abordaje ético del tema, DWORKIN, 2011.

[98] MORSE, 2006.

[99] MOLINA, 2000: 233.

[100] MORSE, 2000: 252.

En cuarto lugar, se debe consignar que los estándares de aceptabilidad entre las afirmaciones neurocientíficas y jurídicas pueden diferir, de modo que a veces el estándar jurídico puede ser menos exigente que el estándar científico para establecer sus conclusiones y consecuencias [101] en sede judicial y, otras veces, puede, el campo jurídico, incluso no admitir los estándares científicos y sus conclusiones en atención a algún valor que pretende proteger. Este aspecto es relevante, sobre todo, cuando se trata de fMRI. Esto se debe a que es legítimo preguntar si un ser humano puede ser reducido a un signo (y, por tanto, al objeto) para efectos de lectura y conclusiones jurídicas. Además, se debe pensar en el derecho a la privacidad (*privacy*) en relación con las técnicas de *mind-reading* y en el problema de los *incidental-findings*.

Finalmente, la aclaración anterior atrae la atención hacia un aspecto importante presente entre los datos presentados por los neurocientíficos: la distinción entre el dato neurocientífico y su interpretación en el campo judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUSTIN, J. L., 1955: «A Plea for Excuses», *Proceedings of the Aristotelian Society,* vol. 24.

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

BOBBIO, N., 1977: *Le sanzioni positive*, Milano: Comunità.

BURNS, J. M., y SWERDLOW, R. H., 2003: «Right Orbitofrontal Tumor with Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign», *Archives of Neurology,* vol. 60.

CAPRA, G., 2000: «Le neuroscienze e la genetica molecolare nella valutazione della capacità di intendere e di volere (Commento alla sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste, n. 5/2009 del 18/09/2009)», *Psicologia e Giustizia,* vol. XI (1).

CHOMSKY, N., 1975: *Reflections on Language*, New York: Pantheon Books.

CHORVAT, T., y MACCABE, K., 2004: «The Brain and the Law», *The Royal Society*.

DAVIDSON, D., 1995: «Libertad para actuar», en *Ensayos sobre Acciones y Sucesos,* México: Crítica.

DE CARO, M., 1998: «Determinismo e libero arbitrio: Rinascita di una controversia», en *Caso, Necessità, Libertà,* Napoli: CIEN.

DWORKIN, R., 2011: *Justice for Hedgehogs*, London: Harvard University Press.

EAGLEMAN, D., 2011: «The Brain on Trial», *The Atlantic Magazine*.

ELLIS, H. D., y LEWIS, M. B., 2001: «Capgrass Delusion: A Window on Face Recognition», *Trends in Cognitive Sciences,* vol. 5 (4).

FERRAZ Jr., T. S., 1980: «Liberdade e Respondabilidade Penal», *Seqüência*.

FRANKFURT, H., 1971: «Freedom of the Will and the Concept of a Person», *The Journal of Philosophy,* vol. 68 (1).

— 1991: «The Faintest Passion», en *Necessity, Volition, and Love,* Cambridge: Cambridge University Press.

GAZZANIGA, M. S., y STEVEN, M. S., 2005: «Neuroscience and the Law», *Scientific American*.

GOODENOUGH, O. R., y PREHN, K., 2004: «A Neuroscientific Approach to Normative Judgement in Law and Justice», *The Royal Society*.

[101] SCHAUER, 2010b: 101-103.

GREELY, H. T., 2008: «Neuroscience and Criminal Justice: Not Responsibility but Treatment», *Kansas Law Review,* vol. 56.

HART, H. L.A., 1958: «Legal Responsibility and Excuses», vol. *Determinism and freedom in the age of modern science*.

HOTZ, R. L., 2009: «The Brain, Your Honor, Will Take the Witness Stand (Researchers Probe How the Mind Determines Crime and Punishment, But Science isn't Beyond a Reasonable Doubt)», *The Wall Street Journal*.

HUGHES, V., 2010: «Head Case», *Nature,* vol. 464 (18).

KAHANE, H., 1983: *Thinking about Basic Beliefs*, Belmond: Wadsworth.

KANE, R., 1996: *The Significance of Free Will*, New York: Oxford University Press.

KELSEN, H., 1957: «The Law as a Specific Social Technique», en *What is Justice? (Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science),* Los Angeles: University of California Press.

KERSHAW, S., 2002: «The Hunt for Sniper: The Dead. Escaping the Grip of Cancer, Only to Die at a Sniper's Hand», *New York Times*.

KIEFER, F., 1994: «Modality», *The encyclopedia of language and linguistics*.

KISTLER, M., 1999: *Causation and Laws of Nature*, New York: Routledge.

LANE, Ch., 2005: «5-4 Supreme Court Abolishes Juvenile Executions», *The Washington Post*.

LEWIS, D., 1982: «Are we Free to Break the Law?», *Theoria,* vol. 47 (3).

LIPTAK, A., 2005: «Supreme Court rule on Executing Young Killers», *The New York Times*.

— 2010: «Justices Limit Life Sentences for Juveniles», *New York Times*.

LOCKE, J., 2000: «Ensayo sobre el entendimiento humano».

MACGINN, C., 1999: *The Misterious Flame*, New York: Basic Books.

MOLINA, F., 2000: «Presupuestos de responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *ADPCP,* vol. LIII.

MORSE, S. J., 2000: «Rationality and Responsibility», *Southern California Law Review,* vol. 74.

— 2006: «Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility: A Diagnostic Note», *Ohio State Journal of Criminal Law,* vol. 3.

MOYA, C., 1997: «Libertad, responsabilidad y razones morales», *Isegoria,* vol. 17.

NAGEL, Th., 1996: *Una visión de ningún lugar*, México: Fondo de Cultura Económica.

NICHOLS, S., 2004: «The Folk Psychology of Free Will: Fits and Starts», *Mind & Language,* vol. 19 (5).

NINO, C. S., 1980: *Los límites de la responsabilidad penal: Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Astrea.

— 1987: *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.

O'CONNOR, T., 1993a: «Alternative Possibilities and Responsibility», *Southern Journal of Philosophy,* vol. 31.

— 1993b: «Indeterminism and Free Agency: Three Recent Views», *Philosophy and Phenomenological Research,* vol. 53.

— 2000: *Persons and Causes: The Metaphisics of Free Will*, New York: Oxford University Press.

OVERBYE, D., 2007: «Free Will: Now You Have It, Now You Don't», *The New York Times*.

PETTIT, Ph., 2001: *A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics Agency*, Polity Press.

ROSEN, J., 2007: «The brain on the stand: How neuroscience is transforming the legal system», *The New York Times Magazine*.

ROSS, A., 1975: *On Guilt, Responsibility and Punishment*, University of California Press, Los Angeles.

RUSSELL, P., 2000: *Compatibilist-Fatalism,* Utrecht: Kluwer.

SAUL, S., 2008: «"The Ambien Case" - Some Sleeping Pill Users Range far Beyond Bed», *The New York Times*.

SCHAEFFER, J.-M., 2009: *El fin de la excepción humana*, México: Fondo de Cultura Económica.

SCHAUER, F., 2010a: «Can Bad Science be Good Evidence?», *Cornell Law Review,* vol. 95.

— 2010b: «Neuroscience, Lie-Detection, And the Law: Contrary to the Prevailing View, the Suitability of Brain-Based Lie-Detection for Courtroom or Forensic Use Should Be Determined According to Legal and Not Scientific Standards», *Trends in Cognitive Sciences,* vol. 14 (3).

SCHIFFER, B.; PESCHEL, Th.; PAUL, Th.; GIZEWSKI, E.; FORSTING, M.; LEYGRAF, N.; SCHEDLOWSKI, M., y KRUEGER, T. H. C., 2007: «Structural Brain Abnormalities in the Frontostrital System and Cerebellum in Pedophilia», *Journal of Psychiatric Research,* vol. 41 (9).

SCHLICK, M., 1939: *Problems of Ethics*, New York: Prentice-Hall.

SINNOT-ARMSTRONG, W.; ROSKIES, A.; BROWN, T., y MURPHY, E., 2008: «Brain Images as Legal Evidence», *Episteme*.

SMILANSKY, S., 2000a: *Free Will and Illusion*, Oxford: Oxford University Press.

— 2000b: «Free will: From nature to illusion», *Meeting of Aristotelian Society*.

SOBER, E., 2004: *Core Questions in Philosophy: A Text with Readings*, New York: Prentice Hall.

STRAWSON, P. F., 1982: «Freedom and Resentment», en *Free Will,* Oxford: Oxford University Press.

TOST, H.; VOLLMERT, Ch.; BRASSEN, S.; SCHMITT, A.; DRESSING, H., y BRAUS, D. F., 2004: «Pedophilia: Neuropsychological Evidence Encouraging a Brain Network Perspective», *Medical Hypothesis,* vol. 63 (3).

TSOUDEROS, T., 2010: «Exploring inks Between Genes, Violence, Environment», *Chicago Tribune*.

VAN INWAGEN, P., 1983: *An Essay on Free Will*, Oxford: Oxford University Press.

VON WRIGHT, G. H., 1951: *Essays on Modal Logic*, Amsterdam: North-Holland.

— 1963: *The Varieties of Goodness*, London: Routledge & Keagan.

— 1974: «Causality and Determinism», *Wordbridge Lectures (October and November of 1972)*.

— 1976: «Determinism and the Study of Man», en *Essay on Explanation and Understanding,* Kluwer: Dordrecht.

— 1984: «Of Human Freedom», *The Tanner Lectures of Human Values*.

WEATHERFORD, R. C., 2005: «Determinism», *The Oxford Companion to Philosophy*.

WOLF, S., 1981: «The Importance of Free Will», *Mind,* vol. 90.

LA OPCIÓN CAPITAL PARA LOS DISCURSOS JURÍDICOS: ¿NOVELAS DE CONCEPTOS O UNA TECNOLOGÍA SOCIAL?

Enrique P. Haba

Universidad de Costa Rica

RESUMEN. A menudo unos discursos jurídicos profesionales, y más señaladamente aún la amplia mayoría de los estudios de Teoría del derecho, se autoconfinan a desplegar ciertas elucidaciones cuyos alcances son apenas *semántico*-convencionales. Hacen abstracción («cielo» jurídico) de cuáles sean realmente las dimensiones lingüístico-*pragmáticas* (la «tierra») de los discursos considerados. Ello guarda llamativas similitudes con cómo la conciencia del lector de una novela se *ubica* ante los personajes de ésta y sus historias propias, al sumergirse sin más en la fascinación de esos relatos asumiéndolos como un mundo *en sí*: se trata, en ambos casos, de determinada «sintonía» mental donde la atención se concentra exclusivamente (o poco menos) en la «historia» *misma* contada así, pase lo que pase en la «tierra». Los «personajes» de esas iusnovelaciones son unos conceptos, cuyas «vidas» se desenvuelven en tramas de enunciados donde su credibilidad consiste en *auto*validarse entre sí, circularmente, quedando así inmunizadas de tener que acreditarlos mediante contrastaciones *empíricas.* En cambio, cuando el razonamiento de los juristas profesionales entra bastante en contacto con la «tierra», sus discursos constituyen unos expedientes de *tecnología social* —ya sea más o menos adecuada como tal—.

Palabras clave: novelas-de-conceptos, Teoría del derecho, semántica, pragmática, tecnología social.

The Chief Option for Legal Discourses-Novels of Concepts or a Social Technology?

ABSTRACT. The professional legal discourses, and even more specifically the wide majority of Legal Theory studies, often confine themselves to deploy certain elucidations whose scopes are scarcely of a *semantic* art —thus conventional—. They intellectually move away (into a self-made legal "heaven") from the real linguistic-*pragmatic* dimensions (the "earth") of those discourses. This mental attitude shows striking similarities with the way in which anybody, when reading a novel, will be fascinated by the characters created in this book, and by these characters' stories. In both cases, there is a mental "tuning in" where the attention remains focused only, or almost only, in the story *itself*. These stories are told so touchingly (into their self-made "heaven") that they appear to be most important, regardless of whatever actually happens (in the "earth") outside of that book. The "characters" drawn up in theoretical legal-"novels" are a set of concepts, whose "lives" develop themselves into plots of dogmatic statements; their credibility consists in validating each other *circularly* —thus, immunizing them from having to be proven by *empirical* tests. On the contrary, when the professional legal reasoning is performed in view of what really happens on "earth" (the *practice* of law!), these discourses may serve as a *social technology* —nevertheless, they could be more or be less adequate as such—.

Keywords: novels of concepts, Legal Theory, semantics, pragmatics, social technology.

* Fecha de recepción: 27 de mayo de 2013. Fecha de aceptación: 20 de septiembre de 2013.

> [...] son apresuramientos de un intelecto impaciente, que gusta sacudirse de encima los fenómenos [reales] y, por eso, en el lugar de éstos mismos mete ahí imágenes, conceptos, los cuales a menudo no son más que palabras.
>
> GOETHE

> [...] ve en él (derecho) tan solo un objeto en el que puede ejercitarse el pensamiento lógico, librado a sí mismo y que lleva en sí su propio atractivo y su propia finalidad: una arena para las evoluciones lógicas, para la **gimnasia del espíritu**, en la que se llevará la palma quien revele el mayor virtuosismo.
>
> JHERING

> Cada concepto piensa única y exclusivamente en sí mismo; desde el comienzo del mundo hasta hoy, los conceptos no han tenido otra cosa que hacer. Esa fe inconmovible en el imperio de los conceptos y principios abstractos es el vínculo común que une a todos los juristas que aquí encontrarás. De ese modo están totalmente a salvo de la tentación de preocuparse por las eventuales secuelas prácticas; las cuales, normalmente, tampoco los afectan a ellos, sino a otros. Los conceptos viven **su propia vida**; y si no quieres arruinarte todas las posibilidades de ingresar en este reino, no preguntes jamás a nadie para qué sirve todo esto que acá ves.
>
> JHERING

> Las normas del derecho —así como también otras normas de la vida social— deben considerarse desde el punto de vista de su conveniencia o utilidad **real**. Ellas no constituyen de ninguna manera metas en sí mismas, sino que están llamadas a colaborar en la regulación del comercio humano y deben, por ende, valorarse según los **efectos** que tengan en la sociedad. En mi opinión, la ciencia jurídica puede cumplir cabalmente la tarea antedicha siempre y cuando se la conciba, no como una disciplina **normativa**, sino más bien como una **tecnología social**.
>
> ALBERT [1]

Hace ya casi un siglo y medio, en una obra muy fuera de serie (lo sigue siendo), JHERING supo hacer patente, en forma insuperable, el tipo de razonamientos cultivado cuando el pensamiento sobre el derecho se concentra «En el *cielo* de los conceptos jurídicos» [2]. En tiempos de ese autor era usual topar con «personajes» como los señores *Contrato* y *Dolus*, las hermanas *Culpa lata* y *Culpa levis*, las señoras *Mora*, *Bona fides*, *Propiedad*, *Obligatio...* y mucho más. Todos ellos desarrollan ahí, en ese «cielo», su vida *propia*, como conceptos debidamente «puros»:

> Los conceptos no soportan el contacto con el mundo real. Donde los conceptos han de vivir e imperar, todo lo que pertenezca a ese mundo *debe mantenerse a gran distancia* [3].

---

[1] GOETHE, 1963, 49 (# 428). JHERING, 1974, 368. *Id.*, líneas extractadas de las páginas 312, 290 y 294. ALBERT, 2007: líneas extractadas de las páginas 52 y 50 [los énfasis señalados mediante negrita —caracteres en negrita— son añadidos aquí (salvo los dos últimos en la cita de ALBERT)].

[2] JHERING, 1974, Parte III.

[3] JHERING, 1974, 288.

Tal caracterización tiene pertinencia no únicamente para las figuras señaladas por JHERING, ni sólo en cuanto a la dogmática del derecho civil de su época. Con ello él acierta a dar en el eje fundamental de una tendencia hacia la cual los razonamientos jurídicos se inclinan con frecuencia, no menos hoy que ayer. En la dogmática de cada una de sus materias (derecho Constitucional, derecho Penal, etc.), a menudo nos encontramos con esa convicción, en todo caso implícitamente, de que: «... los conceptos [jurídicos] han de vivir e imperar» *por sí mismos*, no admiten ser cuestionados en su *validez* propia por experiencias que puedan tener lugar en «el mundo real». Esto sucede también en la mayor parte de las elucidaciones que se presentan a título de Teoría del derecho: suele tratarse de exámenes que tratan esencialmente sobre la «vida» de unos conceptos, haciendo abstracción (total o poco menos) de cómo estos conceptos funcionen concretamente en las *prácticas* jurídicas de su medio social. El círculo del «cielo» adonde arriban los tipos de estudios predominantes en esa Teoría ha sido emplazado, eso sí, un piso más arriba (*meta*-dogmática) de aquel otro (la dogmática jurídica profesional por sí misma) en que se fijó JHERING. Los personajes principales de este flamante super-piso, tanto sus nombres como sus nobles características, lucen un poco diferente a los del piso de abajo: no se llaman «Contrato»», «Obligación», «Posesión», etc., sino «Discurso» o «Comunicación», «Racionalidad» o «Razonable», «Rectitud» (lo «correcto», *right*, *Richtigkeit*), «reglas» *vs.* «principios», «derrotabilidad» y demás. [Así como JHERING hubo de indicar, para concretar sus «acusaciones», a célebres autores de doctrina jurídica de su tiempo, aquí no tendré más remedio, por el mismo motivo, que señalar a autores actuales muy renombrados por sus publicaciones en Teoría del derecho].

Claro que nadie sacará a luz esa comprobación nuclear, la «celestialidad» en que se mueven partes fundamentales del razonamiento jurídico, de manera tan diáfana como supo hacerlo JHERING [4]. Pero no está de más insistir en dirigir la atención hacia eso, permanente, que él señaló como zanja capital entre «cielo» y «tierra» en las formas de pensar el derecho. Aquí voy a retomar tal advertencia básica, integrándola con algunas observaciones complementarias que apuntan en la misma dirección. Pondré el acento, sobre todo, en que la manera cómo las «vidas» de los personajes que pueblan ese «cielo» son percibidas por los teóricos del derecho guarda llamativas similitudes, el fondo mismo de la actitud mental correspondiente, con cómo se *ubica* la conciencia del lector de una novela o la del espectador cinematográfico, ante los personajes y su trama que le son presentados *así*. También señalaré por qué, en la medida en que el razonamiento de los juristas profesionales consigue tomar contacto con la «tierra» del derecho, sus discursos respectivos constituyen, a diferencia de tales «novelaciones» teoréticas, ni más ni menos que unos expedientes de *tecnología* social (si bien ésta puede ser o no ser bastante adecuada, como tal).

Por supuesto, si sobre las maneras habituales de ver esas cosas en el gremio jurídico no hizo mella la llamada de atención de JHERING (ni las de otros autores excepcio-

[4] Otro texto absolutamente fundamental, para abrir los ojos sobre los discursos jurídicos de la «tierra», es: LLEWELLYN, 1930. Y *vid.* también los escritos, hoy injustamente olvidados, de E. FUCHS (*cfr.* su edición de 1965). Por cierto, tampoco está libre de vicios análogos el derecho anglosajón: *vid.* MELLINKOFF, 1963 [esp. cap. III, sobre los «*mannerisms*» del lenguaje jurídico: «*... wordy, unclear, pompous, dull...*» (24)], y RODELL, 1994 (sin dejar de tener en cuenta ahí la introducción de FRANK, ¡muy valiosa!).

nalísimos: KANTOROWICZ, FRANK, LLEWELLYN, ROSS, etc.), ni qué hablar de lograrlo mediante unas observaciones como las que serán presentadas aquí. Tampoco podrán éstas, *à plus forte raison*, tener «éxito» en el seno del campo específico denominado Teoría del derecho —¡el de más abundante y sutil producción ius-«novelada»!—: antes bien, ahí el efecto-Vicente [5] hace que la «celestialidad», ya sea bajo unas u otras modalidades discursivas, se imponga como requisito de aceptación ampliamente dominador.

Quiérase o no, la cuestión básica en que se encuentra involucrado todo razonamiento jurídico es, antes que nada, dicho asunto: «¿cielo» o «tierra»?, ¿«novelas» o realidad social?, ¿semántica (pura) o pragmática (discursiva)?, o como mejor guste llamársele a eso mismo. He ahí donde reside principalmente la insalvable zanja teorética entre los estudios de los autores a quienes se conoce como *realistas* jurídicos [6] y las demás orientaciones en Teoría del derecho. En exámenes efectuados por aquellos otros autores es puesto el dedo en la llaga, pues des-velan el carácter «noveleril» (sin usar ellos tal expresión) que tienen variados aspectos característicos de los razonamientos practicados por los juristas. Las tendencias del pensamiento jurídico muy mayoritarias, en cambio, se dedican a presentar principalmente desarrollos que hacen abstracción de tales des-velamientos [7]. Para explicarme al respecto, abordaré los siguientes ítems principales:

1. Fenómenos de «bipartición» en las mentes humanas.
2. Las «*novelas* de conceptos» teoréticas.
3. Las iusnovelaciones se autoconfinan, de hecho, a desplegar unas elucidaciones esencialmente *semánticas* (éstas hacen abstracción de las dimensiones discursivo-*pragmáticas* —si es que las tienen— de las tramas conceptuales presentadas así).
4. Excurso: Carácter parateologal de esas «*storytelling*» (y el metodologismo como tentación).
5. La alternativa jurídico-realista: encarar el derecho como una *tecnología social*.
6. Conclusión: Valor heurístico de la categoría de análisis «novela de conceptos».

1. FENÓMENOS DE «BIPARTICIÓN» EN LAS MENTES HUMANAS

Mientras alguien mira una película o mientras lee una novela, su atención permanece confinada a concentrarse sobre la trama de aquéllas en sí, *exclusivamente* sobre esta *misma*. Los personajes y sus acciones son tomados tal como se presentan allí, sin más. El lector de un cuento o quien ve una telenovela apartan de su pensamiento toda inquietud —mientras se permanece vinculado por el conjuro de esta experiencia estética— acerca de si esos personajes y las conductas que allí tienen lugar existan también *afuera* de estas obras mismas. A nadie se le ocurre, mientras está en *eso*, ponerse a averiguar si dichos personajes existen y hagan cosas semejantes en el mundo social real. Para sus espectadores o sus lectores queda absolutamente aparte de su

[5] *Vid.* HABA, 2001/2009.

[6] Sobre la noción de «realismo» jurídico, *vid.* HABA, 2006, esp. 273 y ss. y 330 y ss. (o 2010: esp. 591 y ss. y 679 y ss.); se añaden precisiones complementarias en su Sec. E.V (2012: Sec,. G.5).

[7] Así es cómo ellas pasan simplemente por encima del «Síndrome normativista», *infra*, n. 36, y demás expedientes esencialmente retóricos de los razonamientos que los locutores jurídicos profesionales efectúan en realidad. *Vid.* HABA, 2006, Sec. C.I.ß (o 2012: Sec. D.II).

foco de interés, mientras tanto, cómo transcurre la vida cotidiana de los actores (de eso se ocupan, pero aparte, los *paparazzi*), ni tampoco se están fijando aquéllos en la conducta real de gentes reales que puedan acaso parecérseles en algo a esos actores. No interesa, mientras tanto, nada más que las peripecias desarrolladas en el mundo *propio* de la trama presentada allí. Sólo después, finalizada la película o el capítulo leído esa noche, es a lo largo del prosaico día siguiente cuando la vista se dirige hacia tales o cuales aspectos del mundo circundante habitual, éste donde cada quien se mueve con independencia —¡por supuesto!— de aquello que tan enteramente absorbe su atención en aquellos ratos-aparte durante los cuales ha estado sumergido bajo el hechizo estético.

La mente se acomoda a una bipartición entre sus experiencias de orden estético y sus experiencias mundanas, cada cual de esos dos sectores no se «toca» (por decirlo así) con el otro. Tratándose de las páginas de una novela, su lectura pone en juego exclusivamente ciertos niveles *semánticos* —semántico-emocionales, semántico-evocativos, semántico-imaginativos, etc.— de nuestra conciencia. Así ese discurso está desprovisto, o poco menos, de dimensiones pragmáticas: no conlleva unas conductas positivas o negativas en la vida corriente. Carece de las consecuencias fácticas que nuestras comunicaciones lingüísticas con otras personas suelen conllevar. [Mi acotación «o poco menos» es para no pasar por alto la circunstancia de que, a decir verdad, aun esos discursos producen ciertos efectos prácticos: las telenovelas sugieren, implícitamente, modelos de comportamiento que pueden ser adoptados efectivamente en el ámbito conductual de quienes las siguen, además ellas son objeto de comercio en el mercado, etc.; incluso los discursos-novela teoréticos tienen efectos conductuales, por cuanto su desempeño forma parte de actividades académicas y sus textos se venden en el mercado. A lo que habré de referirme al señalar la tan magra trascendencia que tales teorizaciones tienen con respecto a las «dimensiones *pragmáticas*» del derecho, es al hecho de que aquéllas carecen de importancia para los discursos de éste en cuanto *tecnología social*[8]. Más aún, contribuyen antes bien a apartar la vista de cuánto pasa y cuánto no pasa en esta última dimensión].

Fenómenos de bipartición (o hasta triparticiones, etc.) en la mente humana se producen también en muchas otras esferas de atención de nuestras vidas[9]. Se dan siempre que una parte de nuestra conciencia hace «rancho aparte» con respecto a cierta otra parte de ella misma, aun cuando ambas se refieran supuestamente a la misma especie de cosas, o en todo caso a unas muy estrechamente ligadas entre sí. Pasa esto aun a pesar de que nuestra percepción mental en una de dichas esferas pueda ser, con frecuencia, netamente contradictoria con lo que entendemos en la otra[10]. Paradigmático es el

[8] *Vid.* más abajo § 5.

[9] La esquizofrenia no viene a ser, al fin de cuentas, sino el grado más extremo de tal tendencia en nuestras mentes. En sus niveles comunes, tanto en nuestros pensamientos cotidianos como en la teorización, esa tendencia forma parte de maneras muy normales de «ver» tales o cuales aspectos de nuestro entorno social.

[10] Puede haber también triparticiones o más, así en función de lo que en Sociología se conoce como los diferentes «roles» sociales que desempeñe una misma persona. De todos modos, para lo que deseo subrayar, el asunto no se reduce a una diferencia de «roles», sino que lo interesante son las *contradicciones* entre los dos roles específicos considerados aquí, esto es: entre *eso* que como teórico se piensa en el plano novela-de-conceptos y lo que pasa en la vida jurídica real.

caso, tan corriente y tan sabido, de quien el domingo va a misa, mas durante la semana hace todo lo contrario de cuanto proclama el sermón con el cual se siente identificado (¡con gran reverencia!) en aquel otro momento.

Sería erróneo, para dar cuenta de tales circunstancias, presuponer que se trata, en la mente de los propios protagonistas, de algo así como una hipocresía simplemente. No es que ellos mismos tengan verdadera conciencia, en *ambos* momentos, de que en cada uno de éstos piensan algo que es incompatible con lo pensado mientras transitaban por el otro. No basta con que una contradicción exista, para ser advertida como tal. De ahí que, por ejemplo, cada ideología pueda comportar sus contradicciones internas, y más aún si ella es cotejada con hechos «incómodos», pero difícilmente estos últimos perturban la fe que a aquélla le dispensan sus partidarios. Y ni qué hablar de que acaso a cada persona, ya en el ámbito de su vida privada, vayan a acarrearle zozobra unas inconsistencias en que incurren sus propias conductas. Tanto en unos como en otros casos, lo más probable es que la contradicción no llegue a presentarse al umbral de la conciencia del protagonista, posiblemente no es advertida ni siquiera en algún recoveco de su inconsciente. Y si por azar alguien trata de hacérsela notar, de seguro habrá a mano algún argumento *ad hoc* para sacudírsela de encima [11], si es que acaso el impugnado tolere perder un poco de tiempo en escuchar razones al respecto. Puesto de manera gráfica: ahí la mano derecha (pensamientos A) suele no enterarse de en qué esté ocupada la mano izquierda (pensamientos B), y viceversa, ambas posadas sobre el mismo cuerpo; o bien, sucede que simplemente su dueño presupone que colocando aquella mano en su cabeza (convicciones A) está asimismo rascándose los pies (conductas B).

Las mentes de los seres humanos reales funcionan, para múltiples esferas de sus comportamientos, análogamente a cómo pasa cuando ellos sintonizan un aparato de radio o de televisión. Uno mismo elige, o alguien lo hace por nosotros, *cuál* «programa» de los emitidos retiene nuestra atención, entre distintos posibles, en un momento dado. Podemos ver el noticiero que se transmite en un canal o en cambio ver un partido de fútbol que se transmite en otro canal o tal vez preferir aprender cómo se preparan unas recetas de cocina que muestran en un tercero; no atendemos a esas tres cosas a la vez, en el mismo televisor (comparación: una misma mente), pues estos tres programas se transmiten a la misma hora [12]. Cuando se está en una cosa, no se está en otras. Claro que ello no tiene por qué, en principio, ser perjudicial para nuestra conciencia de esas distintas cosas. Antes bien puede beneficiarla, justamente por no confundirlas entre sí. Así es cómo en las ciencias, desde luego, no se habla de todo al mismo tiempo, ni siquiera en cuanto a la materia de una misma disciplina. Es indispensable empezar por examinar una por una, separadamente (divisiones del trabajo), distintas cuestiones; sin perjuicio de poder señalar oportunamente relaciones así comprobadas entre ellas, incluso eventualmente ciertas conclusiones de conjunto.

---

[11] Por supuesto, esos argumentos *ad hoc* están muy lejos de tener la consistencia racional de las razones *ad hoc* presentadas para mantener en pie, llegado el caso, unos paradigmas científicos en las ciencias naturales (para la discusión sobre esto último, *cfr.* los conocidos estudios de LAKATOS y de FEYERABEBD).

[12] Esta imagen presupone, desde luego, aparatos de televisión tradicionales y donde no hay más que uno disponible en el mismo sitio.

Todo eso es bastante obvio, o más bien parece serlo. Por supuesto que a nadie se le va a ocurrir confundir entre sí los contenidos de dos estaciones de radio diferentes, digamos una musical y otra de informativos (p. ej., creer que se está enterando de las noticias políticas del día por la audición de un concierto), ni el ortopedista va a pensar que está examinando la tibia del paciente cuando le presentan la radiografía de una costilla de esta persona. Sin embargo, hay terrenos de nuestro pensamiento en donde las cosas no se nos presentan tan sencillamente. En nuestros «canales de televisión» o «radioemisoras» *internos*, o sea, las atenciones dispensadas por nuestra propia conciencia, se hacen presentes sectores de «sintonía» entre los cuales optamos según los momentos por los que la conciencia personal va transitando. No pocas veces la transición entre uno y otro «canal» no se nos aparece nítida, o no la vemos del todo. En eso consiste, como se sabe, el conocido fenómeno del *wishful thinking* en general (no distinguir entre el «canal»-deseos y el «canal»-realidades), también toda suerte de hipostasiamientos ideológicos y otros expedientes de autoengaño.

Asimismo para el plano de las elucidaciones teoréticas, sobre todo en el marco de unas teorizaciones sobre los fenómenos sociales, biparticiones que no se advierten como tales son no poco numerosas. Entonces no se nota la diferencia clave entre dos «sintonías» que corresponden a dos órdenes de «programas» cuyos contenidos pueden no concordar entre sí: nuestros pensamientos, como tales, y unos acontecimientos del mundo exterior. A tal indistinción contribuye poderosamente que lo uno y lo otro pueden aparecer catalogados de maneras homónimas: p. ej., «proletariado» en los textos de MARX y «proletariado» en las conductas concretas de ciertos sectores de la población en un país dado, «justicia» en RAWLS y «justicia» en la convicción de cada una de las partes de un proceso judicial. Así es cómo con frecuencia se dan tales biparticiones en las mentes de significativos grupos de académicos al desplegar su pensamiento teorético; pero no acaso para organizarlo de acuerdo con unas convenientes divisiones del trabajo intelectual y con plena conciencia de lo que éstas significan como tales, sino dando lugar a *in*distinciones que resultan esencialmente confusionistas. De la bipartición operada al dejar que el intelecto se *aísle* de las realidades a las cuales supuestamente concernirían estos desarrollos discursivos no tienen conciencia quienes permanecen sumergidos en una sola «sintonía», la *inmanentemente* teorético-«novelada», acerca de los asuntos considerados.

2. LAS «*NOVELAS* DE CONCEPTOS» TEORÉTICAS

El universo mental de ciertas tramas discursivas académicas tiende a permanecer *ENCERRADO EN SÍ MISMO* similarmente a como lo está el de las novelas, cada cual en cuanto a lo suyo propio: protagonistas-individuos en las novelas, protagonistas-ideas en tales teorizaciones. En este último caso, aquello en que está ocupada la mente durante el horario en que atiende a la novela-teoría (sintonía A) no llega a «tocarse» verdaderamente, no tiene cómo ni por qué interferir —al ser vistas las cosas *así*— con las vivencias, ni las propias ni las ajenas, experimentadas en el mundo-afuera (sintonía B). Las programaciones de esos dos «canales» se comportan, de hecho, como *inconmensurables*; empero, en virtud del fenómeno de bipartición mental señalado, quienes siguen

los desarrollos novelados de una teoría no tienen conciencia de esta inconmensurabilidad, hasta llegan a imaginarse que esa novela es un noticiario. Los discursos de tales teorizaciones se desarrollan en formas que constituyen unos autismos intelectuales, al menos en buena medida.

La trama teorética propia de cada una de esas teorizaciones consiste esencialmente en las cabriolas discursivas que allí escenifican tales o cuales protagonistas-ideas. Una vez puestos en órbita, éstos se conservan esencialmente aparte del mundo empírico, como también se mantienen aparte de las tramas de otras novelas teoréticas, y más que más de cuanta teoría o cuanta evidencia empírica contradigan su propia trama en todo o en parte. Quienes sostienen dichas ideas se abstienen de cotejarlas con experiencias cotidianas capaces de poner en jaque el eventual acierto de aquéllas. En las tramas teoréticas concebidas así, el razonamiento se desenvuelve, *mutatis mutandis*, como en el ajedrez. En éste, no es cuestión de ver si hay caballos trotando en algún lado o reinas haciendo actos ceremoniales en sus palacios, sólo se trata de conocer bien cómo se mueven unas piezas llamadas así en el *tablero* que constituye el universo mental hacia el cual va dirigida *toda* la atención de los jugadores. En la Teoría del derecho, por su parte, las «piezas» del «tablero» son unas nutridas constelaciones de juegos de conceptos presentados como «técnicos». Consisten en definiciones estipulativas, cuyos movimientos discursivos dependen sobre todo de cuáles sean las piezas escogidas por cada jugador y cómo se decida moverlas entre las casillas de ese tablero *mismo*. Los razonamientos de esas clases de discursos jurídicos se presentan como autosuficientes, de modo implícito, puesto que para aceptar sus contenidos no hace falta mirar más allá de semejante trama *en sí misma*.

Así es cómo el «estilo» dominante para los razonamientos jurídicos fundamentales, tanto en su doctrina normal como en múltiples elucidaciones «exquisitas» [13] de Teoría del derecho, desarrolla los «juegos lingüísticos» de que se componen sus discursos sujetándolos a ciertas «gramáticas» propias que, si bien se mira, en definitiva los hacen funcionar al modo de unas novelas *sui generis*. Sólo que, los protagonistas de las figuraciones mentales de que se componen estas últimas no son unos seres imaginados a semejanza de los de carne y hueso. Ahí se trata, en cambio, de ciertos enjambres de conceptos propiamente dichos, cuyos encuentros y desencuentros habitan en circunvoluciones mentales de *vis* específicamente teorético-ideal [14]. Los personajes de esas novelas de conceptos son unos símbolos lingüísticos, ahí toman «vida» *propia* éstos mismos. [Por ejemplo: tal como el lector de una novela o el espectador de una obra de teatro o el de una serie televisiva se autoconfinan a fijarse nada más en lo que aparece *allí* mismo, no menos autistamente funcionan los juegos de lenguaje en el tramado de la «novela» propia de los personajes-terminología en que consiste la axiomática de FERRAJOLI [15]].

---

[13] *Cfr.* HABA, 2013a.

[14] «Cada concepto ... piensa única y exclusivamente en sí mismo [o, en todo caso, también acerca de unas «conversaciones» con sus propios congéneres en el mismo cielo]...», JHERING, cita completa *supra*, en el *motto* del presente estudio.

[15] He señalado algo al respecto, muy aforísticamente apenas, en AA.VV., 2010, 324 (n. 3) y 383 (n. 38). Sólo de data muy reciente (hasta donde tengo conocimiento) se ofrece una detallada crítica *propiamente dicha* —esto es: no restringida de antemano a no «salirse» del plano mismo de esa iusnovela como tal («cielo» jurídico), sino cuestionando sus personajes-conceptos desde la perspectiva del derecho como *realidad* («tierra»

Es verdad que el *origen* de esas conceptuaciones tiene que ver, en medidas mayores o menores, con aspectos de ciertos tipos de discursos que ese teórico encuentra en la vida real: ya sea en el ejercicio de actividades profesionales comunes (p. ej., las jurídicas) o profesorales, o hasta puede ser que aquéllas se hayan fijado como fuente inicial de inspiración en giros de unas comunicaciones cotidianas habituales. Por eso es que ello guarda todavía algún tinte de evocación con respecto a ciertos aspectos de unos hechos sociales discursivos. Sólo que, el teórico «novelador» abstrae tales aspectos —los elegidos por él y de la manera cómo los toma— de sus contextos *reales*. Les hace «remontar vuelo» hacia su cielo *propio*. A partir de entonces, de la manera en que esos aspectos quedan así remodelados permanecerán incólumes en su «cielo» propio, para los locutores que se sumergen en *estos* juegos de lenguaje académicos. Ya nada «exterior» a esa novela de conceptos podrá hacer mella en la validez de éstos mismos ni en las tramas que los relacionan entre sí. Teorizaciones cuyos discursos se desarrollan de maneras bastante «noveladas» no escasean en el seno de las ciencias sociales en general.

En virtud de dicho origen y sobre todo por las homonimias mantenidas a partir de éste, esos enunciados teoréticos consiguen ser engañadores, suele pasar inadvertida su «celestialidad». Tanto más es así por cuanto los conceptos básicos manejados, ya sea unos tomados de discursos con que suelen hacerse presentes esos fenómenos mismos o de la manera cómo éstos sean reformulados por el autor, suelen presentarse pintados de manera lo suficientemente vaga como para que los alcances *prácticos* de tales parecidos eventuales no puedan ser aquilatados mediante tests empíricos. Por lo demás, no pocas veces se trata de enunciados que al fin de cuentas consisten en: *a)* ciertas trivialidades parafraseadas en una jerigonza sofisticada); *b)* o bien, es llamar la atención sobre unas minuciosidades que, aunque sean ciertas y hayan podido pasar inadvertidas, el conocimiento de éstas mismas es tan superfluo como lo sería ponerse a averiguar cuál es el grosor diferente de cada uno de mis cabellos para poder peinarme [16].

Claro que aun las novelas comunes no podrían ser entendidas si su lector no tuviera ciertos conocimientos elementales sobre la vida en sociedades reales, vale decir, si los personajes de aquéllas no guardan *algunos* parecidos con gente del medio cotidiano en que se mueven el lector y aun con lo que éste cree saber sobre otras gentes (eso que cuentan los periódicos y la televisión, lo aprendido en la escuela, etc.). Análogamente, también las tramas de iusnovelística [y muchas otras de amplia circulación académica: p. ej., las de la sistemonovelística-«autorreferencial» luhmanniana] aluden de algún modo a situaciones que se dan o pueden llegar a darse en la vida real. Pero en estas tramas, las condiciones de hecho aparecen «filtradas» —mediante determinada terminología *supra*empírica— de manera que entonces quedan fuera de consideración, o no aparecen sino confusamente, renglones muy decisivos de la realidad supuestamente mentada.

---

jurídica)— con respecto a las conceptuaciones de dicho autor: *vid.* ese estudio de SALAS, 2012 (sin equivalente, hasta donde yo sepa, en la literatura acerca de FERRAJOLI).

[16] *Cfr.* JHERING, 1974, 202 y ss., sobre la «máquina partidora de pelos» (*Haarspaltemaschine*) en el «cielo» de los juristas. Como ejemplo paradigmático de cómo desplegar una diligencia infatigable en poner a trabajar una productivísima rebanadora-de-pelos iusteoréticos, ahora tenemos las plétoras de clasificaciones en que se entretiene FERRAJOLI (*vid. infra*: a la altura de la n. 27 y esa misma nota).

Así y todo, las novelas teoréticas dan por descontado que ellas mismas se están *refiriendo* a tales o cuales circunstancias de la realidad. Hasta pueden señalar ejemplos al respecto, efectivos o hipotéticos. Sólo que, hay dos cuestiones fundamentales que no son distinguidas entre sí en tales planteamientos. Una cosa es entender que determinado razonamiento se *refiere* a X (aun suponiendo que exista un X real); otra, muy distinta, es saber cómo y en qué grados X mismo, el *real*, se corresponda de veras con cuanto acerca de él se señala en dicho razonamiento. La diferencia es muy sencilla, aunque no poco a menudo pasa desapercibida con respecto a aseveraciones teoréticas: hablar *de* algo llamado X no es ninguna garantía en cuanto a que las consecuencias que nuestro razonamiento extraiga de ahí se correspondan con cómo las «cosas» llamadas X funcionan en la *realidad*. Unas coincidencias entre lo uno y lo otro pueden darse... *¡o no!* Que se den o no se den, no puede saberse *a priori*, o sea, con sólo acreditar que el discurso en cuestión habla *de* el asunto considerado. Sin embargo, lo más característico de las novelas de conceptos es que ahí, en *sus* «tramas», todo se desarrolla *como si* la segunda cuestión, una equivalencia entre «referirse a» y «práctica de», estuviere resuelta de antemano en sentido obviamente afirmativo. Esto es: como si bastare con *entender* las inferencias conceptuales en que consiste dicha trama, como tales, para saber asimismo cómo las cosas *suceden* en la vida real. Al menos implícitamente, esos teóricos pre-suponen que las diferencias entre lo uno y lo otro —tramas conceptuales *vs.* realidades (eventualmente homónimas)— no existen o son excepcionales, o en todo caso que no podrían ser de naturaleza tal como para estar en condiciones de invalidar las inferencias teoréticas *inmanentes* a ese discurso.

* * *

Desde luego, el manejo de los símbolos conceptuales con base en los cuales se conforman tales o cuales discursos no tiene por qué ser engañador necesariamente. Puede serlo o no serlo. No lo es sino cuando esos discursos se llevan adelante sin verificar cuáles sean sus correspondencias *efectivas* con las REALIDADES mismas, sean colectivas o individuales, a que los símbolos en cuestión se entiendan referidos. Mas no es necesario, ni viable, que tal correspondencia se ponga a prueba *cada vez* que un concepto aparece en el discurso considerado, o sea, efectuar tal examen puntualmente en todos los casos referidos y en cada uno de sus aspectos ahí señalados. Semejante minuciosidad es imposible. ¡Sería de nunca acabar! Basta que el control tenga lugar, o al menos no sea imposible o apriorísticamente descartarlo sin más, con respecto a ciertos enunciados muy decisivos de la teoría considerada; en adelante se pasará a efectuarlo sino cuando tales o cuales de sus aplicaciones susciten dudas. En este último caso, lo que corresponde someter a verificación empírica, por cuanto hace a la aplicación de unos conceptos específicos, es solamente aquello en que estén ancladas, al menos *prima facie*, las dudas principales [17].

Si no se adopta una precaución absolutamente fundamental: tomar el cuidado de *comparar* las palabras con tales o cuales realidades que están *más allá*, o sea, con unos *algo* (sean éstos lo que fuere) que de alguna manera (sea cual fuere) no se agotan en

[17] Por cuanto concierne al asunto de las «pruebas» para el tipo de enunciados que en particular suelen conformar la materia específica Teoría del derecho, he efectuado algunas observaciones básicas en HABA, 2011a, § II.2.

el pensamiento *mismo* de esas palabras, entonces nuestra mente se confina a quedar enclaustrada, mientras cumplimos esos discursos, en unos mundos de las ideas que circulan *autónomamente*, son pensamientos acerca de *pensamientos*. Mediante tal bipartición de nuestra mente —por un lado, los desempeños profesorales de unas novelas de conceptos prestigiosas en el mundo universitario; por el otro, las realidades cotidianas hipotéticamente mentadas así— «perdemos pie» con respecto al mundo circundante, salvo el que consiste específicamente en unos intercambios de mensajes académicos.

No quiere decir que esos teóricos nieguen a texto expreso la pertinencia de cotejar sus ideas con algunos hechos reales. Aquéllos no impugnan de manera abierta los métodos de comprobación conocidos en las ciencias sociales; tampoco proponen otros medios alternativos de testabilidad. Se contentan con simplemente apartar la vista de eso. En todo caso, no suelen efectuar tales comparaciones —ideas *vs.* realidades— ellos mismos, o no lo hacen mediante exámenes verificables *intersubjetivamente* por medios de control acreditados en las ciencias sociales empíricas, ni mucho menos aceptan poner sobre la mesa de examen las posibles «falsaciones» señaladas por quienes contradigan dichas ideas. (El arma más eficaz para asegurar siempre la autosatisfacción de quienes «sintonizan» determinada novela de conceptos teoréticos es, sobre todo, no sintonizar ningún otro «canal», ni teorético ni práctico, capaz de interferir con la trama propia, al menos mientras se desempeñan las discursividades académicas correspondientes).

Claro está, hay diferencias entre los autores en cuanto al respectivo grado de «novelismo» de sus teorías, o aun entre enunciados de un mismo autor: por ejemplo, buena parte de elucidaciones como las de ALEXY u otros autores de la teoría «estándar»[18] acerca de la argumentación jurídica no guardan una distancia tan inconmensurable como la axiomática de FERRAJOLI frente a los razonamientos con que se lleva a cabo la actividad jurídica profesional en la práctica[19]. Pero esto no quita que de todas maneras, sean cuales fueren las diferencias particulares entre unas y otras de esas teorizaciones, los asuntos principales de que se ocupan éstas, tal como aparecen planteados allí mismo, no es qué pasa en el mundo-afuera sino qué se *diga* en el interior mismo (*i.e.*, la propia palabra de los propios teóricos considerados) del respectivo mundo-novela. La bipartición novela/realidad asegura que los personajes teoréticos sean inimpugnables en su universo discursivo propio. En todo caso, se considera suficiente la existencia de la similitud *lingüística* entre los nombres de los personajes-conceptos de la trama novelada (p. ej., «racional» o «razonable») y una terminología usada en ciertos discursos de la vida real (p. ej., en la fundamentación de sentencias judiciales), para que no haya por qué poner en duda la validez *sin más* de aquéllos.

Un ejemplo: *La vertebral falta de referentes empíricos* **netos** *—bien diferenciables como* **tales***— en los discursos del tipo «sistémico»-luhmanniano.*

Vid. lo del carácter «autopoiético» en comunicaciones que llevan la denominación *derecho*. Letrero nuevo, aquél, para aspectos por demás conocidos. Sustancialmente (*i.e.,* jerga «sisté-

[18] *Cfr.* el debate que al respecto ofrece AA.VV., 2010; y publicado aparte, pero formando parte de ese mismo debate, *vid.* también HABA, 2011a. Más amplio: AA.VV., 2013.

[19] Sobre la inocuidad general que tienen las formulaciones de lógica deóntica, no sólo para manejar sino de por sí para entender las dinámicas reales del pensamiento jurídico, *vid.* HABA, 1996 (o alguna de sus versiones posteriores).

mica» aparte) ello no es mucho más que venir a re-descubrir la existencia del agua tibia, sólo que cubriendo las referencias a su liquidez y a su temperatura con unos cuantos letreros altisonantes. Puesto en términos laicos: «descubrimiento» de que, cuando unos locutores jurídicos logran (con aceptación de otros muchos colegas) introducir unas pautas relativamente nuevas en el seno de ese no menos heterogéneo que multifacético conjunto de pensamientos llamados «derecho», esto suele hacerse tomando en consideración también tales o cuales ideas previas ya ubicadas antes bajo este mismo letrero, llamadas igualmente «derecho».

LUHMANN participa así de la común candidez lingüística (pre-analítica) de dar por descontado que: *una* palabra = *un* objeto inequívoco (individual o colectivo o algún ente teorético) bien determinado —«naturalismo» lingüístico—. Suscribe, de tal manera, la ingenuidad corriente de la dogmática jurídica en cuanto a pre-suponer la existencia de *un* objeto global bien definido, firmemente delimitado como tal —es decir, neta y unívocamente diferenciable, frente a todos los demás objetos existentes (sean materiales o intelectuales o psicoemocionales)—, lo cual sería *EL* «sistema»-derecho de cada país. De ahí que, en virtud de existir (supuestamente) semejante *UNITARIEDAD* (esencialismo, al fin de cuentas) en lo llamado *derecho*, las teorizaciones sistémicas den por pre-supuesto que hay *el* «adentro» de esa unidad y *el* «afuera» de ésta misma; y si bien algo de «afuera» pueda —según esas aproximaciones— pasar hacia «adentro», con lo cual en algún momento ese algo pasa a quedar «adentro», ello no quita que las fronteras entre lo uno y lo otro serían siempre *netamente* distinguibles entre sí (ahora pasando a comprender también, en el propio interior de uno de ellos, algo que antes no estaba allí mismo). Las teorizaciones de LUHMANN con respecto a los fenómenos que se suele llamar jurídicos saltan así por encima, como si tal cosa, de las abrumadoras (y no poco conocidas) evidencias *empíricas* sobre la multivocidad de la palabra «derecho», la enorme heterogeneidad de sus contenidos y la gran irregularidad de gran parte de ellos. En efecto, así se des-conoce que:

> La interpretación jurídica es una *mezcolanza* indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos (G. RADBRUCH).
>
> Empezamos preguntando por *el* significado de la palabra «derecho» (dando por sentado que sólo tiene uno legítimo), y de allí hay un solo paso —y muy breve— a la pregunta por la «naturaleza» o la «esencia» *del* derecho, pregunta que sólo puede ser contestada —presuponemos— describiendo las características de *la* entidad en que *el* significado único [supuestamente] de la palabra «derecho» consiste. Todo ello se ve favorecido por la ambigüedad de la pregunta «¿Qué *es* derecho?», en la que no está claro si estamos pidiendo se nos indique el significado (o significados) de la *palabra* «derecho» o que se nos describan las propiedades o características típicas de los *fenómenos* usualmente designados con ella, o alguna otra cosa. Pero es el caso que la palabra «derecho» tiene muchos significados, no *uno* solo (G. R. CARRIÓ).
>
> La dificultad de desarrollar *un* concepto «derecho», cualquiera sea, reside en que ha de incluir una multiplicidad de detalles *inusitadamente diferentes* entre sí. Tal vez resulte posible ponerlos todos bajo un mismo techo mediante alguna designación, pero no veo qué se ganaría con ello. [...] En cierto sentido, el derecho es tan *omnicomprensivo* como la vida... (K. L. LLEWELLYN).

A pesar de todo lo palmario que es cuanto advierten estos pasajes transcritos, LUHMANN se contenta con simplemente hacer abstracción de esa *NO*-unidad del «derecho». He aquí una afirmación cardinal de dicho autor, insuperablemente reveladora de esta formidable inocencia suya al emplear el lenguaje en que se basan sus planteamientos:

> Es el derecho *mismo* quien determina cuáles son los *límites* del derecho; éste determina, pues, *qué* pertenece al derecho y qué no» (cursivas añadidas aquí) [«Das Recht selbst bestimmt, was die Grenzen des Rechts sind; bestimmt also, was zum Recht gehört und was nicht» (N. LUHMANN, 1993, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 5)].

Aun haciendo abstracción de lo notoriamente tautológica que es tal aseveración (lo cual ya, de por sí, la hace huérfana de todo valor informativo *empírico*), resulta que su autor se conforma con dar tranquilamente por pre-supuesto, sabido *porque sí*, como si fuera algo de lo más obvio, nada menos que cuanto es indispensable empezar por aclarar —¡y hacerlo muy, pero muy bien!— cuando uno entiende referirse a fenómenos *reales*, sean cuales fueren, al decir «derecho». En efecto, si se menciona «derecho» en forma tan indiscriminadamente generalísima como lo hace ese autor, lo menos que puede pedirse, tratándose de un discurso con pretensiones CIENTÍFICAS, es que, dada la gran multivocidad de dicho término, el locutor comience por dejar especificado con nitidez empírica (dije «empírica», ¡concepto «novelado» es otra cosa!): *¿quiénes*, y sobre todo *cómo*, serían los tipos de seres humanos capacitados para saber a ciencia cierta qué es y qué *no* es «derecho» en cada ocasión?; y máxime cuando, como es no poco frecuente, hasta los propios juristas (ya sea entre operadores profesionales corrientes o entre autores de doctrina) discrepan al respecto. ¿Qué datos revelados mediante conocimientos *empíricos*, reconocibles intersubjetivamente como tales, ya sea conductas materiales o elementos discursivos, serían los que permiten distinguir inequívocamente ese objeto de conocimiento llamado «*el* derecho mismo», supuestamente unitario y único, frente a todo cuanto sea *no*-«el derecho mismo»?

La respuesta a preguntas tan decisivas como ésas para saber cómo descender del «cielo» (*auto*semántico) para arribar a cuanto es la «tierra» (¡*praxis* de los discursos imputados a esa palabra!) en aserciones sobre lo que se llame «derecho», sea esto último lo que fuere, brilla por su ausencia —hasta donde tengo conocimiento— en la iusnovelística de LUHMANN. Mas también en cuanto a los otros «sistemas» señalados por ese autor: «política», «religión», «arte», etc., la in-definición en que él deja sus ámbitos *empíricos* propios es similar. Su pre-(y contra-) empírico naturalismo lingüístico le hace dar por descontado, igualmente con respecto a esos otros términos, que asimismo éstos tienen respectivamente su ámbito objetual determinado en forma bien neta; vale decir, que los límites específicos que permiten distinguir a cualquiera de esos «sistemas» frente a cualesquiera otros «sistemas» son tan obvios como la separación entre los respectivos «sistemas» físicos de dos seres biológicos (entre dos animales, entre dos plantas). Así es cómo queda de antemano establecido en forma *axiomática*, decretado por definición, que los personajes-conceptos de esa saga novelística «sistemas»-sociales no pueden interactuar de ninguna otra manera que presentándose de pleno acuerdo con cuanto para aquéllos estime debidamente «sistémico» el ingenio lingüístico de su autor, en las tramas discursivas que armadas con ellos tenga a bien señalar este mismo (u otros teorizadores que apliquen esquemas de estudio similares).

En definitiva, las teorizaciones de LUHMANN carecen de los requisitos mínimos de rigurosidad que son indispensables —precisión, contrastabilidad metódico-empírica— para constituirse en una *ciencia* de lo social, ni siquiera entre las «blandas». Nada más lejano a la verdad que pre-suponer, como se dio por sentado en el célebre debate HABERMAS-LUHMANN (1971), que elucidaciones como las de este último puedan servir como «*tecnología* social» (*Sozialtechnologie*), ni para bien ni para mal. Bien visto, éstas constituyen un tipo peculiar de ensayos de *filosofía* (pre-analítica) acerca de lo social. Es una metafísica de raigambre hegeliana, si bien son diferentes sus fichas lingüísticas y los órdenes de combinaciones efectuados entre ellas. En sus holísticas novelaciones propias, el comodín central se llama ahora Sistemas, en vez de Espíritu; no menos inefable/ubicuo el uno que el otro, por más que sus respectivas peripecias lingüísticas difieren mucho en cuanto a las historias terminológicas narradas de tales maneras. Sin embargo, también es cierto que, después de todo, tanto los universos lingüísticos de la metafísica hegeliana como los de la metafísica luhmanniana pueden llegar a contener, en medio de la respectiva *musica di parole* que constituye su tónica dominante, algo así como unos «pincelazos» que incluso apuntan indicios importantes sobre ciertos fenómenos reales de los aconteceres sociales (aun a pesar de todo lo empíricamente imprecisa que ahí sea la presentación de esos fenómenos, al estar formularla mediante tales jergas). Para estudios realistas sobre lo social pueden merecer ser tomados en cuenta esos «pincelazos», entresacándolos del mar de artilugios verbales en

que probablemente vengan insertados; siempre y cuando no consistan sobre todo en rebautizar trivialidades —p. ej., lo de la «autopiesis» en cuanto al derecho— o en unas colecciones de minuciosidades secundarias cuyo conocimiento es muy prescindible. Cuando las «sistemo»-presentaciones consiguen vislumbrar, sea como fuere (aun en medio de sus cosmologías lingüísticas propias), aspectos importantes de la realidad social que acaso hubieren pasados inadvertidos (en tal o cual medida) para los científicos sociales realistas, desde luego que éstos no debieran desaprovechar tales indicios de conocimiento, aunque fueren bastante imprecisos. Por el contrario, habiendo conseguido advertir así estos indicios («pincelazos») en el *context of discovery* teorético, unos estudios realistas harían bien en retomar tales pistas, pero entonces para precisarlas, profundizarlas y ampliarlas, por su propia cuenta: esto es, ubicando ahora el examen sobre esas cuestiones de pleno en el nivel mismo del *context of validation* analítico-realista requerido para practicar exámenes inclaudicablemente metódico-*empíricos* al respecto.

[*Vid.* también *infra,* n. 29 y el último párrafo («Acotación») de la digresión «Ilustración» en el § 3. Sobre los llamados «sistemas» en las ciencias sociales, *cfr.* HABA, 2000, esp. (especialmente) § 6 («Conformación profundamente heterogénea y antinómica del derecho») y §§ 7-8 («El mito del «sistema»»), 575-585 [esos desarrollos se retoman, con ampliaciones, en HABA, 2006, Sec. C.II.1 («La ilusión de venir a detectar unos «sistemas»», 231-254); e *id.*, 2010b, cap. II.4 («Ilusión, en las ciencias sociales, de proceder a detectar unos «sistemas»». Por lo demás, en cuanto a la multívoca palabra «derecho», *vid.* HABA, 2006, Sec. C.I.1 (esp. 173-180: «Integración proteica de lo que se conoce como "el" derecho»; allí se encuentran, 173-176, las líneas de CARRIÓ y LLEWELLYN transcritas aquí, con sus respectivas referencias bibliográficas; también las palabras de RADBRUCH se transcriben en dicha obra, 154, inclusive citando allí su texto original en alemán)].

Tal vez se dirá que exagero en cuanto a eso del «cielo»/«autismo», puesto que, podría argüirse, no es verdad que tales novelaciones sean tan independientes de cuanto vaya ocurriendo en el mundo «exterior». En construcciones de la dogmática jurídica, por ejemplo, los principios que se establecen en sus teorías pueden ser relacionados con situaciones de la vida real. Así, en los tribunales se considera si tal o cual principio jurídico corresponde entender que abarca o no abarca ciertas situaciones de hecho; según cuál sea la respuesta al respecto, de ahí se extraen o no unas consecuencias que van a repercutir en el plano fáctico también (ejecución de sentencias, absoluciones), mediante lo cual se contribuye a producir algunos efectos que por cierto son «exteriores» a la teoría manejada pero co-determinados por ella misma. También, ya en el plano académico, difícilmente haya algún teórico que no sea capaz de indicar unos ejemplos de la vida real, ya sea de actuaciones en los tribunales o afuera de éstos, que correspondan a las características por él señaladas para los personajes-conceptos y sus tramas discursivas, tal como éstos aparecen delineados en sus enunciados teoréticos. Y demos por descontado, incluso, que tales ejemplos se corresponden verdaderamente con los respectivos contenidos semánticos de esos enunciados, ya sea porque éstos son bastante precisos al respecto o porque en todo caso aquello cabe dentro de la propia «aureola» de vaguedad del concepto invocado (hasta para formulaciones tan máximamente abstractas como los esquemas lógico-deónticos es dable señalar significados que se les adapten en los discursos jurídicos reales).

Ahora bien, el punto clave del paralelo efectuado entre las teorizaciones «celestiales» y las novelas reside en esta cuestión decisiva: la *INMUNIDAD* que, tanto unas como otras, exhiben en cuanto a que su *propia* «trama» no es cuestionable por cuanto pase en el «exterior», afuera de ellas mismas. Es posible, sí, que entre tales tramas teoréticas existan unas que inspiren, en alguna medida, ciertos pensamientos en la psique de protagonistas de la vida real; así, en las de algunos jueces para fundamentar sus sentencias (como también los modelos de conducta mostrados en telenovelas inspiran imitaciones

en la gente); o bien, simplemente pasa que aquellas tramas guarden similitudes con aspectos de la realidad tenidos en cuenta originariamente al elaborarlas y que éstos se mantengan todavía en pie, más o menos. Sin embargo, aun en tales casos, la validez de esa trama *en sí misma* no se hace depender de que los acontecimientos «externos» aludidos así, u otros del mundo real, puedan eventualmente ser verificados mediante comprobaciones efectivas. Antes bien, se piensa a la inversa: se pregunta si tales o cuales hechos «encajan» en la novelación conceptual apriorística, mas sin hacer depender la *validez* de ésta misma de sus consecuencias *prácticas* efectivas al respecto (a diferencia de si el razonamiento jurídico es manejado, a plena conciencia, como una tecnología *social*: *infra*, § 5). Por lo demás, las eventuales similitudes entre los razonamientos jurídicos reales y dicha trama pueden ser todo lo vagas o unilaterales que el autor tenga a bien diseñar al caracterizar a sus axiomáticos protagonistas-conceptos.

[*Anotación*.—Al poner de manifiesto ese carácter como «novelado» que tienen tales discursos jurídicos, en modo alguno me adhiero a lo que señala DWORKIN utilizando esa misma palabra: «novela». Muy lejos de mis planteamientos nada que pueda parecerse a la dirección ficcionalizante seguida por dicho autor, tampoco en cuanto a que los razonamientos de los jueces hacen efectivo lo que él llama «principio de *unidad* en el derecho»; es en esto, según él, donde reside la similitud sustancial con una «novela en cadena». El recurso a la imagen «novela» tal como ello es utilizado por mí, en cambio, apunta ni más ni menos que en sentido diametralmente contrario a la *storytelling* popularizada por dicho autor [20]].

3. LAS IUSNOVELACIONES SE AUTOCONFINAN, DE HECHO, A DESPLEGAR UNAS ELUCIDACIONES ESENCIALMENTE *SEMÁNTICAS* (ÉSTAS HACEN ABSTRACCIÓN DE LAS DIMENSIONES DISCURSIVO-*PRAGMÁTICAS* —SI ES QUE LAS TIENEN— DE LAS TRAMAS CONCEPTUALES PRESENTADAS ASÍ)

En los desarrollos que presentan los estudios consistentes en unas teorizaciones noveladas, todo o casi todo se reduce a delimitar *semánticamente* ciertos conceptos y a elucidar unas posibles relaciones *semánticas* entre éstos mismos. Esas ideas se *AUTO*-legitiman, pues son manejadas de modo tal que ahí basta, para los ojos de quien se sumerge en ellas, con desarrollar discursivamente su propia «lógica» *INTERNA* (semántica), antes y por sobre cualquier otra cosa. Así es cómo muchos razonamientos jurídicos se conforman con concentrar la atención en:

> [...] aquel paraíso de los juristas [...] donde [...] el jurista, con el documento en cuestión delante suyo, puede, sentado en su mesa, inspeccionar el texto [semántica] y responder a todas las cuestiones *sin levantar los ojos* (L. O. THAYER) [21].

---

[20] Para el examen crítico de los simplistas planteamientos de ese jurista, *vid.* HABA, 2001/2009, esp. § 5 (sobre lo de «novela»; allí se encuentran también las referencias con respecto a las palabras de dicho autor transcriptas arriba). En cuanto al carácter de «*storytelling*» en las novelas de conceptos de Teoría del derecho, *vid. infra*, § 4.

[21] Citado por FRANK, 1951, 202, n. 19. Si bien tal observación, efectuada originariamente en 1898, se refiere al modo de razonamiento de juristas corrientes, también calza, ¡y hasta con mayor razón todavía!, para las novelaciones en Teoría del derecho.

En la Teoría del derecho suelen darse unos entreveros de planos —novelas ejemplares/realidades prosaicas— como aquellos que, *mutatis mutandis*, tan bien ilustra el filme de W. ALLEN, *The Purple Rose of Cairo*. Sólo que, en esta película queda bien a la vista dónde está ubicado el linde exacto entre ambos mundos, por más que algunos personajes logren traspasarlo ocasionalmente para pasar de su mundo propio al de enfrente. En cambio, las novelaciones doctrinarias jurídicas consisten justamente en esconder la existencia de su linde *propio*, éste no es reconocido ahí como *tal*: no se percibe la existencia de una frontera entre el «adentro» de cada una de esas teorizaciones, sus tramas semánticas *propias*, y el «afuera» en que consisten las conductas (intelectuales-materiales) de los operadores profesionales *reales* en los tribunales de justicia *reales*, tanto si llegan como si no llegan a ser invocadas ocasionalmente ahí algunas de tales figuras semánticas por esos operadores. La precomprensión más fundamental sobre la cual se asientan tales teorizaciones es que: conociendo bien ciertas maneras de *HABLAR* (unos «cielos» teorético-doctrinarios) = conocemos asimismo bastante bien los modos de *ACTUAR* de quienes son o deberían ser los locutores correspondientes en la vida práctica (conductas efectivas en los tribunales).

Si no se tratara ahí de unas novelas de conceptos, habría que mirar concomitantemente —¡y mucho!— *HACIA AFUERA* («levantar los ojos») de esa trama discursiva autonomizada. En efecto, una cosa es preguntarse qué inferencias *semánticas* se pueden o no se pueden extraer de determinado concepto y de sus eventuales relaciones intelectivas con otros conceptos del mismo género: para eso, uno puede quedarse en el plano de unas novelas «técnicas» aprendidas al cursar la Licenciatura de derecho y hasta llegar a entretenerse en jugar a los dibujos estenográficos de lógica deóntica. Asunto bastante diferente, en cambio, es examinar cómo los conceptos considerados (sea o no sea que se los presente encapuchados mediante dichos dibujos) funcionan *en las prácticas sociales*, si acaso son aplicados para ordenar —impedir o favorecer— conductas humanas «en la tierra». Esto último, la *pragmática* discursiva de esos juegos de lenguaje, no es algo así como un reflejo, ni mucho menos, de las novelas tejidas por las iusdogmáticas que fuere. En esa pragmática entran a jugar los elementos decisivos de los cuales la novela aparta simplemente la vista: conflictos de interpretaciones y sesgos mentales de los jueces, condiciones materiales de los procesos de resolución (tiempo disponible para dedicar realmente a cada uno de ellos, condicionamientos burocráticos, etc.), presiones sociales y demás.

Para elucidar una iusnovela-de-conceptos, en cuanto tal (semántica), basta con ocuparse de cierta trama de *law in books*. En cambio, para conocer unas u otras prácticas sociales (pragmática) subsumibles bajo el término «derecho», no es capaz de suministrar sino algunas «pistas» de orientación primaria, apenas inicial, saber qué *dicen* o no dicen —aun suponiendo que no haya conflictos de interpretación al respecto, y a pesar de que tampoco éstos son raros— las ideas de la «novela» considerada. Para todo jurista realista, sobre todo se trata de ver qué pasa con tales ideas una vez que acaso consigan poner algún pie en «la tierra» (JHERING), *law in action* (R. POUND), unos «fuera-del-texto» (R. DEBRAY). Esto otro exige volver la vista hacia *afuera* de las tapas de la novela. Como portan igual etiqueta lingüística de identificación, *derecho*, tanto cualquier construcción semántica de «law in *books*» como la pragmática lingüística en que consisten las respectivas «law in *action*», el teorizador novelante de cualquiera de las primeras da por pre-supuesto, sin más, que mediante lo elucidado por él mismo

(y sus colegas afines) como trama de sus «*books*», de *tales* maneras está describiendo asimismo lo que acontezca homónimamente «*in action*».

En la Teoría del derecho, los estudios que se ocupan principalmente de elucidar unas novelas de ius-semántica o de ius-sintáctica no son sólo los juegos de formulitas de lógica deóntica (el caso más extremo), sino que ahí están también las teorías idealistas («estándar») de la argumentación, la semiótica «relatista» y múltiples otros pedantismos semiológicos, los ejercicios en adjudicar nomenclaturas «sistémicas» y otras variedades. Ello abarca una gran variedad de elucidaciones paraescolásticas, bajo lemas de atención como por ejemplo: entretenerse en discernir unas supraempíricas fórmulas de «derogación» o «derrotabilidad» y de «permisos» o de «deberes»/«obligación», invocaciones a unos u otros juegos de fórmulas vacías bautizadas «*Richtigkeit*» («pretensión de corrección»), caracterizaciones estipulativas (pero presentadas, así sea implícitamente, como definiciones reales) de qué sea la «racionalidad» o lo «razonable», infinitas discusiones sobre los alcances de la etiqueta «positivismo» jurídico, minuciosos ejercicios de distinciones entre «principios» y «reglas»... más un bien extendido, etc. Al concentrarse en *tal* repertorio, el resultado es justamente ese que he señalado: estas aproximaciones tratan sobre todo acerca de cuestiones *inmanentes* a ellas mismas («cielo»), unas elucidaciones auto-*semánticas*, sean cuales fueren por lo demás sus eventuales parecidos —y aun allí donde algunos de éstos no son demasiado vagos— con fenómenos del mundo social real que puedan acaso ser denominados también así.

No faltan debates entre los seguidores de esas teorizaciones. ¡Y se los toman muy serio, por cierto. [«—Pero en vuestro cielo no debería haber disputas. // «—¡Iluso que eres! Las disputas son el verdadero condimento de la ciencia. Sin ellas, nuestro cielo sería insoportablemente aburrido» [22]]. Las discusiones entre ellos versan principalmente sobre detalles de los propios personajes-conceptos así novelados y de sus tramas *ahí*; o sea, son disquisiciones cuyo contenido es de orden esencialmente semántico-*definitorio*. Al fin de cuentas consisten en promocionar ciertas preferencias lingüísticas de cada autor o grupo de autores embarcados en tales controversias, sobre si respectivamente les gusta más usar unas u otras *convenciones* de significados para los términos en examen. Pero ellos tratan sus desacuerdos al respecto como si ésos fueran unos asuntos de verdadero-o-falso, disputan sobre algo así como cuál sea la definición *real* del concepto examinado [23]. En cambio, las razones «vivientes» de los operadores jurídicos y los motivos «vivientes» de éstos mismos para *decidirse* entre unas y otras posibilidades interpretativas, eso no es llamado a estas citas doctrinarias.

* * *

[22] JHERING, 1974, 316.

[23] Por ejemplo: *vid.* las discrepancias, entre tres autores [*Doxa*, núm. 33 (2010): 283-317], acerca de qué rasgos faciales (notas conceptuales) corresponda asignarle a el o los personaje teoréticos dignos de portar el título de iusnobleza: «permiso» —en relación también con ciertos personajes vecinos: «no prohibición», «obligación», «discrecionalidad», etc.—. Tales discrepancias consisten, al fin de cuentas, en verbalizaciones de los respectivos gustos que tengan esos autores (u otros) para fijar las definiciones *estipulativas* que mejor les simpatice establecerle a dichos personajes-conceptos. Y si bien todas estas definiciones son no menos aprioristas las unas que las otras, empero ahí tales *convenciones* lingüísticas, las preferidas por cada autor, se discuten como si fuera cuestión de desentrañar una definición *real* (¡esencialismo, naturalismo lingüístico!) para cada uno de dichos términos. Valga también otro ejemplo, especialmente notorio: el uso de definiciones «reales» en las teorizaciones de FERRAJOLI, *vid.* SALAS, 2012, § III.(4).

No sé si se querrá argüir que, como los discursos jurídicos son específicamente de carácter *normativo*, no hay por qué condicionar la aceptabilidad de sus razonamientos a cómo sean las eventuales aplicaciones prácticas de estos, contingentes. Vale decir: por el carácter *propio* de esos discursos, su validez sería eminentemente lógico-*semántica* —aun aceptando que unos hechos pueden verse, ¡derivadamente!, como «encarnación» de tales o cuales tramas típicas de estos conceptos jurídicos, si aquéllos se llegan a dar—. Es en virtud de ese *enclaustramiento* semántico justamente, férreamente *REDUCCIONISTA* [24], por lo que digo que ahí estamos ante algo así como unas novelaciones de la materia.

Pues sí, esas teorizaciones son como «novelas», mas no simplemente porque están basadas en conceptos, ni porque éstos tienen necesariamente un contenido semántico (¿cómo podría no ser así?), sino por la *manera* en que allí son empleados dichos conceptos: el emplazamiento *extra*-pragmático de sus «tramas». Es obvio que todo razonamiento, ya tenga o no tenga que ver con cuestiones de derecho, necesita ser delineado mediante unos conceptos. Pero, a diferencia de muchos otros conceptos de las más variadas esferas, los conceptos invocados como protagonistas en las teorizaciones iusnovelescas se tienen por válidos *en sí y por sí*, sean cuales fueren las consecuencias prácticas que *en la realidad* se vayan a seguir de los razonamientos así construidos, como también si no se sigue ninguna en los hechos. Fue justamente por eso mismo, la ajenidad de tales juegos de conceptos con respecto a los problemas prácticos del derecho, por lo cual JHERING acuñó para ellos la denominación *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudencia de conceptos). También dejando bien aclarado que:

> Pensar jurídicamente equivale a pensar en conceptos, y en ese sentido toda jurisprudencia es jurisprudencia de conceptos, empezando con la romana. El aditamento, en sí, es superfluo. Si yo, no obstante, lo añado, es para calificar aquella desviación de la jurisprudencia de hoy que, sin prestar atención a la finalidad última, que es la práctica, ni a las condiciones de aplicabilidad del derecho, ve en él tan solo un objeto en el que puede ejercitarse el *pensamiento lógico, librado a sí mismo y que lleva en sí su propio atractivo y su propia finalidad*: una arena para las evoluciones lógicas, para la *gimnasia* del espíritu, en la que se llevará la palma quien revele el mayor virtuosismo [ej. paradigmático actual, la «gimnástica» de FERRAJOLI]. [...] Lo cierto es que la teoría va perdiendo cada vez más de vista la *vida práctica*. Se comporta como si el derecho existiera *para aquélla* [¡la teoría *en sí misma*!], como si fuera un objeto muy a propósito para hacer ejercicios de lógica [como asimismo de pseudológica] o un circo para practicar piruetas y acrobacias dialécticas [25].

Ningún concepto es ni verdadero ni falso, por sí solo, pero verdaderas o falsas pueden ser las aseveraciones efectuadas mediante unos u otros conceptos. Lo de verdadero-o-falso viene determinado por qué pase *más allá* de lo meramente semántico: depende de qué relaciones llegue a tener, si es que las tiene, el fenómeno lingüístico en cuestión con las condiciones *pragmáticas* de su realización posible en el mundo real.

---

[24] Sobre el carácter esencialmente *reduccionista* de la llamada Teoría «estándar» de la Argumentación jurídica me he explicado en otro sitio (*cfr.* HABA, 2011a, §§ II.4 y IV); pero *vid.* también, con respecto a esa Teoría en particular, la precisión que efectúo más abajo (a la altura de la n. 57 y la transcripción presentada en esa misma nota). Tal reduccionismo es tanto más agudo cuanto más «celestial» sea la novelación teorética en cuestión: p. ej., lo es mucho más radicalmente en las axiomatizaciones de FERRAJOLI que en tales o cuales estudios de otros autores sustentadores de dicha Teoría.

[25] JHERING, 1974, 367 y ss. y 376, con cursivas añadidas aquí. Para un amplio y multilateral examen sobre la corriente llamada *Begriffsjurisprudenz*, *vid.* AA.VV., 1974.

En efecto, aunque un pensamiento sea coherente (consigo mismo), no se sigue que todo o parte de su contenido sea asimismo *real*[26]. Esto último puede darse o no darse, depende de factores que son *externos* frente a ese pensamiento en sí mismo.

Es sabido, aun cuando demasiado a menudo se pierde de vista hasta en discursos teoréticos singularmente minuciosos, que la «inten***s***ión» semántica (*intentio*: traducción con «s») de un enunciado no implica que su contenido posea asimismo «extensión» (*extentio*) pragmática —*i. e.*, unos candidatos positivos efectivos— en el mundo real [ej. clásico, la idea de «sirena»]. Más aún: inclusive si el enunciado posee efectivamente alguna extensión, de su *intentio* no se desprende *cuál* sea verdaderamente la cifra de esos candidatos positivos en la práctica. En las novelas corrientes, la extensión (realidad) de los acontecimientos allí narrados suele ser nula, o en todo caso esa presentación de ellos es poco fiel con respecto a unos acontecimientos reales que guarden *algún* parecido con aquéllos. En las novelas de conceptos presentadas como Teoría del derecho pasa algo por el estilo: su semántica marcha por un lado, su extensión pragmática —si en alguna medida la hay— es harina de *otro* costal. De ahí que, especialmente en cuanto a los estudios de Teoría del derecho, en éstos no suele encontrarse evacuada como cuestión clave: ¿qué diferencia le hace, para el desempeño de la profesión jurídica *en los hechos*, conocer o no conocer los conceptos en cuestión (p. ej., no se echa de ver qué utilidad práctica pueda tener aprenderse las axiomatizaciones ni en general los detalles del *tsunami* de clasificaciones que despliega FERRAJOLI[27]).

En la posibilidad de someter a «tests» empíricos —niveles lingüístico-*pragmáticos*— el empleo de los conceptos teoréticos empleados, llegado el caso, es donde reside la diferencia clave entre las teorías realistas y las novelas de conceptos teóricos. Al fin de cuentas, en estas últimas se trata principalmente de desplegar unas *storytelling...* [*infra*, § 4]. El autismo semántico (paranovelístico) de tales discursos, el inmanentismo de sus contenidos, los hace *no*-falsables. Esta imposibilidad *a priori* de ser falsados, mediante la cual se autoinmunizan, resulta sobre todo de los amplios rangos de *vaguedad* que afectan, al menos en cuanto a sus relaciones con la empiria, a todos o buena parte de los significados que se le adjudican a su terminología básica, ya sea establecidos así definitoriamente o presupuestos en forma tácita. Algunos de esos términos pueden incluso llegar hasta el extremo de constituir, prácticamente, unas fórmulas vacías: la tremenda latitud de su significado permite encajar ahí, según el respectivo gusto de quien recurra a ellas, las soluciones preferidas por cada locutor teorético (p. ej., la «pretensión de *corrección*» en ALEXY).

A diferencia del empleo de muchos otros conceptos en las más variadas esferas, ya sea científicos o hasta en partes del conocimiento vulgar, los ejercicios discursivos teorético-«novelados» se desenvuelven quedando sujetos esencialmente a ingenuidades comunes del *verbalismo*, esto es, son concepciones basadas en tomar las propie-

---

[26] La observación siguiente, si bien fue escrita a propósito de cuestiones que no son la examinada aquí, es aplicable asimismo en cuanto al vicio básico de las novelas de conceptos teoréticas en general: «... sus razonamientos internos son coherentes, pero pretende demostrarse a sí mismo, lo cual es imposible y contradice el segundo teorema de GÖDEL que demuestra que "ningún sistema coherente (coherente significa aquí no autocontradictorio) se puede usar para demostrarse a sí mismo. Coherente es, pero también parcialmente irrealista" (V. DE GAUJELAC)», M. HENRIC-COLL, *Las falacias del tecno-management*, texto de internet, 27.

[27] *Vid.* las observaciones que sobre esa abrumadora red de clasificaciones (con sus respectivas subclasificaciones, subsubclasificaciones, subsubsub...) presenta SALAS, 2012, § III (2).

dades de unas *palabras* como si fueran propiedades de las *cosas* mismas aludidas así. En la Teoría del derecho, constituyen ejemplos paradigmáticos de «novelismo» iuscelestial las aproximaciones pregonadas por autores muy renombrados en la actualidad: por ejemplo, la «justicia» según RAWLS [28]. En la teoría social es el caso, por ejemplo, de estudios basados en las teorías de «sistemas» tipo LUHMANN [29]. [Sobre el carácter profundamente engañador —«novelador», digo ahora— que tiene el uso de la noción «sistema» en las ciencias sociales en general, como también en el pensamiento jurídico, me he explicado en otros sitios [30]].

Ilustración: *Novelística de FERRAJOLI (más otras).*

Vid. este ejemplo (a cuenta de tantos más): «... en un sentido no formal y político sino sustancial y social de «democracia», el estado de derecho equivale a la democracia: en el sentido de que *refleja* [¿realmente?], más allá de la voluntad de la mayoría, los *intereses* [¿reales?] y las *necesidades* vitales [¿cuáles son?] de *TODOS* [¿son *efectivamente* «todos»?]» (L. FERRAJOLI, 1998, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 3.ª ed., 864 —cursivas y versalitas añadidas aquí—).

A primera vista, tal afirmación podría resultar no poco asombrosa, sobre todo proviniendo de alguien cuyo enfoque es de orden analítico, y máxime por tratarse de un discípulo nada menos que de BOBBIO. En efecto, no pocos autores bastante conocidos (J. SCHUMPETER, KELSEN, A. ROSS, el propio BOBBIO, etc.) supieron desenmascarar, desde hace muchísimos años, la celestial idea de que pueda verdaderamente haber algo así como unos «intereses» *generales* (¡«... de todos»!), en determinada sociedad-Estado: «Pura y simplemente, no hay ningún interés al que —por ser el interés de unos— no se le oponga un opuesto interés de otros. El llamado interés común, de todos, se puede exactamente comprobar que es una f*icción*...» (KELSEN, 1953: 155, aquí trad. E.P.H. [trad. 1958, 36 y ss.]). Ante una noción tan fantasiosa como la pregonada bajo las etiquetas «interés *general*», «Bien c*omún*» y análogas, esos autores tuvieron clara conciencia, así lo subrayaron en muy conocidos estudios suyos, de que tal «generalidad» no es sino imaginaria. Constituye un disfraz ideológico —y, por añadidura, de los más nefastamente confusionistas— frente a los dinamismos sociales reales. Sin embargo, acabamos de leer cómo es reflotada una vez más dicha ficción («los intereses y las necesidades vitales de *todos*»), a título de rasgo esencial del personaje-«democracia», así novelado también por ese autor de moda.

Me he adelantado a señalar, empero, que la extrañeza al respecto no se justifica sino «a primera vista». En efecto, las observaciones de SCHUMPETER y de los otros autores mencionados se refieren a «democracia» como *realidad*, mientras que enfoques como el de FERRAJOLI son de muy *otra* naturaleza. En este último género de teorías, la libertad de pergeñar conceptuaciones concedida a los autores puede libremente ir (novelar) hasta donde mejor le plazca a su propio talante de inventiva teorética, sin más límite que el de no ultrapasar demasiado abruptamente la elasticidad —suele ser bastante amplia— de ciertas tradiciones semánticas muy arraigadas en su disciplina. Bien podría entonces argüirse que, como en verdad esos enunciados de FERRAJOLI

---

[28] *Cfr.* HABA, 2009.

[29] También con respecto a LUHMANN es aplicable, en muy buena medida, la concluyente observación de SOROKIN, *infra*: cita ubicada inmediatamente después de la n. 35. Por otro lado, en cuanto concierne de modo especial a los discursos jurídicos, debiera bastar y sobrar con la observación siguiente: «Hay algo que me llamaba mucho la atención cuando era estudiante de derecho: dos artículos de un Código resultaban estar en contradicción, y el comentarista procuraba explicar esos artículos; forzar de una manera violentísima el sentido de los términos e inventar *sistemas* diferentes para explicar la contradicción... el único "sistema" que no se le ocurría nunca, era sencillamente que el legislador se hubiera contradicho; esa hipótesis no cabía: habíase él puesto en un estado de espíritu tan especial [de "novelación" sistémica, diría yo]...», VAZ FERREIRA, 1963a, 70, cursivas añadidas. *Vid.* también *supra*: «Un ejemplo» (ese texto comienza unas líneas más abajo de donde aparece la n. 19).

[30] *Vid.* los trabajos mencionados *supra*, al final de: «Un ejemplo» (ubicación indicada en la nota anterior).

no hablan de la misma «cosa» que los de SCHUMPETER, la comparación entre unos y otros es improcedente. Desde tal perspectiva —la consubstancial heterogeneidad entre ambos objetos de referencia— puede entenderse, efectivamente, que los primeros no pierden su valor *propio* (noveleril) por el hecho de que sus homónimos en la vida real (extensión) no se comportan así.

En efecto, para apreciar las novelas teoréticas no es pertinente, ¡internamente!, que la credibilidad de esas tramas de conceptos se condicione al «principio de realidad» (FREUD). Autor exitoso, en *ese* género, es quien haya sabido apostar bien al disfrute cuasi-estético que en sus lectores logre suscitar el encontrarse con los personajes-principios elegidos por aquél, donde la trama armada con éstos sea correspondientemente «simpática» como espectáculo para el intelecto: «gimnasia del espíritu» (JHERING). De ahí que, en el episodio de iusnovela transcrito, las peripecias semánticas en que allí consiste la vida propia del personaje conceptual «democracia», incluidas las relaciones con su hermano gemelo «estado de derecho», no tienen por qué parar mientes en qué pase o deje de pasar en las democracias-realidad. Entre «democracia»-novela (p. ej., la de FERRAJOLI) —perteneciente a la saga *law in books*— y «democracia»-realidad (lo examinado por SCHUMPETER) —*law in action*— hay más o menos tanto parecido como unos que existen, sin duda, entre Superman y cualquier hijo de vecino. Mientras en un cinematógrafo corriente vemos cómo el protagonista-Superman es un ser humano que *vuela*, en nuestro cinematógrafo de criaturas teoréticas vemos cómo la protagonista-Democracia es la organización estatal que saca adelante los «intereses» de *todos*...

Si bien FERRAJOLI no ignora, y hasta subraya expresamente (sintonía A), la distinción entre los niveles semántica y pragmática en el desempeño de los discursos, empero acontece que, una vez que él pasa a desarrollar los pródigos meandros en que consisten sus teorizaciones, esa diferencia cardinal desaparece como *propiamente* tal del horizonte dentro del cual se mueven éstas por sí solas (sintonía B). Sea o no sea que este autor haya conseguido advertir tal bipartición, lo cierto es que la *pragmática* misma —«mezcolanza indisoluble...» (RADBRUCH), abundantísimos conflictos de interpretaciones, contradicciones sociales concretas y decisivos factores personales, etc.— de los discursos jurídicos no da allí la cara, sus planteamientos se concentran en unas dimensiones meramente *semántico*-ideales (sintonía B) del pensamiento jurídico profesoral.

De la misma manera, esto es, *sin* salirse básicamente del propio tipo de «juegos» de lenguaje a que confina su escenario discursivo dicho autor, resulta que la tónica rotundamente dominante en los estudios «críticos» publicados con respecto a las teorizaciones de FERRAJOLI, es que, también en ellos, se trata de unos enfoques cuyas orientaciones son primordialmente de carácter *intra*-«novelístico». Ahí se objetan tales o cuales rasgos de los personajes-conceptos ferrajolianos o de las tramas asignadas a éstos, o se prefieren otros, mas sin impugnar el *FONDO* mismo de esa manera genérica de «ver» las cosas. Permanece entonces fuera de foco el papel, absolutamente decisivo, que en tales aproximaciones desempeña la *intellectual fallacy* [*infra,* a la altura de la n. 41] que conforma su eje básico: el pre-supuesto teorético-noveleril fundamental (*intellectualist assumption*) en que de antemano se asientan tal tipo de aproximaciones en general. Por añadidura, tampoco suele llamarse la atención acerca del nivel tan precario de que, atento a unas *exigencias mínimas de precisión y empiricidad* exigibles para los discursos científicos (también en las ciencias sociales), adolecen los planteamientos de dicho autor: éstos consisten, señaladamente, en unas falacias de falsa precisión y asimismo suelen ser inmunes frente a la empiria. Tal orden de planteamientos son minuciosamente «analíticos», sí, pero sólo en cuanto configuran una presentación formal externa posible: abrumadores cúmulos de clasificaciones (entre el infinito número de éstas concebibles), distraccionistas en su gran mayoría. Eso los diferencia de cabo a rabo con respecto a otras formas de *análisis* de los discursos, aquellas en donde las incisiones analíticas son de carácter esencialmente des-novelador: p. ej., compárese las «pulcritudes» definitorias de FERRAJOLI con precisiones *anti*fabuladoras como las presentadas por CARRIÓ en sus conocidos estudios *Notas sobre derecho y lenguaje* (or. 1965) y *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (or. 1970). Llámeseles modernas o postmodernas, o como fuere, a unas u otras de esas conceptuaciones «técnico»-jurídicas, ya sean las del propio FERRAJOLI o las

de sus «críticos», lo cierto es que dan cuenta muy poco del derecho-«tierra», como también son inocuas o poco menos para guiar *eficientemente* los discursos jurídicos en sus tareas prácticas efectivas [*infra*, § 5].

[*Cfr.* las variadas contribuciones reunidas en las dos oportunidades en que *Doxa* se ha ocupado especialmente de FERRAJOLI: años 2008 (núm. 31, 201-234) y 2011 (núm. 34, *in toto*). Mas considérese también, para lograr advertir las radicales falencias de fondo en que se asienta la obra de dicho autor, los análisis —orientados, eso sí, hacia ángulos de captación muy poco frecuentados en Teoría del derecho— que presenta el estudio al respecto de SALAS, 2012. Sería muy interesante si alguien quisiera tomarse el trabajo de hurgar, en el seno de esas contribuciones publicadas en *Doxa*, cuáles de las sustanciales observaciones de SALAS aparecen si acaso insinuadas también ya ahí mismo (en dichos exámenes) y mediante qué argumentos son evacuadas, supuesto que sea dable encontrarlos allí: ¿razones tan o hasta más fundamentales que las ofrecidas por SALAS? ¿o tal vez unas que acaso basten y sobren para rebatir de antemano lo señalado por este último? En cuanto a las aproximaciones *analíticas* en general, para no meter dentro de «el mismo saco» aquellas que son esencialmente de algún tipo clasificatorio-formalistas (ej., FERRAJOLI) con otras que tienen carácter esencialmente des-fabulador (ej., CARRIÓ), conviene no perder de vista las fundamentales distinciones señaladas en HABA, 2012, Sec. B.III («¿Qué son, y para qué sirven, los «análisis» de lenguaje?»)].

Otro ejemplo: compárese los malabares del personaje-Justicia en la conocida novela teorética *A Theory of Justice* (RAWLS) con las comprobaciones en cuanto a las funciones reales de ese comodín lingüístico en las comunicaciones sociales efectivas (*cfr.* los conocidos estudios de PERELMAN y de KELSEN). [Para un análisis fuera-de-novela sobre lo de RAWLS, *vid.* mi 2009].

Acotación. No obstante, cuando esas «novelas» son pergeñadas por unos autores talentosos (*i.e.*, aparte de serlo ellos en cuanto a su fecundidad literaria de inventiva para multiplicar el bagaje de terminologías «técnico»-distraccionistas), entonces es posible que, así y todo, del seno de sus exposiciones sea dable entresacar observaciones agudas. Este último es el caso, p. ej., del propio LUHMANN: en medio de su enredadora terminología de novelación «sistémica», en sus propios trabajos es dable encontrarse también con sugerencias de observación perspicazmente realistas, si bien desde este último punto de vista suelen adolecer de sensibles falencias en cuanto a precisión (debidas, justamente, a las vertebrales faltas de delimitación nítida que tienen los conceptos básicos de esas teorizaciones, empezando por su noción misma de «sistema»). Para hacer aprovechables tales observaciones con vistas a estudios socio-*empíricos*, hay que rescatarlas del resto presentado ahí: dejar de lado el cúmulo de clasificaciones despistantes y en general el disfraz «sistema» con que aparecen entreveradas, para en cambio traducirlas (como «higienizándolas») de modo que estén en condiciones de pasar a formar parte de discursos con contenido mucho más preciso y *testable*.

Excurso: *El personaje-Richtigkeit* (la «pretensión de *corrección*») [31].

Se trata de: «... la *Richtigkeit* [lo jurídicamente *correcto*] invocada por ALEXY. En la práctica, ese término no significa otra cosa que la verbalización de un *SENTIMIENTO*, el de aprobación hacia unas u otras preferencias valorativas —¡*cualesquiera* sean!— según las ideologías aceptadas o los intereses personales de los respectivos locutores. La «*Richtig*keit» (correcto) según unos, es «*Un*richtikeit» (incorrecto) para otros, así como la «Richtigkeit» de los segundos no es sino «Unrichtigkeit» para los primeros. Todos ellos proclaman que debe imperar *la* palabrita «Richtigkeit», claro está, pues a la hora de la verdad no tendrán inconveniente en valerse *a piacere* de tal comodín para cubrir con este término-bandera las preferencias propias y negárselo a

[31] Las falacias de ALEXY en torno a ese asunto se encuentran nítidamente puestas de manifiesto, con máximo lujo de detalles, en GARCÍA AMADO, 2011. Pero las sucintas anotaciones que por mi parte presento en este excurso no se inspiran en ese minucioso análisis (sin perjuicio de que pueda haber coincidencias de fondo entre ambos).

las que se le opongan» (HABA, 2007, 502, n. 27). [Por añadidura, ALEXY enmaraña todavía más sus manejos —in-distinciones— de dicha palabra al entreverarla con el término «verdad», o sea, asimilando cuestiones de falso-o-verdadero (juicios de «corrección» en sentido descriptivo-*empírico*) con lo que son unos juicios de valor («correcto» en sentido *normativo*)].

Asimismo es enteramente superflua dicha palabra para dirigirse a indagar por qué *no* hay contradicciones netas entre lo que es «correcto» según unos y lo «correcto» según otros, con respecto a tales o cuales soluciones jurídicas; o sea, cuando sí se está de acuerdo sobre la «Richtigkeit» de éstas mismas. Desde luego, no todo es motivo de discrepancias entre los juristas. Para estas otras situaciones, las más generales, el término «correcto», si acaso alguien considere del caso que pueda valer la pena invocarlo expresamente, es redundante: no agrega nada sustantivo, simplemente expresa la *aprobación* que en las conciencias de los juristas hallan las normas jurídicas en general y sus aplicaciones en general, o alguna de ellas en particular, cuando existe un consenso de hecho en las costumbres lingüísticas adquiridas para entender aquéllas en relación con los tipos de situaciones mentados convencionalmente de esa manera. Empero, saber cuáles son los motivos *reales* —de carácter ideológico o de naturaleza «técnico»-dogmática o unas razones empírico-instrumentales o de raigambre circunstancial o cualesquiera otros factores mentales— a que tales consensos o disensos obedezcan, en un caso dado o en una generalidad determinada de éstos, es harina de otro costal. Cualesquiera fueren tales motivos, ya sea racionales o emocionales, el hecho de que se le coloque encima la etiqueta «correcto» a esas soluciones no influye ni mucho ni poco para determinar en *qué* consistan aquéllos. La verdadera cuestión, siempre, no es el uso de dicha etiqueta por sí, sino las *RAZONES* (sin excluir preconcepciones ideológicas, prejuicios personales y demás) de fondo, ¡éstas en sí mismas!, por las cuales se acepte o se rechace determinada solución jurídica. La ventilación de tales razones no gana en nada, antes bien viene a ser disimulada, encarando esos asuntos bajo el hipervago comodín retórico: «pretensión de *corrección*».

En definitiva, la palabra «Richtigkeit» es una *FÓRMULA VACÍA*. Ella resulta aplicable, p. ej., tanto para calificar así (en su momento) o serle denegada (tiempo después) a las resoluciones de los tribunales alemanes que eran tomadas siguiendo las leyes racistas del Tercer Reich, como también para legitimar las del Tribunal de Nuremberg o impugnarlas, según cuáles fueren las preferencias ideológicas de los intérpretes respectivos; sirve para *cualquier* resolución jurídica, bajo *cualquier* ordenamiento de derecho (incluso las sucesivamente cambiantes de un mismo país: *vid.* la monografía de RÜTHERS, 1973). Si bien se mira, esas controversias profesorales a propósito de dicho término no contienen mucho más, al fin de cuentas, que unas disputas sobre *cuestiones de palabras* [*cfr.* VAZ FERREIRA, 1963b], donde cada parte presenta sus propias definiciones *estipulativas* como si éstas fueran algo así como definiciones *reales* de los términos en cuestión [*vid.* también *supra,* n. 23]. El término «Richtigkeit» no es, en relación con la práctica jurídica, más que una tautología, pues aquél no aporta ningún orden de criterios *intersubjetivos* para distinguir nada de nada en cuanto a los contenidos *efectivos* de los discursos en cuestión. [Por cierto, tampoco se trata de algo así como una «idea regulativa», en el sentido kantiano, pues, desde luego, no es lo mismo principio *regulativo* que fórmula *vacía* o que un *sentimiento*].

La mayor parte del «conocimiento» que aportan las elucidaciones en términos de personajes-conceptos novelados consiste, al fin de cuentas, ante todo y sobre todo en conocer los *propios* apriorismos decretados (o recogidos) por el autor de marras. Vale decir: *ese* «conocimiento» = *auto*-conocimiento; monólogos compartidos en el interior de unos universos teoréticos intracirculares, sustentados por mor a desplegar ciertas terminologías escapistas. A menudo la «originalidad» principal de esos discursos reside en señalar que tales o cuales órdenes de fenómenos sociales o unos *topoi* de la argumentación jurídica, lo cual por lo general era ya bastante conocido en sí mismo, son cuestiones que ahora pueden ser *llamadas* también de la manera disfrutada por quienes

prefieren concentrarse en *algunos* aspectos de aquello rebautizándolos mediante una jerigonza especial promocionada como más «técnica». El asunto viene a desembocar principalmente en desplegar ciertas habilidades lingüísticas para resolver unos rompecabezas de etiquetados terminológicos, aquellos que gusten ser construidos mediante los llamativos protagonistas-conceptos de la novela teorética así desplegada. Las más de las veces, no resulta que con ello se logre mucho más que gastar ingenio en multiplicar unas singulares *cuestiones de palabras* [32], por lo general es entretenerse en desplegar tal o cual entre las múltiples «rebanadoras de pelos» (JHERING) [33] pergeñadas para la materia Teoría del derecho. La cuestión esencial, para desempeñar esos juegos de etiquetados, no es indagar qué haya pasado acaso inadvertido de los *hechos*, sean éstos discursivos o propiamente fácticos, importantes para decidir cuestiones *vitales* de una materia empírica determinada —sus discursos eficaces o acontecimientos conductuales—, sino saber qué «nombrecitos», entre los establecidos por la teoría considerada, corresponda ponerle a lo que fuere (p. ej., mediante una jerga de «sistemas» [34] o una «relatista» [35]):

> ¿Quizá ofrecen esos sistemas [u otras conceptuaciones teorético-«novelísticas»] uniformidades empíricas recién descubiertas o correlaciones de variables empíricas causal-probables, o una serie de hechos empíricos de naturaleza muy importante o una notable interpretación de datos empíricos [o acaso ciertas nuevas pautas normativas precisas que resulten más ventajosas como tecnología social jurídica: *infra*, § 5]? ¡Ay! No ofrecen conocimiento alguno de esta clase [ni de tecnología social jurídica], por la sencilla razón de que *casi no tienen material empírico* [o bien, este es simplemente *trivial* en sí mismo, o la referencia a él es demasiado vaga para poder ser individualizado, ni en modo alguno es «testable» mediante métodos de conocimiento científicamente intersubjetivos]. Intentando ser sometidas a prueba empíricamente, las teorías [de esos tipos] se mueven en un reino *meta*empírico de abstracciones que raramente tocan la región empírica prosaica. Desde el punto de vista de la exploración empírica y de hallar hechos [o aun como técnica social normativa], no añaden nada nuevo a nuestro conocimiento de los *HECHOS y relaciones* psicosociales [ni en cuanto a las posibilidades de *eficacia* normativa para organizar una ordenación jurídica como tecnología social] (SOROKIN, 1964, 403 y ss., con énfasis añadidos aquí).

En los razonamientos de los juristas profesionales comunes (jueces, abogados) y en la dogmática jurídica habitual, tales novelaciones suelen basarse especialmente en unos u otros ítems de lo que he llamado «Síndrome normativista» [36]; p. ej., las elucidaciones sobre la «*naturaleza* jurídica» de un instituto de derecho (así la de cierto tipo de contratos o el «contenido *esencial*» de un derecho fundamental) [37] son paradigmas de razonamiento frecuentemente empleados en aquélla. Por el otro lado, en la Teoría del derecho específicamente, constituyen ejemplos paradigmáticos de «novelismo» las aproximaciones pregonadas por autores muy renombrados en la actualidad, como los ya mencionados aquí y en general los de la gran corriente que he denominado *Heili-*

---

[32] *Cfr.* VAZ FERREIRA, 1963b, cap. «Cuestiones de palabras y cuestiones de hechos».

[33] *Supra*, n. 16.

[34] *Supra*, *vid.* la digresión «Un ejemplo» (poco después de la n. 19).

[35] *Cfr.* HABA, 2001/2009, § 5.

[36] *Vid.* HABA, 2010c, § 3, 334 y ss. Más amplio, 2006: Sec. C.II.3, esp. 262-263, o 2012, Sec. E.I.3, esp. 578 y ss.

[37] *Vid.* HABA, 2006, Sec. C.I.5, esp. 207 y ss., «Esencias jurídicas», o 2012, Sec. D.II.4-5, esp. 453-457. De manera mucho más detallada ello se examina en HABA, 2012, t. III, Tema 8.

ge (Rede-)Familie [una «Santa (charla-) Familia»] [38], con sus numerosos seguidores y análogos.

Por supuesto, cada teórico es libre de encarar, si le parece, las cosas de esa manera; vale decir, ocuparse *únicamente* (o, en todo caso, muy principalmente) de la semántica —o aun sólo de ciertas relaciones sintácticas— con respecto a tales o cuales especies de discursos jurídicos, ya sean reales o supuestos. *À chacun son goût!* No se ve quién ni en virtud de qué querría privarles de ejercitarse en ese gusto. Éste constituye un tipo de desempeños discursivos que bien cabe, sin lugar a dudas, en el seno de las variadas posibilidades «gramaticales» sustentadas por las familias de juegos de lenguaje asignados al término *derecho*.

Mas ésa no es, importa subrayarlo, la *única* posibilidad disponible para razonar jurídicamente. En las orientaciones realistas (muy minoritarias) en Teoría del derecho, si bien se ocupan, también ellas, de cuestiones semánticas de los discursos jurídicos como tales, ahí estas cuestiones se examinan con la vista puesta sobre todo en aquilatar su trascendencia (¡o no!) a los niveles pragmáticos de ese mismo lenguaje, esto es, sus repercusiones sociales *efectivas*: tanto por cuanto hace a las conductas lingüísticas de sus operadores profesionales (jueces, administración y demás), como también a los efectos reales que estos desempeños lingüísticos desencadenan sobre sus destinatarios normales (los sujetos de derecho afectados, ya sea positiva o negativamente, por dichos desempeños) [*infra*, § 5].

4. EXCURSO: CARÁCTER PARATEOLOGAL DE ESAS «*STORYTELLING*» (*y el metodologismo como tentación*)

¡JAMÁS DEJES QUE LA REALIDAD ESTROPEE UNA BUENA HISTORIA!

Si bien se mira, también estas novelaciones intelectualistas se corresponden con unas «lógicas» que son comunes en el pensamiento sobre lo político-social, la postulación ahí de tales o cuales *storytelling*:

> Según nos cuenta SALMON, mediante el «*storytelling*» se intenta suplir nuestras pérdidas cotidianas con buenas historias. La gente se miente a sí misma con sus propias historias. (...) El «*storytelling*», entonces, se erige en un arma de *distracción* masiva que *no* admite el estatus de *ficción* [acerca de sí misma]: «... Mientras la historia [así las novelaciones teoréticas] sigue su curso, la realidad *deja* de existir» (P. AUSTER) [39].

---

[38] *Vid.* HABA, 2007. Más detalles al respecto se encuentran en mis estudios particularizados sobre RAWLS, RTFD (*www.rtfd.es*), 12-2009, 223-267; HABERMAS, *Sistema,* 137, marzo 1997, 109-125 (esp. 116 y ss.; observaciones recogidas en mi 2010b, cap. V.6), DWORKIN [mi 2001/2009], ALEXY [*Doxa*, 21, 1998 (I): 147-170; forma parte, en versión revisada y ampliada, de 2013a, cap. VI]. Dentro de esa gran orientación básica («cielo» [*supra*: a la altura de las nn. 2 y 3], *Storytelling* [*infra,* § 4]), en los últimos tiempos ha cobrado especial notoriedad, en Italia, España y Latinoamérica, la obra de L. FERRAJOLI. Para no dejar de nombrar también alguno de los autores bien representativos de ello en la producción de Teoría del derecho escrita directamente en lengua española, puede señalarse, p. ej., al destacado profesor argentino E. BULYGIN [a una teorización de este mismo se refiere la n. 23, *supra*; y es muy renombrado su libro en colaboración con C. E. ALCHOURRÓN, donde la realidad social en general y la jurídica en particular se enfocan mediante una «Metodología» que las *pre*-supone susceptibles de ser comprendidas, y acaso hasta manejadas («*storytelling*»), al tenor de unos *sistemas* («cielo») de pensamiento lógico-formales].

[39] ROIG, 2008, 13 y 19, cursivas añadidas, y *cfr.* SALMON, 2008, *passim*. Por cuanto hace en especial al *storytelling* como Teoría del derecho, *vid.* unas breves observaciones al respecto en HABA, 2010c, § 10.

En las novelas de conceptos ofrecidas como Teoría del derecho, sus *stories* consisten en presentar los discursos jurídicos profesionales cual si en éstos fuera cuestión simplemente, o al menos principalmente (por no decir que lo sea exclusivamente), de desempeñar ciertas fórmulas de razonamiento *LÓGICO-racionales*, o en todo caso lógico-«razonables». La *story* específica respectiva, cuya trama particular varía según cuáles sean los personajes-conceptos preferidos por cada autor y de acuerdo con las características definitorias que cada uno de éstos prefiera imputarles a tales personajes, constituye un expediente de «embellecimiento» racionalista frente a cómo se elaboran los discursos jurídicos en el ejercicio normal de esta profesión y a cuáles son sus variadas consecuencias reales. Mediante los reduccionistas formalismos destilados por dichas teorías se deja completamente fuera de foco —¡y es muchísimo!— cuanto a menudo resulta de veras más decisivo para dirigir hacia unos u otros resultados, los *concretos*, aquellos contenidos normativos *específicos* que esos discursos tengan en la práctica. A diferencia de cómo esto funciona en el pensamiento real de sus operadores profesionales corrientes (jueces, abogados, etc.), en la trama de esas *stories* iusrracionalistas quedan esfumadas las *opciones* ideológicas y las «técnico»-dogmáticas, las preferencias personales, las presiones sociales y demás.

Sea o no sea que tales o cuales de aquellos formalismos semánticos formen parte, incluso éstos, de la gran «mezcolanza indisoluble...» (RADBRUCH) [40] en que consisten los razonamientos jurídicos efectivos, por lo general resulta indiferente, en la práctica, que sus operadores reales *no* estén al tanto de esas sutilezas logicistas, ni cuáles sean las denominaciones «técnicas» que para ello gusten pergeñar esos teorizadores meta-dogmáticos. Indiferente, digo, pues cualquiera de las contradictorias alternativas sustanciales que a estos respectos se presentan en la práctica suele ser igualmente conciliable con aquellos formulismos semánticos, ya sea con unos o con otros. Por sí mismos, semejantes formulismos no *deciden* nada, o casi nada; de hecho permiten justificar las conclusiones jurídicas más contradictorias unas frente a otras, al menos tratándose de las invocadas en una cuestión jurídica controvertida en la práctica. Si es que, por acaso, el operador jurídico está enterado y quiere tomar en cuenta alguno(s) de tales formulismos, difícilmente le «ate las manos» para optar entre diferentes *topoi* jurídicos invocables para la situación considerada, o entre distintas interpretaciones posibles (si las hay) de cierto *topos* allí aplicable. La verdadera cuestión, saber por qué es en realidad que ahí el operador *ELIGE* uno u otro de esos *topoi* o por qué optó por determinada interpretación (no otras posibles): justamente de *eso*, lo más decisivo, los formulismos racionalistas apartan la vista.

Para esos relatos racionalistas no cuenta, o en todo caso no se ve allí en qué pueda afectar a sus tramas propias así tejidas, el hecho de que la dinámica de los razonamientos jurídicos efectivos *NO* es reducible, ni aproximadamente, a unos «elementos *teóricos*» que puedan formar parte de aquella «mezcolanza *indisoluble...*»; y menos que menos si tales elementos consisten en reglas esencialmente formalistas, como las postuladas por algunos de los autores más prestigiosos de la materia. Creer que esto último pueda ser decisivo realmente, o entretenerse en presentarlo como si fuera así, al fin y al cabo no constituye sino otra modalidad más de *falacia intelectualista* (*«intellectualistic assumption»/«intellectual*

[40] Para la cita completa de esa sentencia de RADBRUCH, *supra,* § 2 (allí en el seno del texto «Un ejemplo», que comienza poco después de la n. 19).

fallacy», G. WALLAS) [41]. En este caso es una referida al pensamiento jurídico profesional. La *story* propia, ahí, consiste en *telling* la «cirugía estética» (C. COURTIS) [42] de que los jueces discurren como si fueren unos asépticos raciocinadores, de modo tal que conocer ciertos órdenes de esquematizaciones semánticas sería más o menos lo mismo que enterarse acerca de *qué*, *por qué* y *cómo* ellos deciden en la realidad.

Es verdad que estos teóricos no niegan en forma expresa, y hasta puede ser que en alguna línea de sus escritos admitan al pasar, el hecho de que la configuración del pensamiento jurídico depende también de intervenciones que sobre éste ejercen elementos de la realidad social, contingentes frente a lo racional señalado. Empero, tales exámenes no sacan ninguna consecuencia de ello para sus propios planteamientos. Sea o no sea que dichos teóricos estén bien convencidos de que unas elucidaciones esencialmente semántico-formales como aquellas a que consagran sus propios estudios se justifican simplemente por sí mismas, de todas maneras ellos las presentan *como si* eso fuera justamente *ASÍ*. En este «como si» —¡no confesado como tal!— reside la *story*, las tramas de reduccionismo racio-embellecedor [43] que acerca del razonamiento jurídico tejen esas novelas de conceptos.

* * *

Tales ejercicios de pensamiento vienen a ser de naturaleza *cuasi*teológica. Paralelamente a cómo se razona en la Teología, muy buena parte de los edificios conceptuales elaborados para la dogmática jurídica se ocupan principalmente de poner sobre el tapete los Mandamientos provenientes de un «cielo» propio (*cfr.* JHERING). Sólo que, a diferencia de lo elucidado en la Teología, aquellas ideas no se imputan a Dios. Mas esto último no obsta a que se las considere análogamente inmarcesibles [44]. Como para Las de Dios, tampoco para Aquéllas cabe la posibilidad de someterlas a *contra*pruebas *empíricas*, eventualmente. De modo axiomático, por principio, no admiten posibilidad alguna de ser controladas mediante ningún método científico de falsaciones conocido. [Repito: no quita que dichos enunciados contengan «personajes» —ahí son unos personajes-ideas— que guarden alguna similitud con fenómenos reales, como pasa también en las novelas; pero por lo general tal similitud es todo lo convenientemente vaga como para permitir acomodarla *discursivamente* tanto a unas soluciones-A como a las no-A, si es que acaso se admite «descender» a señalar hechos *concretos* que encajarían bajo dichos conceptos].

Las Ideas Divinas tienen su principal campo de aplicación en el culto religioso y en la ética. En cambio, aquellos otros conceptos están destinados específicamente a ser utilizados como técnicas argumentativas por parte de juristas profesionales o para desempeñar la jerga de cierto círculo profesoral de seguidores de unos inventos terminológicos puestos en circulación por algún autor renombrado. Así como los Diez Mandamientos no quedan sujetos a dudas por nada que hagan o dejen de hacer los

---

[41] *Vid.* HABA, 2010c, § 7.

[42] *Vid.* Haba, 2010c, §§ 8 y 10.

[43] *Vid.* HABA 2010c, § 4.

[44] En la teoría luhmanniana, la idea de Sistema desempeña un papel análogo a la Idea de Dios. También Aquélla es tan no-aprehensible mediante datos intersubjetivamente captables del mundo social empírico, tan *trascendente* frente a este mismo, como lo es la Trascendencia religiosa.

creyentes, ni los no creyentes, así es también —se sobreentiende— en cuanto a las ideas jurídicas noveladas. Por ejemplo: el contenido «esencial» de un derecho no es cuestionable —así se piensa— por nada que pase o deje de pasar en las aplicaciones prácticas a que den lugar los ejercicios de ese derecho en la realidad social; de la misma manera, tampoco son cuestionables lo que FERRAJOLI decreta como axiomas. Las «verdades» jurídicas concebidas de tal manera son inmunes al mundo-«afuera» de su novela dogmática.

En definitiva: en las novelas de conceptos teoréticos, como en la Teología, tanto las premisas principales como los tipos de razonamientos para los cuales éstas son invocadas se asumen —en ambos terrenos— sin condicionar tal validez a la eventualidad de ser falsados mediante comprobaciones empírico-«terrestres». Fueren cuales fueren las dimensiones pragmáticas anejas a aquellos conceptos, ya sea de una manera general u ocasionalmente, o también las carencias en este plano (p. ej., «letra muerta» de una ley), nada de esto afectaría la validez *en sí* de tales discursos. Y de ahí al culto de tal o cual *metodologismo*, no hay más que un paso (que no todos, pero sí muy buena parte de quienes comparten esas tendencias no tienen embarazo en dar: p. ej., ALEXY). En efecto, no es extraño que la naturaleza parateologal de tales novelaciones pueda incluso derivar en un dogmatismo pseudo-«técnico»: la sujeción a tal o cual apriorismo metodologista, pre-concebido como requisito *absoluto* para examinar la materia en cuestión. Metodologismo es la versión extrema, también la más ingenua, del cienficismo. Cuya consecuencia más notoria es que:

> El problema que inevitablemente surge cuando se sucumbe ante semejantes quimeras es que se olvidan partes importantes de la realidad sólo porque no encajan en el marco establecido *a priori* (SOKAL/BRICMONT, 1999, 210).

Ni más ni menos que ése es el caso, también, de los planteamientos formalistas en Teoría del derecho. Su naturaleza parateologal se revela en el carácter de Idea Absoluta que tienen, para ellos, tales o cuales categorías *supra*empíricas, unas que de tal manera son asumidas ni más ni menos que como simplemente in-discutibles acerca del derecho. De ahí que por lo habitual los creyentes en esas novelaciones formalistas no vacilen en pre-suponer, como si tal cosa, que sólo aquellos estudios cuyos planteamientos *NO* pongan en entredicho los dogmas de la «racionalidad» *propia* establecidos como requisitos metodológicos *sine qua non* por la iusteología así sustentada, ¡nada más que éstos!, puedan alcanzar a ser lo suficientemente «serios» para resultar aceptables «científicamente».

Addendum: Férreo dogmatismo metodologicista *(un ejemplo)*.

Voy a recoger algunas líneas de un texto que, aun cuando no tiene importancia por sí mismo, me parece bien ilustrativo como ejemplo en cuanto a tal manera de pensar. Si considero pertinente reproducirlo aquí, aun siendo anónimo [45], es porque las postulaciones teoréticas que

[45] Ese texto se refiere a mi estudio «Semiótica ilusionista...» (HABA, 2000). Aquél es un informe negativo con respecto a este último, dictaminado así cuando este trabajo fue rechazado antes por otra revista de la materia. Pero aquí prescindiré completamente de la cuestión del *animus censurandi* al respecto. Voy a destacar lo principal (con unos énfasis míos señalados mediante cursivas y versalitas) de la argumentación sustentada por el autor de ese informe; mas no con vistas a defender tal estudio mío, sino porque *esos* argumentos son muy sintomáticos, a mi juicio, con total independencia de que exista dicho estudio (tanto daría, para cuanto trato de hacer ver aquí, que este no hubiera sido escrito). Lo interesante son nada más los contenidos teoréticos *en*

en él se dan por obvias, como pre-supuestos válidos *en sí y por sí*, son ampliamente compartidas por muy buena parte de las aproximaciones imperantes en la disciplina Teoría del derecho:

> La segunda parte del ensayo, «Precisiones terminológicas» [HABA, 2000, § 3] debe suprimirse. HABA afirma que los términos «semiótica», «racionalidad», «sistema» y «derecho» poseen un puro significado convencional, y que enfrascarse en una discusión semántica sobre ellos poco o nada contribuye a su propia temática. [...] Esta tesis se presta a malentendidos: ¿es posible una crítica de la semiótica jurídica racionalista en ausencia de *UN* concepto alternativo del derecho y del acto jurídico (en sentido latísimo, es decir, que coincide con un enfoque pragmático del derecho)? [...].
>
> «... se entremezclan y confunden dos aspectos que han debido distinguirse nítidamente: la *efectividad* y la *validez* normativa del derecho. Ningún análisis semiótico, ni siquiera el así llamado «realista-crítico», puede evadir una discusión sobre la *normatividad* jurídica sin que abandone la pretensión de ser un análisis *semiótico* del derecho. Pero precisamente aquí surge un problema capital para el proyecto de HABA: ¿existen normas jurídicas *«sueltas»*? ¿No pertenece a la *ESENCIA* de *toda* norma, como lo muestra KELSEN (con quien HABA parece simpatizar...), que ella *se deriva* de una norma superior y, en ultima instancia, de *UNA* norma suprema (*Grundnorm*)? En otras palabras, ¿no implica la validez normativa del derecho que éste es siempre un *orden* jurídico, la *unidad* de una multiplicidad de normas? Si esto es así, ¿no es la noción de «sistema» *fundamental* para *TODO* análisis semiótico del derecho? Más enfáticamente: ¿es en absoluto *posible* una teoría (semiótica) del derecho que no postule la *UNIDAD* de su objeto de conocimiento?» [todos los énfasis están añadidos por mí, E.P.H.].

Vale decir que, para el «*well-qualified scholar*» [*supra,* n. 45] autor de ese comentario, cuentan como Verdades *ABSOLUTAS* los postulados siguientes (sí, nótese bien, éstos son invocados ahí a título de axiomas *in*-discutibles, ¡no menos válidos *apriorísticamente* que las categorías propias de unas elucidaciones de doctrina teológica!):

1. Sería indispensable, para poder efectuar con tino *cualquier* tipo de examen de semiótica jurídica, pre-establecer *UN* (¡uno sólo!) concepto unívoco (exhaustivo, al parecer) de qué sea *el* «derecho».
2. Resultaría inconcebible toda posibilidad de acierto para los contenidos de cualquier estudio sobre discursos jurídicos si en él «se entremezclan y confunden dos aspectos que deben distinguirse nítidamente: la *efectividad* y la *validez* normativa del derecho» [mas eso de modo *tal* que, en virtud de todo lo que sigue (y a falta de cualquier otra aclaración al respecto), al parecer se quiere decir que «la validez normativa» en nada dependería de cuestiones de «efectividad», o sea, que es asumido como pre-supuesto absoluto la plena *autonomía* —¡iusnovelación!— de lo segundo (semántica) con respecto a lo primero (las pragmáticas discursivas respectivas)].
3. «... la *esencia* [¡¡ !!] de toda norma» consiste en «que ella se deriva ... en última instancia de *una* [¡¡ !!] norma suprema».
4. Se tiene por incuestionable, asimismo, que de no ser aceptado el dogma precedente 3), tal negativa conllevaría (¡necesariamente!) el venir a sostener que «existen normas «*sueltas*»» [*i.e.*: pues supuestamente entienden, los negadores de dicho dogma, que entonces serían normas

---

sí mismos postulados como verdades *a priori* por ese académico, el consultado, con respecto a quien el director de dicha revista no omitió señalarme: *«Let me assure you, however, that the person who read your paper is a well-qualified scholar in (legal) philosophy...»* (curs. añadida). Por desdicha, este *«scholar»* no aceptó mi proposición de discutir conmigo públicamente sobre sus propios postulados teoréticos básicos, estos de orden absolutamente (mejor dicho, absolutísticamente) general invocados por él como Artículos de Fe Intelectual *sine qua non*, los cuales se sobreentiende —según él— que *todo «schollar»* no puede menos que inclinarse a venerar incondicionalmente si ha de estar habilitado para abrir juicios académicamente presentables sobre cuestiones de semiótica jurídica. [Con respecto al asunto de la censura para estudios «exageradamente» críticos, en publicaciones de Teoría del derecho, *vid.* también HABA, 2011b (esp. 188 y 198-n. 46) y 2013b (esp. n. 128)].

«sueltas» *todas* las del derecho o en todo caso una buena parte de éstas —el texto no aclara si quiere decir lo primero o lo segundo, pero la objeción de principio es clara—)].

5. Plegarse a «... la noción de "sistema" es indispensable para *todo* análisis semiótico del derecho».

6. De ahí que «la validez normativa del derecho implica que éste es *siempre* ... la *unidad* de una multiplicidad de normas», por lo cual «es en absoluto [*im*]posible una teoría (semiótica) del derecho que no postule la *unidad* de su objeto de conocimiento».

7. Si no se presta fidelidad a estos postulados (1-6), se caería ni más ni menos que en «*evadir* una discusión sobre la *normatividad* jurídica», o sea, tal herejía implicaría *indefectiblemente* que se «abandone la pretensión de ser [ese examen herético] un análisis *semiótico* del derecho».

Desde luego, no puedo proceder a efectuar ahora un verdadero análisis de estos dogmas básicos (también hay varios más en dicho escrito de este «*well-qualified scholar*»). Lo cierto es que al fin de cuentas son, todos ellos, unos *convencionalismos* doctrinarios asumidos como verdades a priori en *ciertos* círculos académicos, entre la amplia variedad de enfoques existentes para la materia Teoría del derecho. Lo que me importa subrayar aquí no son las falacias por ser tales, en esas aseveraciones, sino sobre todo el efecto anejo: la *ABSOLUTIZACIÓN* parateologal de que esos dogmas suelen ser objeto en dichos círculos (análogamente al carácter *soberano* —esto es, independiente de condicionamientos de veracidad empíricos— que para establecer la sustancia de su propio relato tiene cada escritor de novelas). Aun bajo la hipótesis de que semejantes apriorismos fueren justificados, total o parcialmente, aquello sobre lo cual estoy tratando de llamar la atención no sería menos cierto, esto es: la condición de que, una vez instalado el pensamiento teorético en esos órdenes de enfoques, la tentación de asumirlos en forma *parateologal* es tanto mayor cuanto más amplia sea la orfandad de conocimientos sobre *OTROS* puntos de vista que también aparecen sostenidos en la materia (incluso por parte de autores bastante conocidos), señaladamente acerca de unos criterios básicos donde no cuentan los pre-juicios fijados por tales idealizaciones. Es justamente eso —desconocimientos fundamentales sobre la existencia de *otras* vías de aproximación no menos metodológicamente posibles que la preferida por uno mismo + dogmatismo parateologizante como expediente de inmunización para no tener que rendir cuentas discursivo-*pragmáticas* acerca de esta última— lo que se presenta tan nítidamente ejemplificado por el cerrado dogmatismo metodologista expuesto en dichas tesis de nuestro «*well-qualified scholar*» (muy de acuerdo, claro está, con la ruta que le han marcado tantos otros estudios de moda).

Atento a cuanto se formula en esas tendencias, y máxime si no pasamos por alto qué cuestiones fundamentales *NO* se someten a discusión allí (ni siquiera para criticarlas), cabe estimar como bastante poco probable que la generalidad de esos «*scholars*», los del propio círculo académico hiperespecializado (en desplegar ciertas «técnicas» teorético-noveleriles), alcancen ni siquiera a sospechar lo puesto sobre el tapete en exámenes fundamentales sobre la discursividad jurídica cuyos *approachs NO* se inclinan ante semejantes apriorismos. Pasa así, quiérase o no, por más que algunos de los autores afiliados a estas últimas orientaciones, las muy poco o nada «sistémico»-crédulas, son conocidos incluso internacionalmente (p. ej., desde luego no son unos desconocidos varios de los escritores indicados en mis publicaciones, no obstante que sus planteamientos van en sentidos contrapuestos a aquellos dogmas reverenciados por el «*well-qualified scholar*»). Por encima de todo, el asunto no reside tanto en saber si se está de acuerdo o no con ciertas concepciones ajenas —en nuestro caso, las semiótico-«celestiales» *vs.* las semiótico-«terrícolas»— sino en advertir que, cuando unos apriorismos teoréticos están tan parateologalmente arraigados en la «*scholar-mind*» respectiva, las alternativas intelectuales incompatibles con esos dogmas no resultan ni siquiera *CONCEBIBLES*. No pueden serlo, en efecto, cuando el *horizonte* teorético («cielo») ha sido tallado académicamente de modo tal que *TODA* «validez» normativa no puede calibrarse sino de acuerdo con las condiciones propias de un universo discursivo que es meramente *semántico-sistemático*.

* * *

No puedo dejar de indicar, aunque sea de la manera más aforística, algunos sitios en donde están a mano aclaraciones fundamentales para des-teologizar dichos dogmas. [En las publicaciones que señalaré pertenecientes a mí mismo, ahí se incluyen también las referencias a otros autores, algunos de ellos no poco conocidos internacionalmente, cuyos desarrollos van en el sentido, básicamente, de lo subrayado también en aquéllas]. Retomaré el mismo orden de la enumeración que acabo de efectuar en cuanto a esas tesis parateologales. Mi propósito es apenas el de poner en evidencia que, contrariamente al carácter de Verdades absolutas que al respecto suele pre-suponerse en las teorizaciones iusformalistas, se trata ni más ni menos que de unos puntos de vista *convencionales*, o sea, ni más ni menos *DISCUTIBLES* que cualesquiera otros (realistas o no) de los planteados en estudios sobre esa materia. En efecto, para su des-teologización basta con no perder de vista que:

1. Es falso, o al menos discutible (y muy discutido), que sea dable obtener algún sentido *único* de qué sea «derecho» [*cfr.* HABA, 2006, Sec. C.I.1 (o 2012, Sec. D.I.1)].
2. En contraposición con tal estrangulamiento *a priori* de las posibilidades para efectuar elucidaciones semióticas, no faltan numerosos estudios en donde el análisis de las condiciones de los discursos normativos *no* se constriñe a su mera «gramática» semántica (*intentio*), sino que hasta la *valía* teorética misma de éstos se hace depender también de su *pragmática* (extensión) [*vid.*, p. ej., muchos de los exámenes que pertenecen a la conocida corriente *Critical Legal Studies*, *cfr.* PÉREZ LLEDÓ, 1996].
3. Del *esencialismo* en general, y máxime sobre el de tipo normativista, lo menos que puede decirse es que recibe múltiples objeciones, tanto dentro como fuera de la Teoría del derecho [*cfr.* la amplia discusión al respecto en HABA, 2010a, Sec. C.I (o 2012, Sec. D.II.4 + tomo III-Tema 8)]. Por cuanto se refiere en particular al asunto de la supuesta «norma suprema», notoriamente es el punto más débil y más ampliamente impugnado de los planteamientos de KELSEN (por último lo dejó de lado hasta éste mismo) [son innumerables los estudios al respecto].
4. Se trata de un clarísimo *non sequitur*, puesto que, por negar la existencia de *un* «sistema» general y único de normas (cualquiera fuere éste), en modo alguno se sigue que no puedan haber relaciones (¡de múltiples especies!) entre *ciertas* normas, según los casos o tipos de casos. Ahí el paralogismo consiste en plantear una disyuntiva de simplemente sí-o-no, a título de única alternativa posible: o *todo* es un «sistema» o *todo* son «normas sueltas» [*cfr.* VAZ FERREIRA, 1963b, cap. «Errores de falsa oposición»].
5. Imaginarse el discurso jurídico como «sistema» constituye una pre-concepción teorética que es por lo menos discutible (y discutida), sobre todo a la luz de análisis de lenguaje que no se saltean lo señalado por autores tan conocidos como OGDEN y RICHARDS, WITTGENSTEIN y WAISMANN, etc. [*cfr.* HABA, 2000, §§ 7-8 —mi examen sobre «La ilusión de venir a detectar unos «sistemas»» se encuentra desarrollado más ampliamente en HABA, 2006, Sec. C.II.1 (revisado, y con anotaciones complementarias, en HABA, 2010b, cap. II.4); o *vid.* 2012, Sec. E.I.1 (+ VI.a en esa misma sección)—].
6. El término, «unidad» no tiene contenido *propio*. Su alcance depende de la perspectiva —¡opcional!— en que se ubique quien lo utilice; al punto tal que puede servir para designar prácticamente cualquier cosa [*vid.*, p. ej., un pasaje como el señalado por VAZ FERREIRA, 1963b: 144], salvo cuando se le hace objeto de netas precisiones específicas para el contexto al cual sea referido —lo cual, por cierto, no suele darse en ese tipo de teorías [*cfr.* al respecto HABA, 2001/2009, § 5]. De ahí que las aplicaciones de una fórmula vacía como «*unidad* de su objeto de conocimiento», para referentes tan enormemente heterogéneos y en buena medida contradictorios entre sí como los abarcados por el término-comodín «derecho» [*supra*, punto 1], resultan muy discutidas en la práctica (múltiples conflictos de interpretaciones); así es cómo, después de todo, semejante «unidad» viene a ser esencialmente una verbalización retórica para disimular doctrinariamente las innumerables *antinomias* que pone de manifiesto la pragmática (¡tierra!) del membrete «derecho» [*vid.* HABA, 2006 (Sec. C, §§ I.1 y II.1) y 2008 (esp. Secs. C, D, H.2 e I.2-3].

7. Como queda en evidencia por lo indicado en los seis números anteriores, si bien se puede creer en tales pre-suposiciones (de hecho, es abundantemente creído por muy buena parte de la actual Teoría del derecho), en cambio es rotundamente *FALSO* afirmar que ellas constituyan por fuerza la *ÚNICA* posible «pretensión de ser un análisis *semiótico* del derecho». Tal pretensión, la de constituir la «única» vía legítima intelectualmente para abordar exámenes de esa materia, no se puede asumir sino en virtud de asignarle el carácter de Verdad metodológica *ABSOLUTA*, su unción cuasiteológica, a las pre-concepciones específicas de *unas* (aunque sean mayoritarias) entre las corrientes doctrinarias al respecto —precisamente aquellas que apartan la vista, iusnovelaciones, frente a las dimensiones lingüístico-*pragmáticas* que tienen los discursos normativos considerados—.

Estas puntualizaciones que he enumerado no pretenden demostrar sino lo siguiente: el aceptar los dogmas (1-7) recogidos por el *«well-qualified scholar»* no es condición *sine qua non* para *TODO* examen de semiótica jurídica. Única y exclusivamente lo es para quienes se resuelven de antemano a depositar su *fe* en tales dogmas, ni más ni menos; y entonces, como consecuencia, pueden así llegar hasta al extremo (como nuestro *«well-qualified scholar»*) de clausurarle la palabra (cuando esté a su alcance) a quienes no acepten someterse a semejantes Axiomas divinizados por sus propias capillas. La preferencia por consagrar los esfuerzos teoréticos a cierta iusnovelística es una decisión personal, desde luego que muy respetable. Como también es una decisión, no menos contingente pero (diría yo) bastante menos respetable, la de exigir que esta preferencia sea inmunizarla invocándola a modo de Verdad absoluta para esa disciplina. Y si bien esto último no es, en el plano lógico, una consecuencia propiamente necesaria en toda novela de conceptos jurídica, resulta que, de hecho, la inclinación a presuponerle esos atributos esencialistas, parateologales, a los categorías básicas de esas teorizaciones constituye una tentación muy fuerte entre los cultores de tales orientaciones. De ahí que para nada resulte extraño que entonces esos académicos recurran, para autolegitimarse, a tal o cual túnica pseudocientífica de fundamentalismo —¡exclusivismo!— *metodologista* (así el ejemplo analizado aquí). [Sobre el asunto del metodologismo, *vid.* HABA, 2006 (Sec. B.III.) y 2010b (cap. II y *passim*); o 2012, Sec. C.III].

Nota.—No entiendo afirmar que indefectiblemente las siete tesis objetadas en este *Addendum* correspondan todas ellas, ni que sean por fuerza sustentadas con tal dogmatismo, a la respectiva orientación teorética propia de cada uno de los autores que a lo largo del presente estudio menciono con nombre propio como ubicables dentro del gran género de los estudios de tipo «iusnoveleril». Sin embargo, da toda la impresión de que, vistos los planteamientos que efectúan esos autores, muy buena parte de tales ideas son sustentadas en principio, al menos implícitamente, ya por ellos mismos —incluso si éstos no entiendan adjudicarles dicho alcance fundamentalista—: pero no poco a menudo tal es el caso en cuanto a muchos de sus epígonos (así en el ejemplo aquí examinado). De todos modos, la pregunta más inquietante, ya de orden muy general (censuradores aparte), es ni más ni menos que la siguiente: *¿CUÁLES* de dichas siete tesis *no* se compaginan, acaso, con ideas básicas sustentadas por unos u otros autores principales de las corrientes iusteoréticas «noveleriles»?

5. LA ALTERNATIVA JURÍDICO-REALISTA: ENCARAR EL DERECHO COMO UNA «TECNOLOGÍA SOCIAL»

Mi calificación de «novelas» conceptualistas para ciertos tipos de discursos jurídicos no es simplemente porque éstos sean de carácter normativo (¿cómo habrían de no serlo?), ni porque contemplen ciertos ideales [46], sino por sus *maneras* —extra-

[46] Eso sí, es fundamental distinguir entre tipos *diferentes* de ideales, no confundir las funciones discursivas de unos con las de otros, *vid.* HABA, 2010c, § 9, 351 y ss.

«terrenales», «normativismo» [47]— de ubicarse frente a las finalidades *prácticas* de lo normativo; mejor dicho, por hacer abstracción de encarar estas últimas propiamente. Aquí no se trata de cuestionar si es *posible* (y además agradable, para muchos) quedarse en tales novelas para efectuar buena parte de los razonamientos jurídicos. Empero: ¿no cabe ninguna otra posibilidad, para tratar las cuestiones jurídicas como tales, que discurrir de *esa* manera? ¿Es del todo inevitable que ello dependa *sobre todo* de unos apriorismos decretados como «caracteres» intocables, para esos conceptos, por los autores de unos u otros ensamblajes de iusnovelística?

Quiérase o no, también cabe otro camino intelectual para pensar y para resolver las cuestiones de derecho: el de discurrir *realísticamente* como jurista. Se halla disponible para quienes estén dispuestos a adoptarlo, sea en la labor jurídica corriente o en estudios de Teoría del derecho. Por lo demás, no es dable llegar a percibir de veras en qué consiste lo más decisivo del iusnovelismo jurídico si no se le *contrapone* nítidamente esa posibilidad muy distinta. Ahí, como para tantos otros asuntos, al poner de relieve en *qué* una forma de pensar se constituye en justamente lo *contrario* de otra, así resaltan con plenitud los reales alcances que tiene respectivamente cada una de ellas («toda determinación es una negación», SPINOZA [48]). Sólo haciendo énfasis en que también caben formas realistas de entender y de aplicar el derecho, únicamente así se logra tomar conciencia —¡por contraposición!— sobre las carencias fundamentales de otras formas entre las normales, esas que son más o menos «noveladas», seguidas para elaborar muchos de los discursos jurídicos.

El poner en práctica tal cambio de visión requiere principalmente que, aun sin prescindir de los conceptos dogmáticos de derecho, cada una de las posibilidades semánticas de éstos se aquilate en función sobre todo de sus efectos *pragmático*-sociales efectivos. Vale decir: efectos comprobados o por comprobar, ¡empíricamente!, para situaciones prácticas *específicas*; éstas pueden ser particulares o ser bastante generales, pero bien determinables en los hechos. Ello consiste, pues, en llevar a cabo y en juzgar los razonamientos de los juristas, ya no primordialmente en cuanto intríngulis *semánticos*, sino aquilatándolos en función de cuáles son (o existan buenas probabilidades de alcanzarlo) sus efectos reales —*pragmática* lingüística— en sus desempeños como una *tecnología social* (ALBERT [49]). Esto último significa: que las opciones semánticamente posibles entre distintos sentidos de los conceptos en juego sean utilizadas ni más ni menos que con la vista puesta primordialmente en examinar si ellos logren así constituirse (¡o no!) en unos *medios efectivos* para obtener *determinados efectos* en la *realidad* social.

Por tanto, la disyuntiva clave para orientar el pensamiento jurídico es, quiérase o no: ¿discursos normativos planteados en gran medida (aunque puede no serlo tan exclusivamente como suele darse en muchos estudios de Teoría del derecho) a modo de unas novelas de conceptos o discursos normativos planteados sustancialmente como una tecnología social realista? Esta disyuntiva no suele ser tematizada por los juris-

---

[47] Pero, ¡atención!, no es lo mismo normativo que «normativista». Esto último consiste en unos tratamientos *falaciosos* del razonamiento con normas. *Cfr.* HABA, 2006, Sec. C.II, esp. 259 y ss.; o 2012, Sec. E.I, esp. 575 y ss.; o bien, muchísimo más breve, *vid.* 2002.

[48] «*Omnis determinatio est negatio*. Si decimos que algo es de cierta manera, sólo lo sabemos cuando sabemos de qué manera es otra cosa que *NO* es precisamente de esa manera», KOLAKOWSKI, 1975, 66, versalita añadida aquí.

[49] *Vid.* ALBERT, 1994, cap. VI, esp. su punto 5, y 2007, esp. §§ II.4 y III.2.

tas, en los razonamientos corrientes de la profesión jurídica ni en sus doctrinas más habituales, así como tampoco es advertida por parte de la abrumadora mayoría de los estudios especializados en Teoría del derecho. Sobre todo, no suele surgir ahí la pregunta decisiva: el razonamiento jurídico-«técnico» presentado (sea cual fuere) y las conclusiones extraídas de él mismo, ¿para qué *sirven de hecho*?

Ese «sirven» no puede aquilatarse si no es en función de una serie de cuestiones bien determinadas, de las cuales los tratamientos noveleriles hacen abstracción. Cuestiones del *qué*: ¿para decidir qué aspectos de las *conductas* sociales reales sirven (¡o no!) —o hay buenas probabilidades de que puedan verdaderamente llegar a servir— de manera *efectiva* tales razonamientos, en la práctica? Cuestiones del *cómo*: supuesto que estos razonamientos sí puedan servir para esos «qué», ¿en virtud de qué *maneras* eficaces —*i.e.*, influyendo de veras sobre cuáles tipos de relaciones bien determinadas de causa-efecto de tipo social— se han logrado o vayan a lograrse tales *consecuencias*, en la práctica? Cuestiones del *para quiénes*: ¿a qué grupos de seres *humanos* sí y a cuáles no, los de carne y hueso, les sirve eso verdaderamente, en la práctica? (*i.e.*: ¿en las vidas reales de qué grupos *específicos* de sujetos, diferenciados en el seno de la tan heterogénea como multifacética composición de gentes que conforman el conglomerado social de un país, se producen o producirían los *efectos* procurados mediante tales discursos?). Estas cuestiones corresponden a asuntos del pensamiento jurídico si es encarado como una *tecnología social*.

Lo cierto es que las doctrinas del derecho son, a pesar de todo, líneas de soluciones ofrecidas para asuntos de la práctica social, mediante las cuales de alguna manera se toman en cuenta *experiencias* comunes al respecto. No hay por qué pensar —¡sería otro apriorismo más!— que las respuestas suministradas por tales doctrinas son siempre, o en la mayoría de los casos, ya sea contraproducentes o inútiles. En muchas especies de casos, los razonamientos jurídicos habituales logran, aun con sus vicios de razonamiento habituales[50], constituirse en un medio eficiente para obtener en general efectos adecuados. Mas otras veces resulta que tales vicios, los cuales al fin de cuentas tienen como lecho común la dominante tendencia a encarar de manera como «novelada» los razonamientos jurídicos, constituyen un obstáculo considerable para las posibilidades de alcanzar mejores resultados prácticos. Sea como fuere, tampoco es cuestión de caer en la exageración de negar sin más que las doctrinas jurídicas, en combinación con las disposiciones oficiales de derecho positivo, suelen contener soluciones prácticas atinadas para organizar muchos asuntos de las relaciones humanas. El pensamiento jurídico normal viene a ser, quiérase o no, una *tecnología social*, aunque no poco defectuosa en muchos casos.

Eso sí, lo que se llama «derecho» no es cualquier tecnología social. Ahí se trata de una muy específica: consiste en usar como su medio propio los respectivos *discursos con autoridad estatal*, para influir *así* sobre determinadas especies de conductas humanas, unas capaces de hacer efectiva o de obstaculizar la realización de ciertas finalidades que de hecho le importan mucho a unos u otros estratos de una colectividad llamada país (éstos pueden ser bastante disímiles entre sí, constituyendo o no mayorías en ella).

[50] Esos discursos suelen permanecer encadenados, al menos parcialmente, sobre todo a unos u otros entre los vicios de razonamiento que componen la ensambladura de tipos centrales de falacias jurídicas que he denominado: «Síndrome normativista», ref. *supra,* n. 36.

Claro que los discursos jurídicos no son una tecnología en la cual sus operadores son absolutamente libres de elegir cualquier contenido que consideren el más apropiado socialmente para conformarla, pues estos actores operan, al desempeñar sus roles sociales definidos como tales, dentro del *marco* (KELSEN) establecido por los discursos propios del ordenamiento de derecho positivo considerado. Sólo dentro de *ese* marco lingüístico, que es elástico —conflictos de interpretaciones— pero no infinitamente elástico (ahí no se considera aceptable, en la práctica, cualquier interpretación), caben las posibilidades de *esta* tecnología discursiva aplicables realmente.

Entendida como tecnología social, la ciencia jurídica consiste ni más ni menos que en la *adecuación* de unos instrumentos discursivos para coadyuvar a la realización *efectiva* de determinados fines tal como éstos intervengan en las realidades que *viven* unos seres humanos de carne y hueso, los que estén o lleguen a estar involucrados en esos tipos de situaciones. Significa que estos discursos se encaran como *medios*: ¡por sus *EFECTOS* los conoceréis! Vale decir, ¡no es cuestión de postularlos como unos enunciados válidos en sí y por sí! Menos que menos, imaginando que ahí sea cuestión de ocuparse, acaso, en descifrar ciertos esquemas esencialmente formalistas. La ciencia jurídica como tecnología social necesita *acreditarse* en la práctica, como cualquier otra tecnología. Aquélla no puede justificarse, como tecnología social, si no es mediante comprobaciones sobre la *eficacia* de esos medios —en este caso, los discursos jurídicos utilizados— para alcanzar de veras los fines *humanos*, suficientemente *determinados*, a que la normativa por aplicar se entienda ordenada. ¡No es una cuestión de comodines lógico-formales! (Nada que ver, pues, con elucidar unos formulismos del tipo de ésos en que consisten los análisis de autores como, por ejemplo, ALCHOURRÓN, BULYGIN y FERRAJOLI).

Por supuesto, sería bastante extraño encontrarse con algún jurista que niegue expresamente que el derecho está ahí para alcanzar finalidades *prácticas* (y de seguro él lo piensa sinceramente así). Mas los juristas, aunque admitan tal afirmación en abstracto, no suelen tener conciencia de lo que esto implicaría para los contenidos específicos de sus discursos, si para elaborar estos discursos profesionales ellos razonaran de veras *así*. En cambio, sus planteamientos los efectúan mediante unos giros discursivos que a menudo padecen decisivas carencias de realismo y en general están afectados por sensibles déficits de racionalidad (uso este último término en el sentido preciso explicado por M. WEBER). Por tales deficiencias, si bien éstas no impiden que siga tratándose al fin de cuentas de una tecnología para «acomodar» la vida de la gente, no es excepcional que no se alcancen suficientemente los efectos prácticos perseguidos (en verdad o supuestamente), hasta puede darse que ellas contribuyan a provocar unos resultados reales opuestos a los que por esas vías se entiende asegurar. Mala tecnología, en estos casos.

Las concepciones teorético-noveleriles no suelen redundar en beneficio de la *eficacia* tecnológica del discurso jurídico; en el mejor de los casos, resultan apenas indiferentes para ello (ejemplo paradigmático: las axiomatizaciones acerca de pautas jurídicas, cualesquiera sean estas últimas). Mas a ese respecto importa distinguir entre legislación y doctrina jurídica. Tendencialmente, la legislación apunta a tratar de constituirse, mal que bien, en una tecnología social, sean cuales fueren sus deficiencias en tal sentido. La doctrina jurídica profesional, en cambio, suele aparecer

planteada como si ella debiera consistir en unas novelas «técnicas» de conceptos; sin perjuicio de que, naturalmente, sus grados de «novelación» varían de doctrina a doctrina, como también pueden ser diferentes entre unas y otras aplicaciones de determinada doctrina.

Sólo haciendo caso omiso, en cuanto sea oportuno, de buena parte de las «novelaciones» doctrinarias es cómo podría quedar más despejado el camino para corregir, hasta donde sea posible, tales o cuales inadecuaciones de unos discursos jurídicos en cuanto tecnología social. Justamente a esto último se dirigen las observaciones realistas sobre metodología del razonamiento jurídico. [En otros sitios he presentado, a modo de esbozo en tal sentido, un modelo de razonamiento jurídico en «cuatro pasos», ceñidamente realistas [51]].

Suplemento: *La jurisprudencia como una disciplina de tecnología social.*

Principalmente H. ALBERT es quien ha subrayado tal posibilidad, por oposición al normativismo [*supra*, n. 47] que prevalece tanto en la ciencia jurídica corriente como en la Teoría del derecho. A continuación se recogen algunas puntualizaciones de ese autor [1994, cap. VI.V], en donde tal concepción está expuesta de la manera más concisa y ordenada (a mi juicio). He aquí esos pasajes [líneas tomadas de las páginas 186-188 y 191], sin entrecomillarlos ni indicar soluciones de continuidad [trad. mía un tanto libre, con cursivas añadidas por mi cuenta]:

De hecho, saber cuáles sean las soluciones específicas indicadas por el ordenamiento jurídico vigente, ante no pocas situaciones prácticas, no es algo tan sencillo (como algunos creen), pues depende de qué respuestas se suministren sobre *cómo* interpretar las leyes y cómo llenar las «lagunas» de ese ordenamiento —cuestiones acerca de las cuales se dan toda suerte de discrepancias entre los propios juristas—. La jurisprudencia no tiene como tarea simplemente un re-conocer cuanto estaría ya pre-determinado allí mismo, en tal ordenamiento, sino que ella contribuye mediante sus propias interpretaciones a integrarlo, para determinar las aplicaciones prácticas de las disposiciones jurídicas que se hagan entrar en juego [puesto en términos de KELSEN, es el propio intérprete quien *llena* el «marco» legal].

De todo ello se desprende la posibilidad de concebir la jurisprudencia no ya como una disciplina normativa [*i.e.*, tomarla en sentido esencialmente teorético-«noveleril»], sino como una disciplina *tecnológico-social* [*i.e.*, hacerla consistir principalmente en elucidaciones de *pragmática* discursivo-jurídica]. Entonces su tarea consiste también en analizar los *efectos* que como regulación normativa real se sigan de determinadas posibilidades, entre las interpretaciones posibles de las proposiciones jurídicas aplicables reconocidas como válidas en el sistema jurídico dado. Aquí se trata, pues, no de la simple comprobación de unos hechos sino, como siempre en los sistemas tecnológicos, de examinar las posibilidades de *influencia* que tenga la conducta humana [también las de carácter lingüístico], con base en posibles fijaciones de fines y de valores. Eso demanda poner en relieve el carácter *teleológico* de la jurisprudencia y, por ende, proceder a la formulación *explícita* de tales fines y de las consecuencias fácticas correspondientes. [En *Metodología jurídica irreverente* y en *Metodología (realista) del derecho*, he especificado cómo tales exigencias metodológicas son cumplidas «paso» por «paso» en un modelo realista de «cuatro pasos» [ref. *supra*, n. 51].

Para una buena síntesis de las ideas de ALBERT sobre esta cuestión, *vid.* SALAS, 2007.

---

[51] *Vid.* HABA, 2006, Sec. C.III.4 (293-310) [2012, Sec. E.IV.4]; o bien, 2002, §§ 5-8. Estoy plenamente consciente, eso sí, de que tal modelo no tiene posibilidades de ser conocido, y mucho menos aún de ser adoptado, por algún número considerable de juristas profesionales, pues lo normal es que el pensamiento de ellos permanezca enclaustrado en el *normativismo* jurídico (*supra,* n. 47). Sobre lo limitada que es, inevitablemente, la «utilidad» que pueda tener dicho modelo, como también en general la Teoría del derecho, he señalado algunas observaciones básicas en HABA, 2011a, § II.5, *vid.* esp. a partir de la n. 32: 279 y ss.

6. CONCLUSIÓN: VALOR HEURÍSTICO DE LA CATEGORÍA DE ANÁLISIS «NOVELA DE CONCEPTOS»

En los tratamientos discursivos ofrecidos como ciencias sociales, los terrenos se dividen de raíz entre dos direcciones capitales. Se trata, sobre todo, de las respectivas posiciones ante las siguientes preguntas clave:

1. ¿La teoría considerada contempla la posibilidad de *contra*-pruebas *empíricas* para «falsar» (eventualmente) enunciados como los suyos?
2. Supuesto que sí se admitan tales contrapruebas, al menos en principio, ¿qué requisitos de verificación *metódico-intersubjetiva* hay establecidos para ello?
3. ¿Los conceptos básicos que se emplean para efectuar enunciados de esa teoría son de sentido lo bastante *unívoco*, cada uno de ellos (en todo caso la gran mayoría), de manera que permitan efectuar comprobaciones propiamente dichas sobre la existencia o no existencia real (*¡extentio!*) de lo mentado (*intentio*) por aquéllos? [Vale decir: que esos conceptos permitan distinguir de maneras netas intersubjetivamente, en cuanto a los hechos concretos que fuere del caso, si estos últimos constituyen candidatos positivos o candidatos negativos para entrar indisputablemente dentro del ámbito de significados propio respectivo de cada uno de aquellos conceptos —¡*verificación* empírica!—].

Por ejemplo, en cuanto al argot luhmanniano de «sistemas»: 1) tales contrapruebas no están al alcance de ningún ser humano, pues sólo la propia Idea-Sistema (así, el sistema-derecho) —y eventualmente unos iluminados por ella, quienes se autopresentan como tales— sabe por sí misma de qué se trata [52]; 2) ¡misterio! (nadie ha revelado, en la tierra, cuáles puedan ser unos métodos que reúnan tales condiciones de intersubjetividad al respecto y por esto mismo se consideren apropiados para verificar los enunciados de dicha teoría); 3) los conceptos básicos de tal teoría son esencialmente ambiguos y muy vagos, empezando por la propia noción de «sistema» [53], de manera que no es dable aplicarlos intersubjetivamente en la práctica (salvo para parafrasear trivialidades). Por otro lado, en cuanto a la dogmática jurídica corriente o a unos enjambres de definiciones de Teoría del derecho como (p. ej.) los de FERRAJOLI, sus edificios conceptuales están conformados, al menos en muy buena parte, con base en conceptos que son lo bastante indeterminados (p. ej., la idea de «principio» jurídico) como para admitir —así pasa abundantemente en la práctica— interpretaciones muy contradictorias entre sí, según las preferencias ideológicas o circunstanciales de los intérpretes autorizados.

[Eso no quita que, repito, se echen de ver similitudes entre el contenido de anuncios efectuados en tales novelaciones y ciertos fenómenos regulares en la vida social. Como en las Profecías de NOSTRADAMUS, la gran in-determinación en cuanto a cuáles puedan ser los referentes *específicos* «terrenales» de muchos conceptos claves de dichas novelas hace que, en su aplicación a las cuestiones verdaderamente discutidas, esos letreros lingüísticos es dable imputarlos, *a piacere* del intérprete, a unos u otros fenó-

[52] «Es el derecho *mismo* quien determina cuáles son los límites del derecho...», [*supra,* en «Un ejemplo» (texto ubicado poco después de la n. 19)].

[53] *Vid.* el sitio indicado en la nota precedente.

menos de la realidad social (p. ej.: no hay ninguna suerte de fenómenos sociales, tanto da si reales o imaginarios, que no sea dable certificar escogiendo entre meandros de la terminología de Luhmann). No obstante, a diferencia de casi todas las novelaciones pergeñadas específicamente por escritores de la disciplina particular llamada Teoría del derecho, es innegable que ciertas *storytelling* esencialistas de la dogmática jurídica corriente tienen, éstas sí, influencias sensibles en los razonamientos que motivan a los propios jueces en muchas de sus tomas de decisión].

Cuando estamos ante estudios realistas, en cambio, sus contenidos son susceptibles de control mediante métodos que los someten a instancias *externas* («tierra») de verificación:

1. *Todo* enunciado acerca de *hechos* (inclusive las dimensiones pragmáticas de normas), ya sean éstos individuales o de tipo general (nomotético o probabilístico), está sujeto a *FALSACIÓN* empírica, si aquél es puesto en duda (sea total o parcialmente).

2. Se reconocen unos métodos *INTERSUBJETIVOS*, en principio los normales para «testar» enunciados de las ciencias sociales empíricas, para procurar tales falsaciones [cuando se trata de enunciados normativos y en general los valorativos, se distingue netamente entre juicios de valor *categóricos* y juicios de valor *instrumentales*, para poder someter los segundos a tales falsaciones —de tal diferencia, absolutamente fundamental[54], por lo general hacen simplemente abstracción las teorizaciones noveladas—].

3. Sus conceptos básicos son *PRECISOS* (*i.e.*, por lo general resultan unívocos tanto semántica como pragmáticamente) en sus aplicaciones a la enorme mayoría de casos concernidos [ahí estos conceptos no son «novelados», sino que constituyen solamente unas orientaciones preliminares para apuntar hacia posibles comprobaciones *empíricas* de los enunciados respectivos].

3bis. Cuando se está ante conceptos jurídicos que en la práctica funcionan como bastante indeterminados (interpretaciones múltiples), ya sea que provengan de textos legales o de unos doctrinarios, se admite cabalmente que ahí no cabe ninguna interpretación «verdadera», sino que es cuestión de examinar en qué medida cada una de ellas (*i.e.*, entre las lingüísticamente posibles en el círculo de intérpretes considerado) pueda resultar más o menos «útil» *en la práctica* (para realizar tales o cuales fines específicos).

* * *

La categoría del pensamiento sobre la cual he puesto especial énfasis aquí, novela-de-conceptos teoréticos, ha de tomarse principalmente en sentido *heurístico*, como una «idea para tener en cuenta» (VAZ FERREIRA)[55] al examinar teorías jurídicas, como también en cuanto a las de las ciencias sociales en general. A decir verdad, salvo en los casos de iusnovelística más «pura» (p. ej., lo de RAWLS o las axiomatizaciones de FERRAJOLI), normalmente las tramas que desempeñan los iuspersonajes novelados suelen venir mezcladas, en grados mayores o menores, también con elementos de

[54] *Vid.* HABA, 2006, esp. Sec. C.III.5 (más amplio en 2012, Sec. E.III). Ese asunto se encuentra elucidado de manera mucho más plurifacética en HABA, 2010a, Sec. F, esp. subsec. II.2, 205 y ss. También en mi polémica con respecto a las teorías de la argumentación jurídica he insistido en llamar la atención sobre la fundamental diferencia entre esas dos categorías básicas de juicios de valor (*vid.* esp. HABA, 2011a, §§ II.l y IV.5).

[55] *Vid.* VAZ FERREIRA, 1963b, cap. «Pensar por sistemas, y pensar por ideas a tener en cuenta», 154 y ss.

juicio provenientes de relaciones entre ciertos razonamientos jurídicos y ciertas realidades humanas vinculadas con éstos (p. ej., es así incluso en unos procedimientos de «ponderación» como los delineados por ALEXY [56]). Sería de lo más simplista —¡otro apriorismo más!— presuponer que, en la vastísima región discursiva conformada por los razonamientos jurídicos en general, cada uno de éstos o cada teoría sobre ellos fuese tan homogénea del todo, en sus respectivos contenidos, como para ser *exclusivamente* una «novela de conceptos» o, en cambio, presentara *nada más* los elementos de juicio necesarios para constituir una tecnología social propiamente dicha. Sobre todo en las formas habituales de prácticas jurídicas, sus presentaciones discursivas no suelen ofrecer contenidos de pensamiento doctrinario tan absolutamente unilaterales como para adjudicárselos 100 por 100 al casillero «novela». En verdad nos encontramos, según los casos, con grados mayores o menores de «novelación» juridicista; también pasa lo propio con respecto a distintas teorizaciones relativamente noveladoras difundidas en la Sociología, la Politología, la Lingüística, etc. Cuáles sean esos grados se ha de detectar razonamiento por razonamiento o para grupos típicos de razonamientos, así como calibrarlo teoría por teoría [p. ej.: yo mismo he reconocido, a pesar de mis críticas de fondo a las teorías «estándar» de la argumentación como novelas de conceptos, que dichas teorías contienen también elementos rescatables para planos realistas [57]].

Ahora bien, la utilidad heurística de emplear como *tip* la pregunta de si el discurso examinado no es acaso del género novela-de-conceptos, aun ante unas iusnovelaciones más o menos «impuras» (*i.e.*, las que vienen entremezcladas con elementos de juicio realistas), reside en lo siguiente. Si los discursos de derecho se examinan teniendo plena conciencia de que es muy posible que buena parte de sus contenidos consistan en «novelar» unos conceptos claves y las relaciones entre estos mismos, esa concienciación abre las puertas hacia perspectivas de entendimiento, sobre todo las realistas, que normalmente ahí suelen permanecer fuera de foco. Esto es, se trata de saber distinguir bien entre dos niveles de dichos discursos. *a)* Por un lado, sus elementos de juicio que constituyen unos juegos de lenguaje esencialmente *semántico-autistas*: los doctrinario-axiomáticos + tautologías emanadas de estos mismos. *b)* Por otro lado, aquilatar si y cómo haya aspectos de esos razonamientos que de todas maneras logran cumplir, bastante adecuadamente o no, tales o cuales funciones prácticas bien determinadas: *tecnología social*. Para cuanto les interesa a los cultores de teorías «noveladas» del derecho, es obvio que tal distinción no puede revestir atractivo, pues la «gracia» de los desarrollos de ese tipo de aproximaciones reside principalmente en apartar la vista de *b)*.

De ahí que, al fin de cuentas, la precaución metodológica básica para encarar los planteamientos que se efectúen en cualesquiera razonamientos «técnicos» de los juristas, ya sean de la dogmática jurídica profesional normal o en la (meta-)Teoría del dere-

---

[56] *Cfr.* HABA, 2008, § 333. Y recientemente he comentado, con algún detenimiento, ciertos equívocos fundamentales puestos de manifiesto en una discusión (entre M. ATIENZA y J. A. GARCÍA AMADO) a propósito de este más nuevo expediente de disimulaciones logicistas (falsa precisión): HABA, 2013c.

[57] *Vid.* HABA, 2010d, esp. los puntos 2.5(a), 2.5(b) y 3.1. Ya en el Resumen ubicado al comienzo de dicho artículo queda señalado: «... aquí se reconoce que esa corriente doctrinaria, a pesar de ser esencialmente reduccionista y no poco disimuladora, contiene también importantes exámenes en donde se llama la atención sobre ciertos aspectos de superficie de la discursividad jurídica que bien merecen ser tomados en cuenta».

cho, debiera ser el tener muy en cuenta que ahí: *¡cuanto más contenido del tipo novelas-de-conceptos, menos conciencia sobre las posibilidades efectivas de tecnología social*!

* * *

Nota.—Al final de este estudio venía un excurso titulado: «Qué quiere decir «realidad» y cómo aprehenderla?». Lo escribí pensando que podía no estar de más salir al paso, de antemano, a una objeción que rece más o menos así: «¿Acaso se puede probar que no es *real* lo señalado por las teorías que usted [yo] califica como «novelas de conceptos», pero que sí lo sea cuanto proclaman esas otras teorías de su preferencia personal, las llamadas «realistas»?». Hasta se podría suponer que, cuando me refiero a «realidad», me ubico en un plano de ingenuidad epistemológica pre-kantiano, o sea, desconociendo la intervención de categorías mentales humanas en nuestras maneras de conocer las «cosas» que aprehendemos como «reales». Por eso consideré oportuno abordar, allí, incluso algunas cuestiones elementales de epistemología en cuanto a nuestras posibilidades en general de conocer el mundo «real». El excurso se me hizo finalmente demasiado extenso, no puedo incluirlo aquí .

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(Trabajos mencionados abreviadamente en el presente estudio).

AA.VV., 1976: *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* (ed. W. Krawietz), Darmstadt.

— 2010: «Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica», *Doxa,* núm. 33, 319-450.

— (Atienza, W. Carrión, García Amado, Haba, Sarlo), 2013: *Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica*, Lima: Palestra-Temis, en prensa.

Albert, H., 1994: *Kritik der reinen Hermeneutik* (Crítica de la hermenéutica pura), Tubinga.

— 2007: *La Ciencia del Derecho como Ciencia Real* (presentación, traducción y notas M. E. Salas), México: Fontamara.

Frank, J., 1951: «Palabras y Música. Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes» (traducción de R. J. Vernengo), en AA.VV., *El actual pensamiento norteamericano*, 171-209, Buenos Aires.

Fuchs, E., 1965: *Gerechtigkeitswissenschaft: ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre* [textos que corresponden principalmente a las dos décadas iniciales del siglo pasado], Karlsruhe.

García Amado, J. A., 2011: «Sobre la idea de pretensión de corrección del derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas» (manuscrito inédito, 34 págs.).

Goethe, J. W., 1963: *Maximen und Reflexionen* (Máximas y reflexiones), Munich: dtv (núm. 21).

Haba, E. P., 1992: «"Voluntad del Legislador" como opción interpretativa (¿posibilidad real o ficción?», *Enciclopedia Jurídica Omeba*-Apéndice VI, 710-725, Buenos Aires. También en 2012, t. III, Tema 4 (más breve: t. I, Sec. D.I.5).

— 1996: «Lógica formal y Derecho», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Apéndice VII, 625-632. [Una versión revisada de este estudio pasa a ser el cap. VIII de 2003; se encuentra también en 2012, t. III, Tema 10. Presentaciones más breves: 2012, t. II, Sec. D; y 2013a, cap. IV.1].

— 2000: «Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora», *Doxa*, núm. 23, 561-596.

— 2001/2009: «Rehabilitación del no-saber en la actual Teoría del Derecho: El *bluff* Dworkin (Retorno al realismo ingenuo y apogeo del efecto-Vicente, lanzados por una reencarnación más del Prof. Beale)», *Doxa*, núm. 24: 165-201. La versión íntegra de ese estudio está publicada en *Criterio Jurídico*, núm. 9 (2009-1), 155-258 [pdf: *http://criteriojuridico.puj.edu.co*].

— 2002: «Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa *práctica* al discurso normativista de los jueces)», *Doxa*, núm. 25, 503-521.

— 2003: *El espejismo de la interpretación literal. Encrucijadas del lenguaje jurídico*, t. I y II, San José (C.R.): Corte Suprema de Justicia-Escuela Judicial.

— 2006: *Metodología jurídica irreverente. Elementos de profilaxis para encarar los discursos jurídicos terrenales*, Madrid: Dykinson.

— 2007: «Contra la "Santa (charla-)Familia". Anclajes básicos de la vocación astronáutica promovida por Rawls, Habermas y otros apóstoles del *wishful thinking* académico», *Doxa*, núm. 30: 491-524.

— 2008: *Axiología jurídica fundamental. Bases de valoración en el discurso jurídico (Materiales para discernir en forma análitico-realista las claves retóricas de esos discursos)*, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio (San José, C.R.), Editorial de la Universidad de Costa Rica [*http://www.libreriaucr.com/catalogo/*], edición corregida y ampliada (la edición original es de 2004).

— 2009: «Rawls: El extraterrestre raciocinante. Teoría social en tanto que mero divertimento discursivo (Sobre la neoescolástica social de J. Rawls como paradigma de teorización alienada)», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* [*www.rtfd.es*], 12: 223-267.

— 2010a: *Los juicios de valor. Elementos básicos de Axiología General*, San José (C.R.), Editorial UCR, 2010 [*http://www.libreriaucr.com/catalogo/*].

— 2010b: *Entre tecnócratas y «wishful thinkers». La visión «misionera» de las ciencias sociales*, Granada: Comares.

— 2010c: «Razones para no creer en la actual Teoría (ilusionista) de la Argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional», *Doxa*, núm. 33, 321-360 [también en AA.VV., 2013].

— 2010d: «Para acudir a la TEA como "mal menor"», *Doxa*, núm. 33, 429-439 [también en AA.VV., 2013].

— 2011a: «Debate sobre teoría de la argumentación: Avatares de lo "racional" y lo "razonable", cuando son eximidos de tener carnet de identidad», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* [pdf: *www.rtfd.es*], núm. 14, 239-316 [también en AA.VV., 2013].

— 2011b: «Entrevista a Enrique P. Haba», *Justiça do Direito*, vol. 25, núm.1 (Jan/Jun 2011): 155-198 [pdf: *www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/download/2625/1862*].

— 2012: *Metodología (realista) del Derecho. Claves para el razonamiento jurídico de visión social práctica* (versión ampliamente reelaborada, y muy aumentada, de 2006), tomos I y II (impresos) + tomo III (amplio texto en CD), San José (C.R.): Editorial UCR [*http://www.libreriaucr.com/catalogo/*].

— 2013a: *La ciencia de los juristas: ¿***qué** *«ciencia»?. De la ciencia jurídica normal a la ciencia jurídica exquisita*, San José (C.R.), programado en Editorial Jurídica Continental [será obtenible en *http://www.libreriaucr.com/catalogo/*].

— 2013b: «Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursear sobre el talismán «derechos humanos». Un compendio de observaciones poco complacientes, sobre todo con respecto a ciertas cómodas maneras de hablar mucho y no decir casi nada», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* [*www.rtfd.es*], núm. 16, 3-81.

— 2013c: «A revueltas con la *storytelling* llamada "ponderación"», inédito.

Jhering, R. V., 1974: *Bromas y veras en la Jurisprudencia* (traducción de T. A. Banzhaf), Buenos Aires [los escritos originales provienen de los años 1860-1884].

Kelsen, H., 1958: *¿Qué es la teoría pura del derecho?* (traducción de E. Garzón Valdés), Córdoba (R. A.).

KOLAKOWSKI, L., 1975: *La presencia del mito* (trad. C. PIECHOCKI), Buenos Aires.

LLEWELLYN, K. L., 1930: «A Realistic Jurisprudence - The Next Step», *Columbia Law Review*, t. 30: 431-465.

MELLINKOFF, D., 1963: *The Language of the Law,* Boston-Toronto.

PÉREZ LLEDÓ, J. A., 1996: *El movimiento «Critical Legal Studies»* (prólogo de M. ATIENZA), Madrid.

PUIG BRUTAU, J., 1951: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, s./f. (probl. 1951 o 1952).

RODELL, F., 1994: *¡Ay de vosotros, abogados!* (introducción de J. FRANK, traducción de C. A. BENITES), Buenos Aires [edición original: *Woe unto you, lawyers!,* 1939].

RÜTHERS, B., 1974: *Die unbegrenzte Auslegung*, Francfort.

SALAS, M. E., 2007: «Hans Albert: El derecho como "tecnología social" o: El asalto del racionalismo crítico al moderno "platonismo de las normas"»; en ALBERT, 2007, 7-27.

— 2012: «Sin Derecho ni Razón. Sobre el garantismo penal de L. Ferrajoli: su carencia de validez científica y de practicidad real», *Doxa*, núm 35, 751-789.

SALMON, C., 2008: *Storytelling. La máquina de fabricar historias y formatear las mentes* (Pról. M. ROIG, trad. I. BÉRTOLO), Barcelona.

SOROKIN, P., 1964: *Achaques y manías de la sociología moderna y ciencias afines* (trad. L. RODRÍGUEZ ARANDA), Madrid.

VAZ FERREIRA, C., 1963a: *Moral para intelectuales*, Obras de Carlos Vaz Ferreira. Homenaje de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, vol. III, Montevideo [edición original de 1909].

— 1963b: *Lógica viva,* Obras...*,* vol. IV [edición original de 1910; hay también ediciones en Losada, Buenos Aires].

ARGUMENTACIÓN Y DERECHOS EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

José Ramón Cossío Díaz

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
ITAM (México)

RESUMEN. Diversas circunstancias —como la creciente aceptación de la fuerza normativa de la Constitución, el posicionamiento de los tribunales constitucionales como sus intérpretes y el reconocimiento de los derechos humanos— han evidenciado la necesidad de encontrar el equilibrio entre la dimensión discursiva de los derechos y sus posibilidades de eficacia jurídica, es decir, su aplicación a través de la argumentación. En el presente trabajo, el autor señala los elementos que los operadores jurídicos deben tener en cuenta para que las disposiciones constitucionales dejen de formar parte de un discurso emotivo y cumplan con funciones normativas concretas, como la asignación de derechos y obligaciones.

Palabras clave: Constitución, derechos humanos, impartición de justicia, argumentación.

Legal Reasoning and Rights Discourse in Judicial Adjudication

ABSTRACT. Various circumstances —such as the growing acceptance of the Constitution as a legal standard, the positioning of constitutional courts as its interpreters and the emergence of human rights— have shown the need to find a balance between the public discourse of rights and their enforcement. In this article, the author indicates various elements that legal operators should take into account to make constitutional rights fulfill their legal task, leaving their emotional burden behind.

Keywords: Constitution, human rights, justice procurement system, legal reasoning.

---

* Fecha de recepción: 20 de septiembre de 2013. Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2013.

Estas ideas fueron expuestas en la conferencia dictada en el *III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica ¿Cómo argumentar los derechos humanos?,* que tuvo lugar en el Archivo General de la Nación el 23 de noviembre de 2012. Agradezco a L. E. Torres Morán su apoyo para la preparación de este documento.

La argumentación de los derechos está relacionada con la impartición de justicia, pero para poder establecer ese vínculo considero necesario hacer un breve recuento histórico. El nacimiento en la argumentación, desde luego en términos modernos, tiene que ver con un problema que se plantea a mediados de los años cincuenta, derivado del creciente pluralismo jurídico. Como todos sabemos, una vez que la Constitución se acepta como norma jurídica y que se le deja de entender como un simple conjunto de decisiones políticas fundamentales —como quería C. SCHMITT— o como una recreación de las grandes decisiones que tomaban los cuerpos políticos, que desde luego no es un proceso fácil. Entramos en un muy importante dilema: la Constitución contiene normas jurídicas, éstas evidentemente están «textualizadas» —permítaseme la expresión— pero al aceptarlo anterior, ¿cómo sabemos cuál es el sentido de esas normas?

Por supuesto que todos los grupos políticos, independientemente de su tendencia ideológica, tratan de encontrar la realización de sus aspiraciones o la materialización de su ideario en el texto. Desde mi punto de vista, éste es un cambio muy significativo y no tan antiguo como pudiera parecer, porque deriva de la aceptación de que en la Constitución hay normas jurídicas. Sin embargo, la disputa dejó de estar en el terreno de las ideas políticas y pasó a una discusión creciente, a partir del ejercicio de los tribunales constitucionales, sobre el significado de los textos que todo el mundo podía leer pero que cada quien entendía de una forma distinta.

Lo anterior se puede ver reflejado en la aparición de tesis como la sustentada por VIEHWEG o la nueva retórica de PERELMAN, a finales de los años cincuenta, en el sentido de que no sólo se trata de un problema de aceptación normativa del texto, sino que es necesario encontrar límites racionales a los modos en que nos acercamos a su lectura y, más aún, a las formas y posibilidades interpretativas que tienen en especial los tribunales constitucionales después de la segunda guerra mundial, como figuras institucionales en ascenso.

Posteriormente, las nuevas formas de argumentación fueron desarrolladas por muchos otros estudiosos del derecho como ALEXY o ATIENZA. Estos autores, de enorme importancia presente, sustentan una idea en común que puede enunciarse de la siguiente manera: hay un texto, el cual es interpretable, pero adicionalmente a las interpretaciones tenemos que hacer un determinado tipo de operaciones jurídicas que deben tener cierta consistencia, en otras palabras, cierta estructura. No se puede decir cualquier cosa respecto de los textos. Es necesario generar un discurso que permita, insisto, ordenar o controlar la manera en la que nos aproximamos a ellos. Adicionalmente a esto, en otra corriente histórica se presentó también el problema de la aparición de los derechos humanos, ya no entendidos como una mera retórica, como algo que no era de ejercicio judicial o de ejercicio normativo directo, sino entendidos ahora como posibilidades normativas de acción de los sujetos o de las colectividades, ahí donde éstas estén reconocidas para proteger ciertos valores o esferas.

Creo que el problema más importante en materia de argumentación de derechos humanos está en tratar de encontrar un equilibrio entre el discurso y las posibilidades de —por decirlo así— racionalizarlos, convirtiéndolos en un discurso jurídico sobre todo en su aplicación por los tribunales constitucionales. ¿Por qué digo que aquí es donde, a mi parecer, está la tensión fundamental? Porque el discurso de los derechos

humanos tuvo que elaborar uno mayor para poder abrirse paso en un contexto institucional que estaba sumamente acotado, donde prácticamente sólo los derechos de libertad podrían tener una eficacia jurídica. Se trata de un «metadiscurso» —como se dice— para los efectos de legitimar a los propios derechos humanos y esto, desde mi punto de vista genera, a su vez, una enorme complejidad porque el discurso, en muy buena medida, se ha planteado en términos emotivos y esto no se aviene bien con el discurso que trata de racionalizar la aplicación del derecho a través de la argumentación, lo cual no implica que sea contrario a él.

La argumentación es un ejercicio que tiene formas muy específicas y rigurosas de expresión de los distintos contenidos jurídicos: no se puede incurrir en falacias o ir más allá de ciertos cánones para efectos interpretativos. Pero ¿qué pasa cuando, a esta racionalidad que nos exige la argumentación jurídica, queremos incorporar un discurso que se plantea fundamentalmente en términos emotivos por razones de apertura y de legitimación? Éste es el problema central que, en buena medida, estamos enfrentando debido a que una parte importante del discurso de los derechos humanos no ha caído en el discurso o en la técnica de la dogmática jurídica, entendida como la exploración de los sentidos posibles de las normas que no como un discurso cerrado que se constituye a sí mismo. Éste es uno de los temas centrales hoy en día en la construcción del discurso de los derechos humanos, ya que ha empezado a ser una especie de gran discurso que engloba prácticamente a la totalidad del derecho. Se ha perdido mucho de la especificidad que es conveniente mantener en el ejercicio del propio análisis normativo, porque el análisis dogmático-jurídico tiene funciones sociales muy importantes como la restricción del ejercicio del poder, la diferenciación de los distintos componentes normativos y, finalmente, la legitimación de los órganos del Estado que están generando distintas posibilidades. Por ello, mantener un discurso puramente o básicamente emotivo de los derechos humanos, donde calificarlos de universales o importantes —cualidades que sin duda tienen— hace que arrasemos prácticamente con la totalidad de los elementos normativos. Esto me parece muy peligroso porque, insisto, perdemos la especificidad del análisis jurídico y con ello también nos privamos de muy importantes formas de control de los propios productores de normas jurídicas.

En materia procesal me parece que lo anterior es particularmente claro. A partir de que se ha tomado conciencia de la existencia de los derechos humanos, se ha pretendido llegar, desde esta vertiente emotiva del discurso, a una condición en la cual los términos procesales, los plazos, las condiciones de legitimidad, de sobreseimiento, de caducidad, de preclusión, de prescripción, en fin, las distintas figuras que articulan los procesos, empiezan a verse como simples obstáculos para la aplicación de los propios derechos humanos. Es decir, hay una especie de discurso que acusa que el mantenimiento de las normas jurídicas es contrario a la realización plena de los derechos humanos, sin percatarnos que —desde luego pueden ser controladas a través de distintos mecanismos para determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad— mientras no tengan la condición de inválidas o de inconstitucionales, van orientando los procesos. Aquéllos que están determinados por una igualdad entre las partes, permiten mejorar la condición procesal de una de ellas cuando el legislador democrático la identifica como la parte más débil en la relación. A mi juicio, la

forma de construir una argumentación jurídica en materia de derechos procesales no puede ser derrotada, al menos absolutamente, por esta idea emotiva de los derechos humanos.

Lo anterior me conduce a señalar la importancia de entender a la argumentación como una forma para racionalizar el ejercicio del poder público. Es indispensable que dentro de aquélla se construya también —y esto me parece central— una racionalización o una argumentación de los propios derechos humanos. En otros términos, creo que es muy peligroso suponer que éstos tienen una sustantividad absoluta y que el ejercicio de la argumentación jurídica corre por cuerda separada, cuando, en realidad, debe ajustarse a los derechos. La situación que debemos generar una vez que hemos logrado como sociedades una aplicación razonable de los derechos humanos, es encontrar la manera de hacerlos objeto de la argumentación jurídica. Me parece que es indispensable dejar de lado este discurso emotivo —no completamente porque el discurso mantiene su presencia, pero sí al menos en paralelo— para comenzar a discutir seriamente, a conceptualizar, a diferenciar y a establecer categorías más puntuales en la materia. Desde mi perspectiva, en México tenemos un déficit enorme en cuanto a la forma de hacer distinciones respecto de los derechos humanos. Este primer reto no sólo les corresponde a los que hacen argumentación jurídica. Si pudiéramos hacer una división del trabajo, el anterior sería un problema que debemos resolver los que hacemos dogmática constitucional. Cuando tenemos un derecho frente a nosotros, debemos preguntarnos cómo puede balancearse o ponderarse frente a otro. Cuando no estamos hablando de derechos en un sentido técnico, sino que nos referimos a otro bien protegido constitucionalmente —sea este un valor o un principio— debemos saber qué condiciones de aplicación vamos a tener en el caso.

Con la reforma reciente al art. 1 constitucional se nos están presentando problemas de gran importancia en este ámbito. Lo anterior en atención a que los derechos humanos ya no sólo son los de fuente constitucional. La clasificación topográfica de VALLARTA, que había perdido vigencia desde hace tiempo, no tiene sentido respecto del texto actual ya que no podemos decir que aquéllos se encuentran en los 29 primeros artículos de la Constitución. Los derechos políticos que el referido autor no consideraba, hoy son derechos humanos —lo cual es indiscutible— pero adicionalmente tenemos que contar con un criterio para saber cuándo hay un derecho humano en un tratado internacional celebrado por el Estado mexicano que, en principio, no tenga esa vocación. Debemos generar criterios, por ejemplo, para identificar la existencia de un derecho humano en un tratado de doble tributación, de aguas o de comercio. Ése es el criterio que nos exige la propia Constitución.

Entonces, no se trata sólo de leer el texto constitucional tomando en cuenta lo que intuitivamente o tradicionalmente podamos entender como derechos humanos; tampoco nos podemos limitar al contenido de los tratados internacionales con esa vocación. Es necesario conocer el contenido de todos los tratados internacionales para identificar cuáles contienen derechos de este tipo, tarea que —desde luego— no deben realizar los que hacen argumentación jurídica ya que la construcción de las categorías normativas no es su campo específico de acción. El trabajo descrito nos corresponde a los dogmáticos y tenemos que hacerlo para construir un material respecto del cual después se pueda argumentar en términos de derechos humanos.

Yo estimo que uno de los problemas centrales que podemos enfrentar, si seguimos argumentando circularmente respecto de los derechos humanos —sosteniendo que valen simplemente por ser derechos humanos— es el agotamiento del discurso. Si no somos capaces de construir categorías fuertes en esta materia para después utilizarlas en los ejercicios argumentativos, vamos a terminar por «abaratar» el propio discurso, si se me permite la expresión.

Ahora bien, respecto de algunos derechos humanos sí tenemos ciertas construcciones. Tal es el caso de lo previsto en los arts. 14, 16 y 31, fracción IV de la Constitución. Además existe un desarrollo creciente, tanto por la interpretación de la Suprema Corte como de algunos trabajos dogmáticos en materia penal, respecto de la libertad de expresión y, recientemente, respecto del fuero militar. Aunque insisto, hay otros campos muy amplios en materia de derechos humanos de fuente constitucional en los que tenemos muy poco desarrollo dogmático.

En relación con los derechos humanos de fuente convencional —es decir, los que provienen de los tratados internacionales— hay un desarrollo dogmático muy escaso, prácticamente nulo, como no sea desde luego el reconocimiento del derecho establecido en un tratado de derechos humanos, un pacto o una convención. Estos casos no son tan problemáticos debido a que sí contamos con un desarrollo importante tanto por la Corte Interamericana como por algunas aplicaciones que se han hecho en el ámbito nacional.

Pero suponiendo que tuviéramos un mayor desarrollo en la conceptualización de lo que son los derechos humanos, es decir, que tuviéramos una dogmática más rica que la actual, diferenciando este discurso emotivo de otro tipo de discurso, uno que se va construyendo en términos de categorías, ¿qué es lo que correspondería hacer en términos de una argumentación jurídica? Desde luego ésta, al menos en el ámbito judicial, nos exigiría ser extraordinariamente claros en la forma de presentación de los propios derechos. Cabe aclarar que las cuestiones anteriores son obvias en el discurso pero no lo son en su realización cotidiana.

Un profesor de los Estados Unidos, de apellido TYLER, analizó una encuesta realizada en su país en la que se preguntó a la gente respecto de cuándo una sentencia dictada por los tribunales adquiere una condición de legitimidad. La respuesta que obtuvo es muy interesante: a juicio de los encuestados, una sentencia está legitimada cuando ésta es clara, no sólo en el sentido de la redacción o de la forma, sino en el sentido de la cadena argumentativa que realiza y en el resultado al que llega. Si nosotros comparecemos ante la justicia y tenemos iguales posibilidades de quedarnos o no con una casa, de quedar en libertad o en la cárcel o de mantener la custodia de nuestros hijos o perderla, ¿qué es lo que nos lleva al final del proceso a aceptar la sentencia? ¿Qué es lo que nos lleva a no agredir a quienes la dictaron? ¿Qué nos lleva a mantener la institucionalidad de los tribunales y a seguir recurriendo como sociedad a ellos?

El ministro Ulises Schmill respondía estos cuestionamientos de la siguiente manera: «si el trabajo de la justicia fuera un negocio, quebraría muy pronto, porque al menos el 50 por 100 de la clientela se iría descontenta con el resultado al que se llegó». No hay negocio que resista con el 50 por 100 de la clientela insatisfecha con el servicio. ¿Qué es entonces lo que hace que se siga manteniendo esta condición de legitimación

otorgada por la sociedad? Me parece que es la claridad argumentativa la que nos lleva a saber que en un determinado litigio hubo razones suficientes para que nosotros nos quedáramos sin la casa, la libertad o la custodia de nuestros hijos. Éste es un proceso bastante simple de entender en donde cada uno de los argumentos se estudia, cada una de las pruebas se desahoga y se valora, los alegatos son considerados y eso produce un resultado razonablemente claro. Por supuesto no todo el mundo va a salir satisfecho con la sentencia, pero es importante que sí haya una claridad en los procesos judiciales. Esto guarda una relación con el problema de los derechos humanos, misma que se explica a continuación.

Hoy en día, afortunadamente, los derechos humanos son un componente creciente en la construcción de las resoluciones judiciales. Lo anterior se debe tanto al control concentrado que se da en el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, como al control difuso que actualmente pueden realizar todos los tribunales del país a partir de lo que resolvió la Suprema Corte el 14 de julio del año de 2011 en el llamado caso *Radilla*. Es muy importante entonces que los derechos humanos no se utilicen simplemente como argumentos ideológicos o referentes aislados en una cadena argumentativa. Éstos deben tener una construcción normativa suficientemente sólida para mantener la claridad y la «causalidad argumentativa» —si se puede decir así— dentro de la propia sentencia. ¿Por qué? Porque hay una gran cantidad de demandas y de sentencias en donde el derecho humano se está utilizando como una especie de «piedra de toque» para «ahorrarse» muchos de los elementos que serían propios de la cadena argumentativa. Si cierto derecho humano protege alguna cosa, esto se tiene como suficiente para llegar a determinado tipo de resolución.

A mi parecer, en el mediano plazo esta situación va a jugar en contra del propio discurso de los derechos humanos, porque normalmente su aplicación en favor de una persona produce un perjuicio para otra. Por supuesto que hay categorías que merecen mayor protección, pero la aplicación irrestricta o nebulosa de este conjunto de elementos normativos llamados «derechos humanos», insisto, puede producir una falta de claridad en la cadena argumentativa que terminará por generar una pérdida de legitimidad, no sólo de una sentencia en particular sino del trabajo que hacemos los juzgadores en general, lo cual es un problema de gran importancia.

Es necesario tener en cuenta que en México estamos viviendo un proceso de transición que nos va a tomar varios años. Si se observan las demandas que llegan a los órganos jurisdiccionales se verá que —expresándolo gráficamente— se toma un «puño» de derechos humanos y se «arrojan» al escrito, como si la sola cita generara una significación completa de lo que se quiere decir. En buena parte de los casos de los que conoce la Suprema Corte, las demandas hacen referencia a ciertos artículos, opiniones consultivas y resoluciones, como si tuvieran el mismo valor normativo, como si todas las fuentes del derecho internacional tuvieran la misma jerarquía o la misma función.

Desafortunadamente, un ejercicio semejante está practicándose en las sentencias: se toma otro «puño» de derechos, tal vez de la propia demanda o, atendiendo al principio de *iura novit curia*, del sistema general del derecho internacional, y se lanzan en la sentencia como si la sola cita del derecho, del tratado o de la resolución, tuviera la capacidad de generar sentido y de cubrir un tramo, al menos, de la cadena argumentativa que debe llevar a la resolución.

Nos encontramos en un momento de tránsito, en el que es normal que haya cierta «turbulencia». A mi parecer, la situación tenderá a estabilizarse pero, por lo pronto, es importante tomar en cuenta que el problema en la argumentación de los derechos humanos no está sólo en la incapacidad o en la dificultad para argumentar correctamente. Éste radica en la ausencia de categorías jurídicas más precisas, más puntuales, que nos permitan tener un material normativo construido con mayor claridad, más diferenciado en ese mismo sentido. La falta de estabilidad, al parecer, va a persistir en el mediano plazo.

Con la nueva Ley de Amparo se modificarán las condiciones del interés y legitimación, se ampliará el concepto de autoridad, se crearán efectos generales y se modificará el sistema jurisprudencial. Entonces tendremos un amparo mucho más «generoso» en sus posibilidades de protección, con lo cual es previsible que se incrementen las alternativas de litigio y las oportunidades de impugnación de las autoridades.

Además, es preciso tomar en cuenta el cambio mencionado en materia de derechos humanos. El nuevo art. 1 de la Constitución tiene una gran importancia, ya que da lugar a un nuevo orden jurídico nacional desde su entrada en vigor, en junio de 2011. Lo anterior ha cambiado la forma en que debemos entender tanto el control concentrado como el control difuso. En este contexto, mi preocupación consiste en que estemos descuidando la construcción material de los derechos humanos, limitándonos a reforzar el movimiento emotivo al que hice referencia, como si esto, que fue utilizado para efectos de la legitimación de un discurso y de nuevas posiciones jurídicas, pudiera cumplir funciones normativas estrictas dentro de los procesos judiciales concretos.

Podemos seguir utilizando el discurso emotivo, desde el punto de vista de una antropología constitucional, pero como abogados, juristas, juzgadores o funcionarios públicos, debemos ser capaces de rehacerlo, llevándolo a realizar funciones normativas mucho más concretas, ya sea en forma de derechos o de obligaciones. Si la situación anterior se diera en todas las categorías normativas sería posible una mejor distribución o construcción en términos de los derechos humanos. Esto en atención a que, a mi parecer, la mejor manera de hacerle perder sentido a la juridicidad de los derechos humanos, a las posibilidades de control de las autoridades públicas y a las posibilidades de ordenación de otra forma de las relaciones sociales, es sobre-simplificando —como se dice comúnmente— el discurso de los derechos humanos, pensando que se puede utilizar para todo. Dejar que esto suceda nos puede llevar, en el mediano plazo, a una pérdida de sentido del propio discurso, causada por la incapacidad de quienes trabajamos en el mundo del derecho para transformarlo en categorías jurídicas que tengan una aplicación cotidiana por parte de los órganos del Estado.

DOS CONCEPCIONES DE LOS PRINCIPIOS. UNA RESPUESTA A JUAN RUIZ MANERO *

Luigi Ferrajoli
Universidad Roma III

RESUMEN. En este trabajo el autor replica a las críticas formuladas por J. Ruiz Manero en el artículo «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, "soluciones en abstracto" y "ponderaciones equitativas"», publicado en el número precedente de *Doxa.* El autor examina las diversas críticas dirigidas por Ruiz Manero, tanto en relación con su tipología de las normas regulativas como en lo que se refiere a sus tesis sobre las maneras de resolver las situaciones de conflicto (o concurso) entre principios. La conclusión central a la que llega el autor puede resumirse en lo siguiente: no infravalora en absoluto lo que llama «las buenas razones señaladas por Ruiz Manero en apoyo del enfoque principialista»; piensa, sin embargo, que todas estas ventajas pueden ser alcanzadas también por el enfoque garantista que él defiende, sin que este último enfoque tenga que pagar los importantes precios, sobre todo en relación con el debilitamiento de la normatividad de los principios constitucionales, que, en su opinión, vienen impuestos al principialismo por la teoría de la ponderación. La teoría de la ponderación, en opinión textual del autor, «permanece como el único impedimento para un buen tratado de paz entre nuestros diversos enfoques teóricos, basado en la integración de sus aparatos conceptuales y en la suma de sus buenas razones».

Palabras clave: conflictos (concursos) entre principios constitucionales, principialismo, garantismo, teoría de la ponderación, Ferrajoli, Ruiz Manero.

Two Conceptions of Principles. A Response to Juan Ruiz Manero

ABSTRACT. In this paper, the author answers the criticisms put forward by J. Ruiz Manero in his article «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, "soluciones en abstracto" y "ponderaciones equitativas"», published in the last issue of *Doxa.* The author examines the various criticisms made by Ruiz Manero, directed at both his typology of regulative norms and his thesis regarding the ways of solving conflicts or concurrency situations between constitutional principles. The author's main conclusion can be summed up as follows: He does not by any means under values what he calls «the good reasons pointed out by Ruiz Manero in support of the principlist approach». He thinks, however, that all these advantages can also be achieved by means of his guarantee approach, without the latter having to pay the considerable costs which, in his opinion, the theory of balancing impose on the principlist approach, mainly the weakening of the normativity of constitutional principles. In the author's textual opinion, the theory of balancing «is the only obstacle to a good peace treaty between our different theoretical approaches, based on the integration of their conceptual apparatus' and the sum of their good reasons».

Keywords: conflicts (concurrences) of constitutional principles, principlism, guaranteeism, theory of balancing, Ferrajoli, Ruiz Manero.

* Fecha de recepción: 30 de octubre de 2013. Fecha de aceptación: 25 de noviembre de 2013.

1. ACUERDOS Y DESACUERDOS

Agradezco a J. RUIZ MANERO su intervención crítica sobre mi trabajo *El constitucionalismo entre principios y reglas*, que tiene el mérito de aislar con claridad, en una especie de balance conclusivo de nuestras discusiones, los puntos y términos tanto de las tesis que compartimos como de aquellas sobre las que discrepamos [1].

J. RUIZ MANERO parte de una premisa: la categoría de los que yo he llamado «principios regulativos», en la que entran, a mi parecer, casi todos los derechos fundamentales, es «coextensiva», pero no «cointensiva» con la categoría de los que él y M. ATIENZA han llamado «principios en sentido estricto» [2]. Estas dos categorías nuestras, que tanto en mi distinción como en la de ATIENZA y RUIZ MANERO se oponen a la categoría de «principios directivos» o «directrices», serían por tanto equivalentes en cuanto al significado extensional, es decir, a la clase de las normas que estas categorías denotan, pero divergentes en cuanto al significado intensional, al definirse con connotados distintos. Tengo alguna duda sobre la compatibilidad de esta equivalencia extensional con esta divergencia intensional, dado que la extensión o significado extensional de un término está siempre determinado por su intensión, es decir, por los connotados que constituyen su significado intensional. Esto no afecta a que la tendencial coincidencia del significado extensional de mis «principios regulativos» con los «principios en sentido estricto» de RUIZ MANERO —expresiones con las que designamos ambos gran parte de las normas constitucionales sustanciales, y en particular casi todos los derechos fundamentales y el principio de igualdad— valga, si no para reducir, cuando menos para circunscribir nuestros desacuerdos y en todo caso para evitar, como escribe RUIZ MANERO, tanto los pseudoacuerdos como los pseudodesacuerdos. En realidad, nuestro disenso se concentra, sobre todo, en la naturaleza de los derechos fundamentales.

---

[1] J. RUIZ MANERO, «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, "soluciones en abstracto" y "ponderaciones equitativas"», en *Doxa,* núm. 35, 2012, 819-832, a propósito de mi artículo *El constitucionalismo entre principios y reglas*, *ibid.,* 791-817. Prosigue en estos textos nuestra discusión, iniciada con nuestro libro *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación,* Madrid, Trotta, 2012, continuada con la intervención de J. RUIZ MANERO, *Cuatro manifestaciones de unilateralismo en la obra de Luigi Ferrajoli*, en el congreso celebrado en Valencia sobre «Principia iuris» el 25-26 de abril de 2012, publicado en *Isonomía,* núm. 37, octubre de 2012, 99-112 y, por último con nuestra discusión del 24 de octubre de 2013, desarrollada en el seminario organizado por la Universidad Federico II de Nápoles, a partir del texto de J. RUIZ MANERO, *Dos problemas para la ponderación: tensiones irresolubles y principios imponderables.*

[2] J. RUIZ MANERO, *A propósito de un último texto,* cit., 821. Sobre esta distinción entre «principios en sentido estricto» y «directrices», *cfr.* M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Barcelona, Ariel, 1996, cap. I, §§ 1.3 y 2.2, 5 y 14-15; cap. IV, § 4, 140-141; cap. VI, § 2, 166: de acuerdo con esta distinción, los principios en sentido estricto expresan «valores últimos» o sea, las «razones últimas» o «finales» para actuar, y prevalecen por ello, aun siendo ellos también derogables o ponderables, sobre las directrices, que operan, por el contrario, como «razones para actuar de tipo utilitario». Sobre mi distinción entre «principios regulativos» y «principios directivos» o «directrices», reenvío a *El constitucionalismo entre principios y reglas*, cit., § 4, 801-807, y a *La democracia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modelo teorico e come progetto político,* Roma-Bari, Laterza, 2013, 111-122. Una discusión amplia entre las dos distinciones y entre las concepciones de las normas que respaldan a una y a otra se encuentra en L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo*, cit., 78-119.

2. REGLAS Y PRINCIPIOS. CUESTIONES DEFINITORIAS

Comencemos, pues, por nuestro desacuerdo sobre el significado intensional de «principios regulativos» y de «principios en sentido estricto». En su base se encuentra una diferente concepción de la distinción entre «reglas» y «principios, debida claramente a que son diferentes los aparatos conceptuales utilizados por nosotros.

Según RUIZ MANERO, la distinción entre principios y reglas se basa en una diferencia estructural. En los principios, dice él, falta el antecedente, es decir, la indicación explícita de sus «condiciones de aplicación o caso» [3]. En las reglas, por el contrario, se encuentra siempre un antecedente, identificado por él con un determinado conjunto de propiedades «que resultan independientes de las razones en pro o en contra de la realización de la acción que figura modalizada deónticamente en el consecuente» [4]: piénsese, por ejemplo, en el respeto (o la violación) en el tráfico rodado de determinados límites de velocidad. En tal caso, si se da el antecedente, «se genera un deber concluyente en el destinatario de la norma de realizar la acción ordenada, sin necesidad de que ese mismo destinatario delibere sobre las razones en pro o en contra de ello» [5] (en el ejemplo usado, «en pro o en contra de los límites de velocidad»). En suma, a diferencia de lo que sucede en las reglas, en los principios su antecedente «no contiene otra cosa sino que se dé una oportunidad de realizar la acción modalizada deónticamente en el consecuente», de forma que «esta modalización deóntica no pretende, como en el caso de las reglas, ser concluyente sino meramente *prima facie*», dándose con frecuencia «también la oportunidad de realizar la acción, incompatible con la anterior, ordenada por otro principio» [6]. Un buen ejemplo de esta distinta normatividad de los principios es el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor o a la privacidad, resuelto por el Tribunal constitucional español con una ponderación, cuyo resultado ha sido la regla con arreglo a la cual se exigen tres condiciones para que la primera prevalezca sobre el segundo: que la información tenga relevancia pública, que sea veraz, y que se formule sin emplear expresiones injuriosas [7].

Tengo algunas dudas sobre el carácter realmente estructural de una distinción semejante. Podría observarse que la tesis de la existencia de un antecedente determinado en las reglas y de su inexistencia en los principios no siempre es verdadera, sino que depende de cómo están formuladas las normas. Por un lado, en realidad, no es verdad que el destinatario de la norma sobre los límites de velocidad no pueda valorar las razones que apoyan o que se oponen a su observancia: el límite de velocidad bien puede superarse si llevo a un enfermo grave al servicio de urgencia. Por otro lado, las condiciones exigidas por el Tribunal constitucional para la prevalencia de la libertad de manifestación del pensamiento sobre el derecho al honor, bien podrían, en vez de haber sido expresadas por una norma jurisprudencial, haber sido explicitadas en forma de reglas por las mismas normas constitucionales, de acuerdo con la aspiración, que yo he formulado muchas veces, a una formulación de éstas tan precisa como resul-

---

[3] J. RUIZ MANERO, *A propósito de un último texto*, cit., 822.
[4] *Ibid.*
[5] *Ibid.*
[6] *Ibid.*
[7] *Id.,* 823.

te posible. Tendríamos en tal caso reglas «relativamente estables», según la expresión utilizada por RUIZ MANERO —con seguridad más estables, y por ello, a mi parecer, preferibles a las normas del texto constitucional—, aunque no fueran «absolutamente estables» [8], pues no pueden ser tales no sólo los principios sino ni siquiera las reglas: cualquier obligación o prohibición puede, en realidad, resultar derogable cuando se presenten, dice RUIZ MANERO, «propiedades adicionales» [9] o condiciones, como por ejemplo el estado de necesidad, cuya presencia, habitualmente prevista por normas especiales, se remite obviamente a la valoración del juez. Añado, incidentalmente, que en contra de la opinión corriente, no pienso que los principios hagan «uso de términos fuertemente valorativos» [10] más que lo hacen las reglas: aquellos enuncian valores, pero los términos en los que los enuncian —libertad de constricciones, igualdad, asistencia sanitaria, instrucción elemental— no son, de por sí, valorativos y están dotados de una extensión relativamente determinada.

Mucho más estructural, me parece, es la distinción propuesta por mí. Entiendo por «reglas» aquellas normas respecto de las cuales son configurables la violación y la observancia: entendidas en este sentido, entran dentro de ellas también la mayor parte de los derechos fundamentales y el principio de igualdad, que, por ello, he llamado «principios regulativos». Entiendo, por el contrario, por «principios directivos» o «directrices», aquellas normas respecto de las cuales no son configurables actuaciones o violaciones específicas consistentes en comportamientos determinados: por ejemplo, la norma expresada por el art. 1 de la Constitución italiana que afirma que «Italia es una República fundada en el trabajo», o la formulada en el art. 3, párrafo 2.º, con arreglo a la cual «es tarea de la República remover los obstáculos, etc.», o bien las normas sobre la promoción de la cultura, la tutela del paisaje y del patrimonio histórico y artístico, la protección de la maternidad y de la infancia, la tutela del ahorro previstas por los arts. 9, 31 y 47 de la Constitución [11]. Es esta, añado, una definición de las reglas (y, por oposición, de las directrices que no consisten en reglas) no muy distinta, sino sólo más precisa, me parece, de las adoptadas por muchos principialistas: su aplicabilidad en la forma todo-o-nada según la tesis de DWORKIN, su realizabilidad o no realizabilidad según la noción de ALEXY, su forma cerrada y no abierta según la definición sugerida por ATIENZA y RUIZ MANERO, su referencia a supuestos de hecho subsumibles en ellas según la noción propuesta por ZAGREBELSKI [12].

Pero es también una definición que, aunque distinta, se compadece plenamente con la definición de «reglas» propuesta por RUIZ MANERO, basada en la presencia en ellas de un antecedente, ausente en cambio en los principios. ¿Qué es, en realidad, el antecedente de las reglas, cuya carencia en los principios constituiría lo que diferencia

---

[8] *Ibid.*

[9] *Ibid.*

[10] *Ibid.*

[11] Remito, sobre esta distinción, a *El constitucionalismo*, cit., §§ 4 y 5, 800-807, y a *La democracia attraverso i diritti,* cit., §§ 3.4 y 3.5, 109-112 y 117-120.

[12] *Cfr.* R. DWORKIN, *I diritti presisulserio* (1977), trad. it. de G. REBUFFA, Bologna, Il Mulino, 1982, 93, 94 y 96; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), trad. it. de L. DI CARLO, Bologna, Il Mulino, 2012, cap. III, § 1.2, 106-107; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Barcelona, Ariel, 1996, cap. I, § 2.1, 9; G. ZAGREBESLKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia,* Torino, Einaudi, 1992, cap. VI, 149.

las dos clases de normas? Es el comportamiento deónticamente modalizado como prohibido o como obligatorio y al que el ordenamiento conecta efectos jurídicos. Pero este comportamiento es exactamente el mismo que constituye el objeto de la correspondiente expectativa negativa o positiva en la que consiste el derecho fundamental formulado por el principio. Expectativas (positivas y negativas) y deberes correspondientes (obligaciones o prohibiciones) tienen en realidad exactamente la misma materia: las expectativas positivas (o negativas) de un comportamiento determinado equivalen a la obligación (o a la prohibición) del mismo comportamiento atribuidas a otro sujeto [13]. Tan es así que frente a su violación el principio que enuncia un derecho fundamental se transforma en una regla: en una prohibición si consiste en un derecho negativo a la no lesión, como son todos los derechos de libertad; en una obligación si consiste en un derecho positivo a una prestación, como son todos los derechos sociales. Por ejemplo, la libertad de manifestación del pensamiento o el principio de igualdad, que consisten en la expectativa negativa de la no limitación de la primera y de la no discriminación en violación del segundo, se manifiestan, frente a sus violaciones por parte del legislador, como las correlativas prohibiciones de limitación y de discriminación. Análogamente, el derecho a la salud o a la educación, que consisten en la expectativa positiva de la prestación sanitaria o de la escolar, se manifiestan, frente a sus incumplimientos legislativos, como las obligaciones de prestación correspondientes a ellos: precisamente, las violaciones del primer tipo generan antinomias cuya anulación se encomienda a la jurisdicción constitucional; las violaciones del segundo tipo generan lagunas cuya superación se encomienda a la legislación de actuación [14]. Por lo demás, sobre todo en las declaraciones de derechos del siglo XVIII, estas mismas normas fueron expresadas con frecuencia en forma de reglas, esto es, no ya de derechos sino de prohibiciones abstractas perfectamente equivalentes a los derechos universales correspondientes: «El Congreso no podrá hacer ninguna ley para el reconocimiento de cualquier religión, o para prohibir el libre culto de la misma, o para limitar la libertad de palabra, o de prensa, etc.», afirma la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos; «nadie puede ser acusado, detenido o encarcelado sino en los casos determinados por la ley», establece el art. 7 de la Declaración francesa de 1789; «nadie deber ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas», añade el art. 10 de la misma Declaración.

La diferencia entre las reglas no formuladas en forma de principios, que ahora bien podemos llamar *reglas de comportamiento*, y los principios, sean estos principios regulativos o directrices, consiste en el hecho de que en las primeras se indica expresamente el comportamiento calificado deónticamente, mientras que en los segundos se indican expresamente, como ha subrayado bien G. PINO, los fines, los valores y las opciones ético-políticas que el ordenamiento trata de perseguir [15]. Hay solo una diferencia de estilo entre reglas de comportamiento y principios regulativos, como son casi todos los dere-

[13] Remito, sobre este punto, a *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia,* 3 vols., Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. I, *Teoria del diritto,* § 2.3, 151-157 y, en particular, a los teoremas T2.60 y T2.61 —$(x)((\exists y')$ ASP$y'x$ $(\exists y'')$OBL$y''x)$ y $(x)((\exists y')$ASP$y'\perp x$ $(\exists y'')$ DIV$y''x)$— sobre la correlación biunívoca entre las expectativas positivas o negativas, en las que consisten todos los derechos, y las obligaciones y prohibiciones de los mismos comportamientos correspondientes a aquellas.

[14] *Cfr.*, sobre este punto, L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, *Dos modelos de constitucionalismo,* cit., 42-45 y 47-51.

[15] G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale,* Bologna, Il Mulino, 2010, 52 y 130-131.

chos fundamentales, formulados como expectativas positivas o negativas de los mismos comportamientos, aunque no aparezcan indicados expresamente, que son objeto de las obligaciones o prohibiciones expresadas por las correspondientes reglas de comportamiento. Hay, por el contrario, una diferencia de estructura entre reglas y principios directivos, en los que no es reconocible ningún antecedente. En realidad, en principios del tipo «Italia es una República fundada sobre el trabajo», o «la República promueve el desarrollo de la cultura» o «tutela el paisaje» o «estimula y tutela el ahorro», no existen ni antecedentes ni consecuentes, al no ser identificables en ellos ni expectativas específicas, ni obligaciones o prohibiciones correspondientes a ellas, ni comportamientos que sean actuaciones o violaciones de los mismos. Se trata, precisamente, de normas que estipulan políticas públicas, valorables sobre la base de sus resultados y no ciertamente sobre la base de las conductas, indeterminadas e indeterminables, que se dirigen a realizarlos en el mayor grado posible. Pero ciertamente no forman parte de ellas los derechos fundamentales que consisten en expectativas negativas o positivas de comportamientos determinados y que consisten, por ello, en principios regulativos o reglas. Aun si, ciertamente, no basta el uso de la palabra «derecho» para que nos encontremos frente a una regla: por ejemplo, el «derecho al trabajo» previsto por el art. 4 de la Constitución italiana, al no ser configurable ni una obligación específica correspondiente a él, ni comportamientos específicos que sean su cumplimiento o su violación, no es una regla sino un principio directivo, o sea, una directriz: la directriz del pleno empleo que los poderes públicos deben procurar con políticas adecuadas.

El problema, dice J. Ruiz Manero, depende de mi deficiente definición de las reglas deónticas, que haría referencia sólo al consecuente de las mismas y no también a su antecedente [16]; hasta tal punto que la «propuesta de paz» entre nosotros, propuesta como hipótesis por él sobre la base de la distinción entre «reglas deónticas con antecedente abierto», es decir, indeterminado y determinable únicamente sobre la base de una ponderación entre principios, y «reglas deónticas con antecedente cerrado» resulta, dice Ruiz Manero, inaceptable, dado que «no hay, en mi construcción [en la de Ferrajoli], espacio para normas con antecedente abierto» [17]. Esto es verdad, pero depende simplemente del hecho de que nuestros aparatos conceptuales son distintos. Normas con «antecedente abierto» no son otra cosa, en la terminología de Ruiz Manero, sino los principios en el sentido definido por él, es decir, como normas que permiten la determinación de la regla aplicable no ya *prima facie*, sino solamente tras su ponderación con otros principios [18]. La crítica de Ruiz Manero se revela por eso como una clásica «petición de principio»: precisamente del principio que consiste en su noción de «principios» y de su distinción entre reglas y principios, que son exactamente las tesis que yo no comparto. Consiste, por decirlo brevemente, en el hecho de que «no hay espacio, en mi construcción [de Ferrajoli], para la "versión estándar" del principialismo», de la que precisamente estamos discutiendo. En mi aparato conceptual, en efecto, los que he llamado «principios regulativos» y que Ruiz Manero llama «principios en sentido estricto», y que incluyen casi todos los derechos fundamentales, son, a

[16] J. Ruiz Manero, *A propósito,* cit., 824-825.
[17] *Id.,* 827.
[18] *Id.,* 824 y 826-827. *Cfr.* también M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del derecho,* cit., cap. I, § 2.1.1, 9.

mi parecer, una subclase de las reglas, en el sentido de «reglas» que he precisado antes y que es bastante más amplio que la noción de reglas propuesta por los principialistas. Entendidas las reglas en este sentido, sus posibles conflictos —o mejor, concursos— admiten las soluciones, en abstracto o en concreto, que he ilustrado en el texto que ha dado origen a esta discusión.

3. SOLUCIONES EN ABSTRACTO Y CONCURSOS DE NORMAS

Vengo así al segundo orden de críticas que me dirige RUIZ MANERO: el relativo a las soluciones, en abstracto y en concreto, de los posibles conflictos, o por mejor decir concursos, entre principios. Las soluciones en abstracto son las propuestas por la teoría o la doctrina jurídica con argumentos que se presentan como válidos de una vez para siempre, aunque obviamente opinables, y ya no según la singularidad de los casos. Las soluciones en concreto son, por el contrario, aquellas a las que se recurre cuando no son posibles las soluciones en abstracto y son el fruto de una valoración equitativa de las circunstancias singulares de los casos en cuestión.

Permiten soluciones en abstracto, a mi parecer, al menos dos tipos de concursos, en los que los derechos establecidos por algunas normas operan como *límites* al ejercicio de los derechos establecidos por otras, dando lugar así a otras tantas jerarquías: no ya —préstese atención— entre derechos, todos de ordinario del mismo rango constitucional, sino entre algunos derechos y el ejercicio de otros, que por ello se ubica en un nivel normativo más bajo que aquel al que pertenecen los derechos mismos. RUIZ MANERO ha criticado estas dos jerarquías.

Comencemos por la primera, la que se da entre derechos fundamentales consistentes solamente en inmunidades y el ejercicio de otros derechos. Las inmunidades fundamentales —como la libertad de pensamiento o de conciencia o la inmunidad frente a las torturas— son límites, a mi parecer, no limitables por el ejercicio de ningún poder ni tampoco por el ejercicio de otros derechos. Estos son, en efecto, derechos consistentes solamente en expectativas de no lesión y no también en facultades ni, aún menos, en poderes: no admiten, por tanto, ningún comportamiento que sea ejercicio de los mismos y que pueda, por ello, interferir en la vida de otros. Pero RUIZ MANERO alude a la hipótesis ya recordada del conflicto o concurso entre la libertad de información, por un lado, y, por otro, los derechos a la intimidad y al honor de las personas, lesionados ambos por difamaciones o por interferencias en la vida íntima [19]. Pues bien, no tengo ninguna dificultad en reconocer lo fundado de esta objeción por lo que se refiere a las inmunidades fundamentales que consisten en los derechos a la intimidad y al honor [20]. Y le agradezco por ello: mi tesis relativa a esta primera jerarquía no es, evidentemente, generalizable a todas las inmunidades, y no se aplica al concurso, sobre el que volveré en el próximo apartado, entre la libertad de información y el derecho a la inviolabilidad de la intimidad y del honor.

Esta crítica no vale, sin embargo, para las inmunidades más importantes, como la libertad de conciencia y de pensamiento o la inmunidad frente a las torturas, que

[19] *Ibid.,* 823 y 831.
[20] Lo he hecho ya en *La democracia attraverso i diritti,* cit., 123, nota 43.

son derechos que consisten en libertades puramente negativas, de las cuales, al poder convivir las mismas con las libertades ajenas según la célebre fórmula kantiana [21], no se justifican limitaciones como garantía de otros derechos. Son «principios imponderables», según la eficaz expresión utilizada recientemente por RUIZ MANERO a propósito del principio de dignidad personal: imponderables hasta el punto, dice él, de que sería un «oxímoron» hablar de «conductas justificadas (por un determinado principio), contrarias al principio de dignidad humana» [22]. Un oxímoron no menos estridente sería también, en realidad, una frase del tipo «conducta justificada, aun si contraria a los derechos a la libertad de conciencia o de pensamiento». En otros casos, la imponderabilidad de las inmunidades fundamentales se encuentra garantizada por reglas rígidas de tutela. No es, en efecto, un oxímoron, aunque sea moralmente torpe, la frase «conducta justificada, aun si contraria a la inmunidad frente a las torturas», pronunciada por cuantos han sostenido la justificación de la tortura en casos excepcionales, como el de la necesidad de hacer hablar a un terrorista al que «sabemos» informado del proyecto de una matanza [23]. Ha sido precisamente para impedir excepciones semejantes por lo que el art. 2.2.º, de la Convención contra la tortura del 10 de diciembre de 1984 ha establecido que: «En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura». Dígase lo mismo de otros derechos fundamentales de inmunidad, como el *habeas corpus*, que, en virtud del principio de legalidad de las penas y de las medidas restrictivas de la libertad personal solamente puede limitarse por medio de reglas taxativamente previstas en la ley.

Hay después una segunda y todavía más importante jerarquía, de carácter más propiamente lógico y estructural: aquella en virtud de la cual el ejercicio de los derechos fundamentales de autonomía privada —préstese atención, no tales derechos, sino su ejercicio—, al consistir en actos negociales de grado subordinado a la ley y todavía más a la Constitución, no puede derogar los derechos fundamentales establecidos por éstas. Contra esta tesis que, como he dicho muchas veces, es una tesis de gramática jurídica, RUIZ MANERO pone el ejemplo del poder del testador para discriminar a alguno de sus herederos por motivos de religión. Pero esta es una hipótesis no pertinente. Con la salvedad de las normas inderogables sobre la cuota legítima de la herencia, en realidad en este caso no hay ningún concurso de normas, ningún derecho, ninguna expectativa de otros que se lesione por la discriminación del testador. El testamento es un acto negocial unilateral, de cuyas disposiciones no se exige al testador motivación ninguna. Aquí nos encontramos frente a un (derecho-)poder conectado al derecho a disponer de los propios bienes patrimoniales: así como al propietario no se le exige en vida que justifique el uso de los bienes de su propiedad, de la misma forma tampoco se le exige que lo justifique en el momento de la muerte. Puede preferir a un hijo porque

---

[21] «Cualquier acción es *conforme al derecho* cuando por medio de ella, o según su máxima, la libertad del arbitrio de cada uno puede coexistir con la libertad de todos los demás de acuerdo con una ley universal» [I. KANT, *La metafísica dei costumi* (1797), trad. it. de G. VIDARI, Bari, Laterza, 1970, *Introduzione alla dottrina del diritto*, C, 35].

[22] En la ponencia del seminario de Nápoles citada en la nota 1, *Dos problemas para la ponderación: tensiones irresolubles y principios imponderables.*

[23] Es la tesis de A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat Responding to the Challenge* (2002), trad. it., *Terrorismo,* Roma, Carocci, 2003, 118 y ss., y 125 y ss.

este sea creyente en una determinada religión o por cualquier otro motivo, declarado o no declarado; puede destinar una determinada suma al proselitismo en favor de una cierta fe religiosa o a cualquier otro fin, con tal de que no sea explícitamente ilícito. En estos casos —en los testamentos, del mismo modo que en las donaciones y en las compraventas— no hay en realidad ningún conflicto con otros derechos que requiera de alguna ponderación.

Un posible concurso entre derechos se presenta, por el contrario, en los casos de ejercicio de los derechos civiles en el mercado. Y esto porque tales derechos —contrariamente a su configuración usual como derechos de libertad—, son también poderes, cuyo ejercicio interfiere en la esfera jurídica de otras personas. Es a estos casos, es decir, a los poderes del mercado, a los que me refiero con la tesis de la necesaria subordinación a la ley y a los demás derechos constitucionalmente establecidos de los actos que son ejercicio de los mismos, al ser estos actos de grado o nivel normativo más bajo que el de la ley y aún más que el de la Constitución [24]. Me refiero, precisamente, a los límites impuestos a la actividad contractual y a la iniciativa económica privada con las que se ejercitan estos derechos-poderes, también ellos constitucionalmente establecidos, que son los derechos civiles de autonomía privada: límites impuestos para la tutela de los derechos de los trabajadores contra el poder de otra forma arbitrario de quienes les dan trabajo; para la garantía del ambiente y de los bienes comunes contra su devastación o su apropiación privada; como garantía de la competencia, de la estabilidad y del desarrollo económico, de los intereses públicos y, obviamente, de los derechos fundamentales de todos contra los poderes de otra forma desregulados y salvajes de la economía y la finanza, que hoy no solamente no están subordinados, sino que se encuentran de hecho supraordenados al papel de gobierno de la política y al papel de garantía del derecho.

4. SOLUCIONES EN CONCRETO Y PONDERACIÓN EQUITATIVA

Volvamos ahora a la cuestión dilemática suscitada por Ruiz Manero del concurso entre libertad de información y derecho a la intimidad y/o al honor. En este caso, al no ser la cuestión soluble en abstracto, es posible sólo, como ya he dicho, su solución en concreto, sobre la base de la ponderación equitativa de las circunstancias singulares del hecho en cuestión. Esto es lo que ha hecho, a mi parecer, la óptima norma ya recordada del Tribunal constitucional español sobre las tres condiciones que ella exige para que la libertad de información prevalezca sobre las inmunidades de la intimidad y del honor. Pero esta solución en concreto se basa claramente en la valoración o ponderación no ya de los derechos o principios constitucionales en concurso, sino de los connotados o circunstancias de hecho del caso sometido a juicio, como son, precisamente, las tres

[24] He criticado repetidas veces la confusión corriente, en la noción omnicomprensiva de «derechos civiles», entre los derechos fundamentales de libertad, que consisten en meras inmunidades o facultades, los derechos fundamentales de autonomía privada, que consisten en poderes ejercidos por medio de actos que inciden en la esfera jurídica de otros, y los derechos reales de propiedad que son derechos singulares y disponibles que consisten también en poderes de disposición. Me limito a remitir a *Principia iuris,* cit., vol. I, *Teoria del diritto,* § 10.10, 635-638, y §§ 11.6-11.8, 752-772, y vol. II, *Teoria della democrazia*, §§ 14.14-14.21, 224-266. *Cfr.* también, recientemente, «Libertà e proprietà», en G. Alpa y V. Roppo (eds.), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 91-104.

condiciones antedichas: la relevancia pública de la información, su veracidad y su formulación en términos no injuriosos. El propio RUIZ MANERO lo reconoce indirectamente: por cuanto, dice él, la solución aportada por esta norma es válida en tanto que un nuevo caso individual no presente «propiedades adicionales» [25]. Pero esto quiere decir exactamente lo que yo sostengo: objeto de ponderación no son ya los principios, es decir, las normas en las que estos son formuladas y que siguen siendo siempre las mismas, sino las circunstancias o propiedades adicionales de los hechos previstos por aquellas, hechos que son, por el contrario, siempre diferentes porque singulares e irrepetibles.

RUIZ MANERO declara, sin embargo, no comprender el sentido de la tesis, indebidamente atribuida por mí a los principialistas, según la cual se pesan las normas, o sea, el significado de los enunciados normativos; y no comprender tampoco el sentido de mi tesis según la cual se pesan, en la ponderación equitativa, las circunstancias o propiedades singulares e irrepetibles del hecho juzgado. Lo que se pesan, dice él, son las razones que apoyan una u otra solución de una controversia jurídica [26]. Pero es claro que se trata, en todos estos casos, de expresiones metafóricas, que no tienen ningún sentido si se toman literalmente: no se pesan, en realidad, ni los significados de las normas, ni las circunstancias de los hechos. Pero no se pesan tampoco, frente a lo que escribe J. RUIZ MANERO, las razones que sostienen una decisión. Si he utilizado la expresión «ponderación equitativa» ha sido sólo para seguir la metáfora principialista del peso. Debemos, en lugar de ello, hablar, a propósito de las circunstancias singulares e irrepetibles de los hechos, de «comprensión» y de «valoración». Que son exactamente las expresiones utilizadas por mí a propósito de la equidad: que es un procedimiento cognitivo que consiste, no ya en la verificación jurídica o fáctica, sino, precisamente, en la comprensión de los connotados específicos del caso concreto [27]. En estos términos la tesis sostenida por mí resulta bastante más clara: objeto de valoración o comprensión, a los fines de la solución en concreto de las controversias generadas por el concurso de normas, no son los principios, que son sólo objeto, en cuanto normas jurídicas, de interpretación, ni tampoco las razones, que son objeto de argumentación, sino sólo las circunstancias o propiedades de los casos concretos, siempre singulares e irrepetibles.

5. LA RELEVANCIA PRÁCTICA DE LA CUESTIÓN

Deseo precisar, como conclusión de nuestra discusión, que nuestros disensos no excluyen en absoluto la importancia, en el plano teórico, que asocio a la distinción entre reglas y principios y a la teoría de la argumentación. Se trata de dos adquisiciones teóricas fundamentales que debemos al enfoque principialista, tal como ha sido desarrollado por los estudios de M. ATIENZA y de J. RUIZ MANERO. La primera adquisición consiste en un importante desarrollo de la teoría de las normas, que se cifra en la especificación de la categoría de los principios; los cuales, en vez de disciplinar directamente las conductas mediante obligaciones y prohibiciones como hacen las que he llamado

[25] J. RUIZ MANERO, *A propósito,* cit., 823.
[26] *Id.,* 831-832.
[27] *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari, Laterza, 11.ª ed., 2011, cap. III, § 11, 135-147.

«reglas de comportamiento», formulan los valores perseguidos por ellas: tanto si se trata de principios regulativos, formulados en términos de expectativas (de la comisión o de la omisión de comportamientos ajenos), como, y todavía más, si se trata principios directivos, que dictan no ya comportamientos determinados sino políticas públicas.

La segunda adquisición consiste en el papel fundamental reconocido a los principios en la argumentación jurídica. Todos los principios, sean regulativos o directivos, precisamente porque expresan explícitamente los valores o las finalidades perseguidas por el legislador, son utilizados como argumentos en el razonamiento jurídico y, en particular, en la interpretación sistemática de los enunciados normativos. No sólo. También las reglas, o por lo menos las reglas dotadas de algún sentido funcional (desde las normas penales sobre el homicidio a las prohibiciones de aparcamiento o la luz roja de los semáforos) tienen a sus espaldas principios (el derecho a la vida y la posibilidad del tráfico rodado), que, a su vez, son utilizables como argumentos en el razonamiento y en la interpretación jurídica. En cuanto a los principios regulativos, estos están dotados de una feliz ambivalencia. Son al mismo tiempo reglas y principios: se manifiestan como reglas frente a los comportamientos que son violaciones de los mismos, por comisión o por omisión; se manifiestan, en cambio, como principios cuando se utilizan como argumentos en la argumentación y en la interpretación jurídicas [28]. El papel de los principios es por ello esencial en la producción de lo que he llamado el «derecho viviente», el cual es el fruto de la aplicación del «derecho vigente» [29], y por ello de la argumentación con que cada vez se motiva la interpretación operativa de los enunciados normativos [30].

El disenso, además de en mi rechazo del objetivismo ético asociado en diversos sentidos al principialismo, se sitúa, pues, esencialmente, en la teoría de la ponderación, que a mi parecer propone una reconstrucción impropia y desencaminada del razonamiento jurídico. Naturalmente, nuestras tesis —las mías y las de J. Ruiz Manero— no son ni verdaderas ni falsas. Están más o menos dotadas de alcance empírico y de capacidad explicativa y son más o menos adecuadas para las finalidades reconstructivas del razonamiento jurídico perseguidas por la teoría. A mí me parece que el enfoque que he propuesto yo tiene una capacidad explicativa mayor del que tiene el basado en la ponderación, la cual no es capaz de dar cuenta adecuadamente de las jerarquías de las fuentes y de las normas, del derecho viviente ilegítimo porque en conflicto con

---

[28] Sobre esta ambivalencia de los principios regulativos, remito a *El constitucionalismo*, cit., § 5, 805-806, y a *La democracia attraverso i diritti*, cit., § 3.5, 116-120.

[29] Sobre la distinción entre *derecho vigente* y *derecho viviente, cfr. El constitucionalismo,* cit., § 7, 812-815, y *La democracia attraverso i diritti,* cit., § 3.8, 128-133. La distinción corresponde *grosso modo* a la formulada por R. Pound entre *law in books* y *law in action* (R. Pound, «Law in Books and Law in Action», *en American Law Review,* 1910, 12) y aun antes —como puso de relieve G. Tarello (*Il realismo giuridico americano*, Torino, Giuffrè, 1962, 114)— por A. Bentley, *The Process of Government,* reimp. Everston, 1949, 294-297 y 165-172, cuya primera edición es de 1908.

[30] En este sentido, bien puede decirse que el derecho viviente se configura como argumentación, según la eficaz imagen de M. Atienza, *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006. He introducido la noción de «interpretación operativa» en oposición a «interpretación doctrinal» —la primera en concreto, a cargo de los operadores jurídicos en la aplicación de las normas a los casos individuales, la segunda en abstracto, a cargo de la doctrina jurídica— en «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista internazionale di filosofía del diritto,* fasc. I, enero-marzo de 1966, 290-304; pero *vid.* también *Principia iuris,* cit., vol. I, *Teoria del diritto,* Premessa, 101; § 4.4, 231-232; § 6.12, 337-338; § 9.16, 565-566 y § 12.8, 880-885.

aquellas, del correspondiente papel de control del ejercicio ilegítimo de los poderes confiado a la jurisdicción, y también de los que el propio RUIZ MANERO ha llamado «principios imponderables».

Por otro lado, además de una dimensión semántica y de un papel explicativo, nuestras teorías y concepciones tienen una dimensión pragmática y un relevante papel performativo en la construcción misma del edificio jurídico. Ciertamente no infravaloro en absoluto «las buenas razones» señaladas por RUIZ MANERO en apoyo del enfoque principialista: la pretensión de duración larga de los textos constitucionales, entre otras cosas difícilmente modificables, y la necesidad de que los mismos ofrezcan un terreno común compartido para las decisiones públicas; la conveniencia de no cerrar rígidamente su alcance normativo respecto a las deliberaciones sobre los numerosos derechos establecidos por ellos y sobre sus complejas e imprevisibles relaciones; el consiguiente rechazo de la idea de que la constitución pueda disciplinar anticipadamente todas las posibles combinaciones de propiedades relevantes que puedan presentar los casos futuros[31]. Estoy convencido, sin embargo, de que todas estas ventajas pueden ser alcanzadas también por el enfoque garantista, sobre la base de las formas tradicionales de la interpretación sistemática y de la interpretación evolutiva, una y otra apoyadas por una buena teoría de la argumentación como la elaborada por el enfoque principialista, pero depurada de la teoría de la ponderación.

Pero pienso, sobre todo, que no podemos ignorar, en la valoración de la dimensión pragmática de nuestros distintos enfoques teóricos, los precios que implica la reconstrucción del razonamiento jurídico llevada a cabo por la doctrina principialista de la ponderación: el debilitamiento de la normatividad de los principios constitucionales, entendidos no ya como reglas que imponen su respeto o su actuación legislativa y su aplicación jurisdiccional, sino como principios ponderables, y por ello confiados a las opciones ponderadas de los operadores jurídicos; la consiguiente inversión de la jerarquía de las fuentes, al ser tales opciones, conjuntamente con las reglas que son el fruto de la ponderación entre principios, producidas por operadores —legisladores y jueces— que deberían estar subordinados a esos principios, si son de rango constitucional; el papel activo y creativo que por ello resulta confiado a la jurisdicción, en contraste con su sujeción a la ley y con la separación de poderes. Son precios demasiado altos, me parece, para una teoría no necesaria y desencaminada como la de la ponderación entre principios; la cual, por tanto, permanece como el único impedimento para un buen tratado de paz entre nuestros diversos enfoques teóricos, basado en la integración de sus aparatos conceptuales y en la suma de sus buenas razones.

(Traducción de Ángeles Ródenas)

[31] J. RUIZ MANERO, *A propósito,* cit., 823.

ENTREVISTA A SUSAN HAACK

INTERVIEW TO SUSAN HAACK

Carmen Vázquez

Universitat de Girona

Carmen Vázquez: *Creo que sería interesante empezar conociendo algunos detalles sobre su formación: ¿qué estudió? ¿dónde? ¿cómo ha sido su trayectoria profesional? Y, visto desde hoy, ¿le recomendaría a un joven que intentara hacer carrera académica en la filosofía?*

Susan Haack: Nací en Buckinghamshire, en el sur de Inglaterra, y asistí a una escuela inglesa ordinaria (pública) —aunque comencé antes que la mayoría de los niños: fui por primera vez a la escuela a los tres años, cuando mi madre empezó a trabajar como secretaria de esa escuela—. ¡Me decepcioné *mucho* cuando después de mi primer día me di cuenta de que aun no había aprendido a leer! Sin embargo, este inicio temprano no duró tanto; algunas semanas después enfermé de paperas y, después de pasarlas, no regresé a la escuela hasta los cinco años.

Ningún miembro de mi familia había ido a la universidad, pero un inspirador maestro de historia de la *grammar school*, a la que asistí de los once a los dieciocho años, me alentó a hacer los exámenes de admisión a Oxford. Fui admitida en el *Saint Hilda's College*, donde estudié filosofía, política y economía. Al inicio me sentía totalmente fuera de lugar: la mayoría de los estudiantes de mi *college* habían ido a escuelas privadas y estaban mucho mejor preparados que yo; pero poco a poco me adapté —y después terminé graduándome con una (rara) «*congratulatory first*»—. (Esto fue, creo, en parte gracias a la política de evaluación ciega de Oxford; en cualquier caso, después de que los resultados fueron anunciados me dijeron que los examinadores habían devuelto mis exámenes al Registro con la petición: «revisen este caso: ¡no puede ser una mujer!»).

Después de esto, completé mi *B. Phil.* en Oxford (estudiando a Platón con Gilbert Ryle, lógica con Michael Dummett y ética con Philippa Foot; y después escribiendo una disertación sobre la ambigüedad, bajo la supervisión de David Pears). Aunque en aquel tiempo en Inglaterra el grado *B. Phil*. era el estándar para aspirar a tener una plaza enseñando filosofía, encontrarla no era fácil, especialmente para una mujer. Sin embargo, finalmente obtuve una plaza de tres años en un *college* para mujeres en Cambridge, donde enseñaba en el grado al mismo tiempo que terminaba la tesis doctoral que más tarde fue mi primer libro, *Deviant Logic* (1974). El profesor Ryle, debo añadir, me había aconsejado no hacer el doctorado —un grado «vulgar», dijo, necesario sólo para los estadounidenses, «quienes no obtienen la educación adecuada durante el grado»; pero nunca me he arrepentido de no haber seguido su consejo—.

Durante aproximadamente los siguientes veinte años enseñé filosofía en la entonces recién creada Universidad de Warwick; y en 1990 —después de que el departamento de Warwick se hiciera casi totalmente postmodernista— me cambié a la Universidad de Miami, donde he enseñado desde entonces, primero en filosofía y, desde 1997, también en derecho.

¿Actualmente, recomendaría a una persona joven hacer una carrera académica en filosofía? Mirando hacia el pasado, no veo solamente cuánto se han ampliado y profundizado mis intereses intelectuales a lo largo de los años, sino también qué tan moldeada ha sido mi carrera por las inevitables contingencias de la vida —personales, políticas e institucionales—; y cuán imposible hubiese sido predecir, cuando inicié, cómo iría todo. A lo largo de los años, tanto las universidades como la filosofía que se practica en ellas han cambiado significativamente; y la academia filosófica está, en mi opinión, en una forma deprimentemente pobre —fragmentada en los hiper-especializados grupos de aliados, cada vez más autorreferencial, preocupados por pequeños detalles técnicos y, especialmente en los Estados Unidos, aunque no sólo, en la esclavitud de los terribles «rankings» del profesor Leiter—. En resumen, a un estudiante que estuviera pensando en hacer una carrera en la academia le advertiría no sólo de lo impredecible que la vida puede ser sino también que podría encontrarse en una profesión donde los que son seguros de sí mismos, hábiles y superficiales tienen más éxito que aquellos menos seguros pero tal vez de pensamiento más profundo.

C. V.: *¿Qué pensadores considera que han sido de gran influencia para usted? Me gustaría que nos explicara qué filósofos han influenciado en su obra y cómo, pero también qué otros pensadores no filosóficos han marcado su trayectoria.*

S. H.: Un año después de mi llegada a Cambridge, Elizabeth Anscombe se unió a mi *college* cuando obtuvo la cátedra en esa universidad; y pronto me dio algunos arduos pero memorables entrenamientos filosóficos durante los (incomestibles) almuerzos del *college*. W. V. Quine fue también una importante y temprana influencia —aunque a finales de la década de 1980, después de haber trabajado cuidadosamente en sus escritos sobre la epistemología naturalizada, llegué a la conclusión de que, a pesar de su reputación de claridad, era en realidad un maestro de la ambigüedad—.

De forma más importante, a principios de la década de 1970 empecé a leer a los filósofos pragmatistas clásicos —Charles Peirce, después William James, John Dewey, George Herbert Mead y, más recientemente, Oliver Wendell Holmes, Jr.—; y es de esta rica y variada tradición de la que más he aprendido y la que influencia clara y ampliamente mi trabajo: por ejemplo, en mis esfuerzos de larga data por sacar a la luz la falsedad de dicotomías filosóficas y mi énfasis en las continuidades o, en la terminología de Peirce, en el «sinequismo»; en el naturalismo modesto de mi epistemología; o en mi interés sobre el crecimiento del significado y los limites del formalismo, etcétera.

Por supuesto, no sólo he aprendido de los pensadores con los que estoy de acuerdo sino también de aquellos a quienes encuentro exasperantes. Por ejemplo, desde mi etapa en Warwick (donde durante muchos años tuve un despacho al lado de uno de sus fieles discípulos) empecé a argumentar en contra del Negativismo Lógico de Popper: desde un artículo de 1979 llamado «*Epistemology* With *a Knowing Subject*», pasando por un largo capítulo crítico en mi libro *Evidence and Inquiry* (1993) y el de-

sarrollo de mi explicación sobre las pruebas científicas en *Defending Science - Within Reason* (2003), hasta mis trabajos recientes que muestran cuán inapropiadas resultan las ideas de Popper para el objetivo de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Daubert*. O, después de que Richard Rorty secuestrara el título «pragmatismo» para su antifilosófico fárrago posmodernista, durante muchos años argumenté en contra de numerosas falsas dicotomías que infectaban su pensamiento.

También he aprendido mucho de escritores de ficción y de investigadores de otras áreas: por ejemplo, los espléndidamente refrescantes ensayos que la novelista Dorothy L. Sayers escribió en la década de 1930, articulando un feminismo de tipo humanista individualista, el tipo que más me gusta; de una década de correspondencia con el economista Robert L. Heilbroner, de quien aprendí tanto a escribir mejor como a pensar más detenidamente sobre las ciencias sociales; y de novelas epistemológicas como *The Way of All Flesh* de Samuel Butler, la mejor representación en inglés de la pseudo-indagación, así como de las reflexiones de Sinclair Lewis en *Arrowsmith* sobre las exigencias y las recompensas de la vida científica.

Y no puedo dejar de mencionar a mi abuela materna, quien me acostumbró, siendo una niña pequeña, a hacer con ella los crucigramas, anagramas y todo tipo de juegos de palabras de sus diarios —tal vez la primera semilla de mi analogía entre la estructura de las pruebas y un crucigrama—; y, siempre que le pregunté «¿qué es esto?», pacientemente me explicaba «tú sabes lo que es tal cosa; bueno, esto es lo mismo, sólo que diferente» —tal vez la primera semilla de mi énfasis en la continuidad—.

C. V.: *Abordemos ahora el modo de hacer filosofía* à la *Haack: ¿cuál es su método de trabajo y qué consejos podría dar al respecto? Y ya sustantivamente ¿cuáles consideraría usted que son sus contribuciones teóricas más importantes?, ¿ha habido cambios significativos* en *su pensamiento filosófico durante su trayectoria?*

S. H.: Estoy tentada a decir que el mejor consejo que puedo dar sobre cómo hacer filosofía es *à la* Nike: «*just do it*». Sin embargo, tal vez vale la pena decir que, en mi opinión, hacer filosofía es como trabajar en un enorme crucigrama: después de resolver un problema, a menudo encuentro que tengo algunas ideas (unas pocas entradas completadas) que me ayudarán a explicar una cuestión distinta pero relacionada (una entrada intersectada). Una forma de proceder, cuando estoy luchando con un tema difícil, es usar lo que llamo el método de «aproximación sucesiva»: empezar con alguna tesis que me parece innegable —la cual invariablemente es vaga—; y luego poco a poco tratar de hacer esa tesis más precisa y, por ende, más interesante —sin hacerla falsa entretanto—. Otra forma, cuando encuentro una dicotomía falsa, es descubrir primero por qué es equivocada (¿no es exclusiva, no es exhaustiva, ambas...?) y, luego, tratar de encontrar una posición intermedia habitable. Y quizá valga la pena añadir que a menudo me inspira una reflexión filosófica la lectura de una novela o del periódico —y las experiencias de la vida real—.

He hecho, espero, contribuciones en diferentes áreas. De inicio, a juzgar por el éxito de *Philosophy of Logics* —aún en impresión y en venta después de 35 años— mi influencia fue especialmente en la filosofía de la lógica; y este trabajo ha continuado más recientemente en una serie de artículos sobre la verdad y otra serie de artículos sobre los límites del formalismo. Más tarde empecé a trabajar en epistemología; así

en *Evidence and Inquiry* desarrollé una teoría «fundherentista» combinando tanto las intuiciones correctas del fundacionalismo como las del coherentismo y, a la vez, evitando sus errores; y en artículos posteriores traté de articular lo que distingue a la investigación genuina de la farsa y las imitaciones y por qué la honestidad intelectual es una de las principales virtudes epistemológicas. Después, este trabajo en epistemología me ayudó a dar los primeros pasos para desarrollar la filosofía de la ciencia *Critical Common-sensist* presentada en *Defending Science*: una nueva comprensión sobre la naturaleza y estructura de la prueba de las afirmaciones y teorías científicas y sobre el supuesto «método científico» —una nueva comprensión intermedia entre el triunfalismo lógico-formal del Viejo Deferencialismo en filosofía de la ciencia y el triunfalismo sociológico del Nuevo Cinismo—. El Realismo Inocente que he ido articulando gradualmente a través de los años proporciona los fundamentos metafísicos de mi epistemología de la ciencia.

También me he dedicado durante mucho tiempo al pragmatismo (he sido Presidenta de la *C. S. Peirce Society*); y he trabajado en algunas cuestiones de la filosofía social. En la década de 1990, por ejemplo, acepté algunas de las muchas invitaciones que recibí, después de la publicación de *Evidence and Inquiry*, para hablar sobre «epistemología feminista», sobre la discriminación positiva e incluso sobre multiculturalismo —cuyos resultados pueden verse en *Manifesto of a Passionate Moderate* (1998)—. Este libro marca lo que ahora veo como un giro transdisciplinario en mi trabajo, una nueva disposición a ignorar las fronteras disciplinarias siempre que esto pueda ser potencialmente fructífero; como también se ve, una década más tarde, en mi libro *Putting Philosophy to Work: Inquiry and its Place in Culture*.

Más recientemente, me he sentido atraída por problemas jurídicos y he tratado de desarrollar algunas cuestiones sobre epistemología jurídica; desde la comparación de los méritos epistemológicos de las prácticas adversariales y las reglas de exclusión de pruebas del *common-law* con las prácticas «inquisitivas» de los sistemas de derecho romano-germánico, pasando por cuestiones sobre el probabilismo jurídico y los estándares de prueba, hasta cuestiones sobre el tratamiento judicial de la prueba científica, incluyendo, en *Irreconcilable Differences?* (2009), una reflexión sobre las tensiones entre la ciencia y la cultura jurídica; además de cuestiones sobre la lógica en el derecho, la evolución de los sistemas jurídicos y la vulgarización tanto del pragmatismo jurídico como del pragmatismo filosófico. Como mi estilo filosófico general, mi estilo en filosofía del derecho contrasta muy significativamente con la prosa árida y el *modus operandi* abstracto de la corriente analítica. En cualquier caso, he tratado conscientemente de evitar llegar a un nivel de generalidad tan alto que mis argumentos no logren relacionarse con ninguna cuestión jurídica concreta y, al mismo tiempo, no ofrecer argumentos tan estrechamente vinculados con un sistema jurídico concreto que dejen de ser relevantes para otros sistemas.

En cuanto a la evolución de mi pensamiento, el cambio principal, probablemente, está en el alcance y los límites de los métodos formales en filosofía, sobre los cuales ahora soy considerablemente menos optimista de lo que alguna vez fui. Esto quizás es así porque en mi etapa inicial como epistemóloga hice muchos esfuerzos infructuosos para explicar en términos lógicos la idea de falibilismo, antes de concluir que el falibilismo es una tesis sobre las personas, no sobre las proposiciones, y que su forma lógica

no es realmente lo más importante. He llegado a creer, por ejemplo, que la teoría de la verdad de Tarski es, como él dijo, en realidad sólo aplicable a lenguajes formales; que no hay una lógica inductiva sintácticamente caracterizable, aunque ciertamente hay pruebas que otorgan soporte no son concluyentes; y, más recientemente (en el 2007), he argumentado que tanto en el razonamiento jurídico como en el científico la lógica es, como Holmes dijo, «algo, pero no todo».

C. V.: *Entrando de lleno a cuestiones más sustantivas de su obra, me gustaría que profundizara un poco en su teoría o, mejor dicho, en su epistemología fundherentista. Por ejemplo, respecto a la gráfica analogía con el crucigrama o en qué sentido es pragmatista su aproximación epistemológica y en qué sentido es naturalista.*

S. H.: Las familias rivales tradicionales de la justificación epistémica no agotan, como se suele pensar, las posibilidades. Una teoría que permite (como el fundacionalismo, a diferencia del coherentismo) que la experiencia juegue un rol en la justificación de las creencias empíricas y, al mismo tiempo reconoce (como el coherentismo, a diferencia del fundacionalismo) las relaciones de soporte mutuo omnipresentes entre las creencias, es mejor que el fundacionalismo y el coherentismo. Al necesitar una nueva palabra para esta nueva aproximación, se me ocurrió el término híbrido de «*foundherentism*» (fundherentismo). El método de aproximación sucesiva me ayudó a desarrollar esta idea: empezando, primero, con la intuición de que cuán justificado está alguien en creer algo depende de cuán buenas sean sus pruebas y, posteriormente, trabajando en precisar «sus pruebas» y explicar detalladamente qué hace que las pruebas sea mejores o peores.

La analogía con el crucigrama que guía mi explicación se me ocurrió mientras reflexionaba sobre una objeción estándar del fundacionalismo al coherentismo: que lo que coherentistas describen como apoyo mutuo entre creencias es un mero circulo vicioso. La objeción claramente falla —tan pronto como me di cuenta de que un crucigrama es una perfecta ilustración a pequeña escala del apoyo mutuo auténtico sin circularidad viciosa—. Después vi que las pistas de un crucigrama son la analogía de las pruebas sensoriales y que las entradas ya completadas que se entrecruzan con la entrada en cuestión son la analogía de las razones para sostener una creencia; luego, que los factores que determinan aquello que hace a una entrada más o menos razonable pueden servir como un modelo para los factores determinantes del grado de justificación. De ahí mi explicación tripartita de los factores determinantes de la calidad de las pruebas: qué *grado de apoyo* ofrecen las pruebas a la creencia en cuestión (análogamente: cuán bien encaja una entrada de un crucigrama con la pista dada y las entradas ya completadas); cuán seguras son las razones, con independencia de la creencia en cuestión (análogamente: cuán razonables son las otras entradas entrecruzadas que ya se han completado, independientemente de la entrada en cuestión); y cuán *inclusivas* son las pruebas, es decir, cuántas de las pruebas pertinentes están incluidas (análogamente: cuántas entradas del crucigrama han sido completadas).

Por supuesto, la explicación requiere muchos otros pasos: explicar de forma más precisa a qué me refiero con «pruebas sensoriales»; definir exactamente los términos de grado de apoyo y pertinencia de las pruebas; mostrar por qué el requisito de la seguridad independiente no nos lleva a un circulo vicioso ni a un regreso al infinito; aclarar

el (muy difícil) concepto de *inclusividad*, etc. —y entender los inevitables elementos de *falta* de analogía—.

En el capítulo 6 de mi libro *Evidence and Inquiry* muestro, de forma detalladamente exhaustiva (y extenuante), que «la epistemología naturalizada» defendida por Quine es en realidad una amalgama de tres posiciones incompatibles, dos de ellas insostenibles y, en cambio, una verdadera e importante. El naturalismo cientifista revolucionario es la idea (desarrollada por los Churchlands) de que las preguntas epistemológicas son ilegítimas y deben abandonarse en favor de preguntas científicas sobre la cognición; el naturalismo cientifista reformista es la idea (desarrollada por Goldman) de que las preguntas epistemológicas pueden ser respondidas por las ciencias de la cognición. Ninguna de éstas es defendible; pero el naturalismo reformista a posteriori es un verdadero paso adelante: una concepción de la epistemología como disciplina no puramente a priori sino, al menos en parte, empírica y para la cual los resultados de las ciencias pueden tener una pertinencia contributiva para algunos problemas epistemológicos —el estilo de naturalismo manifestado en mi epistemología (y, de hecho, en mi filosofía en general)—.

Después de que *Evidence and Inquiry* fuera publicado, el teórico pragmatista H. S. Thayer me dijo que yo le recordaba a Dewey; y más tarde, al completar su libro sobre el pragmatismo con capítulos acerca de la posición de Rorty y la mía, Cornelis de Waal comentó que algunos me llaman «la nieta intelectual de Peirce». Ahora veo, de forma más clara que en 1993, que mi trabajo epistemológico no sólo comparte el naturalismo modesto de los pragmatistas clásicos sino que también es en su totalidad una expresión de la búsqueda de continuidades del sinequismo. Y, actualmente, mientras los grupos de aliados en epistemología analítica se vuelven cada vez más absortos en sí mismos, me identifico cada vez más con las quejas de Dewey sobre el «tétanos intelectual» que afligía a la «industria epistemológica» de *su* época.

C. V.: *Retomando su concepción filosófica sobre la empresa científica, quisiera abordar diversas cuestiones. Primero, qué le llevó a la filosofía de la ciencia y qué aspectos considera que distinguen a su aproximación de otras. Segundo, qué las relaciones que guarda su filosofía de la ciencia con el resto de su trabajo. Y, tercero, sobre la reacción de los científicos prácticos ante sus ideas, dado que algunos suelen ser más bien críticos ante muchas de las filosofías de la ciencia hasta ahora planteadas.*

S. H.: Empezó con una invitación a hablar en un panel sobre las ciencias naturales —que acepté, pese a mi inexperiencia en el área, básicamente porque el organizador me dijo que el Premio Nobel de física Steven Weinberg también estaría ahí—. Cuando empecé a hablar, Weinberg —quien notoriamente es poco entusiasta con la filosofía de la ciencia— se veía escéptico; pero después de 20 minutos de mi ponencia estaba susurrándome, «¡adelante!». Así se inició otro gran proyecto; y aquí también, como de costumbre, me encontré a mí misma en un término medio habitable, esta vez entre la corriente dominante en la filosofía de la ciencia, con su énfasis en la estructura lógica y el método, y la reciente sociología radical de la ciencia, con su énfasis en el poder, la política y la retórica.

La aproximación «*Critical Commom-sense*» que resultó essinequista y no puramente formal, sino relacionada con el mundo real. La investigación científica, argu-

menté, es un continuo con la investigación empírica cotidiana, básicamente lo mismo —pero más cuidadosa, ayudada por instrumentos de todo tipo y continuada por generaciones—. La ciencia *es* una empresa racional; sin embargo, su racionalidad no puede ser aprehendida en términos formales, sean deductivistas, inductivistas, bayesianistas o lo que sea, sino que es necesario prestar atención a las interacciones de los científicos con las cosas y los eventos en el mundo y a la relación de los vocabularios científicos con el mundo. Esta aproximación llevó a una novedosa explicación sobre la prueba de las afirmaciones científicas que (exactamente lo contrario a las ideas de Popper) inició con el aval de una afirmación científica para un individuo, luego se construyó primero una explicación del aval de una afirmación para un grupo y finalmente una explicación de aval de una afirmación en un tiempo específico. Y la analogía del crucigrama volvió a aparecer cuando desarrollé, en lugar de una explicación del «Método Científico», una explicación de dos niveles: en un nivel, los procedimientos y modos de inferencia subyacentes que usan todos los investigadores empíricos serios, y, en otro nivel, el revestimiento de éstos por toda una serie gradualmente desarrollada de «ayudas» científicas para la investigación, desde los instrumentos para la observación y las herramientas y técnicas matemáticas hasta los mecanismos sociales internos que sirven, hasta cierto punto, para fomentar tanto la honestidad como el compartir pruebas.

En este contexto, analicé las relaciones entre las diversas ciencias y entre la ciencia y otras actividades humanas. En un capítulo titulado «*The Same, Only Different*» abordé algunas cuestiones sobre las relaciones entre las ciencias sociales y naturales; y en el siguiente capítulo exploré las posibilidades de una colaboración fructífera entre la filosofía y la sociología de la ciencia. Esto fue seguido por capítulos sobre la relación entre la ciencia y la literatura, la religión y el derecho; y el libro cierra con una exploración de las muy diferentes ideas expresadas en la frase «el fin de la ciencia».

En lugar de emprender una crítica detallada de la filosofía contemporánea de la ciencia, *Defending Science* es un libro dedicado a articular, con la ayuda de pensadores previos como Thomas Huxley y Percy Bridgman, mi propio entendimiento de las ciencias. En gran medida, al ir forjando mi propio camino, me di cuenta de que debía aprender mucho sobre alguna ciencia —elegí la biología molecular— para someter a prueba mi explicación contra ejemplos de la vida real. Algunos de los filósofos de la ciencia dominantes (evidentemente otro grupo de aliados) se ofendieron porque no debatí sus posturas. Sin embargo, muchos científicos prácticos me comentaron que mi libro les pareció sumamente útil; y, desde que el libro fue publicado, he sido invitada a participar en muchos foros científicos, entre ellos la *National Academies of Science* (Academias Nacionales de la Ciencia), una conferencia en la *International Society of Neurosurgeons* (Sociedad Internacional de Neurocirujanos) y en el *Institute for Science, Engineering and Public Policy* (Instituto para la Ciencia, la Ingeniería y las Políticas Públicas) de la costa oeste estadounidense.

C. V.: *Después de hablar sobre su faceta como epistemóloga y filósofa de la ciencia, pasemos al ámbito del derecho. Lo primero es una inquietud quizá compartida por muchos juristas: ¿cómo surge su interés en el análisis de problemas jurídicos? Ahora, como es bien sabido, sus contribuciones en este contexto han sido sobretodo, aunque ciertamente*

no sólo, en materia probatoria; por ello me gustaría que nos hablase sobre cuál es su opinión sobre la relevancia de la epistemología para el derecho; y sobre cuál podría ser la agenda de lo que usted ha llamado una «epistemología juridificada».

S. H.: Creo que fue en 1996 cuando fui a una fiesta ofrecida por una facultad de derecho en honor a William Twining (quien había sido director del departamento de derecho en Warwick cuando estuve ahí, y ahora visita Miami con regularidad); donde estuve conversando con Terry Anderson, quien imparte clases sobre prueba. ¿Qué libros usa?, pregunté. «Bueno, Wigmore, bla, bla, bla; Twining, bla, bla, bla; ah, sí, y *Evidence and Inquiry*». La siguiente semana estaba en la oficina de Terry pidiendo una lista de lecturas relevantes; y unas semanas después regresé diciendo: «¡Wow! Tengo una teoría y ¡ustedes tienen muchos ejemplos de la vida real más ricos y más complejos de los que cualquier epistemólogo podría siquiera imaginar! ¿Hay alguna posibilidad de que pueda hablar con sus estudiantes?» Y el resto, como comúnmente se dice, es historia.

La relevancia de la epistemología para cuestiones jurídicas es, muy sencillamente, que la resolución de casos depende en parte de la determinación de los hechos, lo cual requiere que el juzgador de los hechos resuelva qué conclusión está avalada por las pruebas, si es que alguna lo está, y en qué grado. O, para decirlo de otra forma: dado que la verdad sobre los hechos es necesaria para la justicia sustantiva, la valoración adecuada de las pruebas es jurídicamente crucial.

¿Tengo una agenda en mi trabajo sobre epistemología jurídica? No precisamente; probablemente porque soy alérgica a la manía de hoy en día por los «protocolos de investigación», siempre me preocupo más por desarrollar el trabajo real que por perder el tiempo ¡prediciendo, antes de hacer el trabajo, lo que éste demostrará! Sin embargo, mi primera publicación en esta área, «*Epistemology Legalized*» (2004), de hecho sugiere una serie de cuestiones que vale la pena abordar: desde los argumentos de Peirce respecto a que «la lógica abate [la] sugerencia» de que el adversarialismo es una buena forma para determinar la verdad o la mordaz crítica epistemológica de Bentham sobre las reglas que excluyen pruebas relevantes —que fue con el tema que me inicié— hasta las controversias sobre el entendimiento de los grados y los estándares de prueba y especialmente las deficiencias de las aproximaciones probabilísticas, un tema sobre el que he escrito recientemente.

Por supuesto, no toda teoría epistemológica es jurídicamente útil: no lo son, por ejemplo, todos los esfuerzos teóricos para refutar al escepticismo; tampoco la recién revivida Gettier-ología (¡que aburrimiento!); tampoco las teorías como el fiabilismo o el veritismo o «la epistemología de las virtudes», que sistemáticamente evitan la noción de prueba; ni las teorías que ofrecen tan pocos detalles como para ayudar a resolver las complicadas cuestiones probatorias de la vida real. Los epistemólogos, en mi opinión, necesitan superar su ensimismamiento y mirar el mundo real; a lo que, supongo, no llamaríamos «agenda» sino impulsar a avanzar en una nueva aproximación a la epistemología.

C. V.: *¿Su filosofía de la ciencia tiene alguna «aplicación» en el ámbito jurídico? En caso afirmativo ¿ha llevado alguna especie de programa temático sobre la filosofía de la ciencia relevante para el derecho?*

En 1997, mi primer año enseñando en la facultad de derecho, fue también el año en que la Corte Suprema estadounidense decidió el caso *G. E. vs. Joiner*, el segundo de una famosa trilogía de casos sobre los criterios de admisibilidad de la prueba pericial —*Daubert* (en 1993); *Joiner* (en 1997); y *Kumho Tire* (en 1999)—. Todavía recuerdo el encabezado del *Wall Street Journal* cuando se pronunció la decisión de *Joiner*: (¡)«La Corte Suprema decide que no hay una verdadera distinción entre la metodología y las conclusiones»(!) Luego, revisando el caso *Daubert*, encontré la gloriosa confusión del magistrado Blackmun (como escribí en un artículo en el 2005) sobre Hopper y Pempel. ¿Cómo podría resistirse a esto un filósofo de la ciencia?

Desde entonces doy clases sobre prueba científica en la facultad de derecho, siguiendo los avances jurídicos en esta área y tratando de hacer que los estudiantes reflexionen sobre la valoración y la presentación de tal tipo de pruebas. Tampoco aquí tengo una «agenda» preconcebida; sin embargo, han ido surgiendo diferentes temas de forma gradual: por ejemplo, la utilidad de la analogía con el crucigrama para entender las complejidades ramificadas de la prueba científica y los peligros planteados por *Daubert* dado el atomismo implícito en la exigencia a los jueces de revisar la relevancia y la fiabilidad de cada uno de los elementos de prueba ofrecidos: lo que, en mi opinión, puede hacer imposible mostrar cómo las combinaciones de piezas probatorias, ninguna de las cuales es por sí misma suficiente para establecer una conclusión al grado de prueba requerido, pueden hacerlo de forma conjunta. Otro grupo de cuestiones han sido los «factores *Daubert*», i.e., los indicios de fiabilidad científica sugeridos por el magistrado Blackmun y cómo han sido aplicados —y mal aplicados—. Esto me llevó a analizar, por ejemplo, las confusiones de los jueces federales respecto a la filosofía de la ciencia popperiana aludida por el magistrado Blackmun; el funcionamiento real del sistema de revisión por pares para la publicación en revistas científicas; y los efectos de dejar que los deseos y las ilusiones afecten la valoración de las pruebas en «*Litigation-driven Science*», desde las investigaciones epidemiológicas financiadas por las compañías farmacéuticas y el re-análisis de tales investigaciones hecho por los peritos de los abogados hasta el trabajo de los expertos en huellas dactilares, los expertos en ADN, etcétera.

Al reflexionar sobre la larga historia de los esfuerzos jurídicos (estadounidenses) para domesticar la prueba pericial, me puse a pensar sobre las tensiones entre la cultura científica y la jurídica. Y mis intereses en el derecho pronto crecieron más allá de las cuestiones sobre prueba científica a cuestiones sobre la causalidad general y específica en el derecho de daños, las relaciones del sistema de daños y las agencias reguladoras como la *Food and Drug Administration* y la *Environmental Protection Agency*, la estructura alternativa ofrecida por la legislación sobre la vacunas en Estados Unidos, etcétera. En todo eso he sido alentada por estudiosos del derecho, abogados e incluso, alguna vez, por jueces, quienes han encontrado interesante mi trabajo.

Un caso del 2005, *Kitzmiller vs. Dover Board of Education*, donde los demandantes desafiaron un dictamen de «repudio del evolucionismo» emitido por un consejo escolar, me permitió explorar las cuestiones constitucionales sobre las relaciones entre la iglesia y el Estado —por no mencionar también a la historia de las escuelas públicas en los Estados Unidos y, por supuesto, la historia, recepción y subsecuentes desarrollos en la teoría de la evolución de Darwin—. Y, unos pocos años después, un informativo

reportó que el poder legislativo de Carolina del Norte estaba considerando compensar a las víctimas sobrevivientes de su antigua legislación que obligaba a la esterilización de personas con retraso mental, lo que me llevó a otro nuevo tema: las legislaciones eugenésicas de los Estados Unidos, desde las primeras décadas del siglo XX hasta el 2003 (cuando Carolina del Norte finalmente abolió su estatuto sobre la esterilización obligatoria).

C. V.: *Recientemente no sólo ha estado trabajando en cuestiones probatorias sino también desarrollando una aproximación pragmatista sobre temas más generales de la filosofía jurídica: la llamada naturaleza del derecho, las relaciones entre el derecho y la moral, así como cuestiones sobre la verdad en el derecho, etc., ¿podría delinear muy someramente su postura al respecto? Quizá podría iniciar explicitando qué quiere decir cuando describe como «pragmatista» su aproximación a estas cuestiones.*

Después de presentar «*Epistemology Legalized*» como mi *Olin Lecture* en la facultad de derecho de la Universidad de Nôtre Dame, John Finnis comentó: «Ya veo, es usted una auténtica pragmatista, no como Richard Posner». Esto impulsó mi primer artículo sobre pragmatismo jurídico, un análisis sobre la célebre conferencia de Holmes, «*The Path of the Law*»; que, a su vez, condujo a un artículo sobre el rol de la lógica en el derecho y después a desarrollar mi propio pragmatismo jurídico neo-clásico. Esta imagen, aún en evolución, del derecho está formada por dos de mis trabajos sobre la tradición clásica del pragmatismo en filosofía y por un trabajo en filosofía de las ciencias sociales. Pero, como Finnis anticipó, tiene poca semejanza con el fárrago antiteórico que el juez Posner y otros ofrecen con el nombre de pragmatismo jurídico.

«En el derecho tenemos más bien poca teoría y no demasiada», Holmes escribió en «*The Path of the Law*». Hablando a estudiantes de nuevo ingreso en derecho en la Universidad de Boston, empezó con un estilo muy práctico, con su famosa personificación de un abogado aconsejando al hipotético Hombre Malo (*Bad Man*) sobre qué pena le podrían imponer los tribunales si hiciera esto o aquello; pero luego terminó con una apasionada perorata sobre el derecho como una ventana a toda la historia de las civilizaciones humanas. ¿Cómo, me pregunté, encajan estas dos partes de su conferencia?

La palabra «derecho» (como «verdad», «vida», «belleza», etc.) tiene dos usos: como un sustantivo abstracto que alude a un fenómeno humano común, si no es que totalmente universal —el objeto de la última parte de la disertación de Holmes, y como un sustantivo concreto referido a instancias particulares de este fenómeno, por ejemplo, sistemas jurídicos concretos como el derecho de Massachusetts en 1897— objeto de sus páginas iniciales.

Naturalmente, mi entendimiento del «universo pluralista» del derecho es sinequista: las familias jurídicas de los sistemas de varias naciones (el derecho estadounidense, el derecho inglés, el derecho español, el derecho sueco, el derecho pakistaní), cada uno con sus complejidades internas (*v. gr.* en los Estados Unidos el derecho federal *vs.* el estatal, el derecho castrense, el derecho de los aborígenes estadounidenses), forman el núcleo central; irradiando hacia los métodos alternativos de resolución de conflictos, el derecho internacional y los tratados, etc., y finalmente matizando las normas de etiqueta, los códigos de vestimenta, los tabús, las costumbres tribales, etc., para las que no utilizaríamos el término «derecho». Mi entendimiento es también evolutivo: los

sistemas jurídicos están constantemente adaptándose, por ejemplo, a nuevas formas de fabricación, transporte, comunicación, etc., y el cambio de valores sociales, económicos, entre otros.

Al igual que otras instituciones sociales como el matrimonio y el dinero, los sistemas jurídicos son creados, y luego gradualmente adaptados, por cosas que la gente hace —como los redactores de las constituciones, los legisladores y los jueces—. Las verdades jurídicas, siempre relativas a un ordenamiento y a un tiempo, se constituyen por la acción humana; sin embargo, una vez constituidas son reales, es decir, independientes de lo que usted o yo o cualquier otro crea sobre ellas.

Algunos, como Christopher Columbus Langdell —a quien Holmes, de forma no del todo amable, describió como «el mayor teólogo jurídico en vida»— han pensado en la empresa de la toma de decisiones jurídicas como un tipo de derivación lógica de conclusiones jurídicamente correctas a partir de axiomas. Una vez más, coincido con Holmes: el razonamiento lógico-formal no es suficiente cuando se deben aplicar leyes a circunstancias sin precedentes o imprevistas; las políticas públicas y otras consideraciones deben jugar un rol. Esto no sugiere, como hacen los realistas jurídicos cínicos, que las interpretaciones del derecho que hacen los jueces y los tribunales son simplemente arbitrarias o caprichosas; sino más bien advertir que éstas dependen frecuentemente de ponderar un cúmulo de consideraciones (a menudo en conflicto) de tipo económico, político, social, ético, etcétera.

Como Holmes insistió, el derecho y la moral no son co-intensionales ni co-extensionales. No todas las exigencias morales son, o en mi opinión deben ser, jurídicamente implementadas; algunas normas jurídicas son moralmente indiferentes; y otras normas jurídicas son moralmente objetables. Yo añadiría que nuestros juicios sobre qué acuerdos sociales y normas son moralmente mejores y cuáles peores son falibles; y no hay razón para creer que hay un único sistema jurídico que sea moralmente mejor. Así pues, en mi opinión, es mucho mejor basarse en los esfuerzos combinados y falibles de los jueces humanos reales con sus perspectivas morales discrepantes que apelar al buen juicio de un hipotético Hércules judicial —una idea inspirada en el falibilismo moral de James, Dewey y Holmes—.

C. V.: *En algunos de sus trabajos hace referencia a cuestiones histórico-jurídicas y a veces se aventura en la comparación entre sistemas jurídicos; por ello me gustaría preguntarle su opinión sobre el rol de la historia y la muy difícil tarea de comparar (adecuadamente) sistemas jurídicos. Y, relacionado con esto, sobre los ahora muy comunes «trasplantes» de instituciones o procedimientos de un sistema a otro con realidades y/o prácticas totalmente diversas.*

Incluso cuando estoy escribiendo sobre la prueba científica, a menudo me encuentro a mí misma rastreando la historia de las normas o de los conceptos jurídicos. Así por ejemplo, en un artículo analicé cómo las concepciones jurídicas de la causalidad sostenidas en Estados Unidos se adaptaron, primero, al incremento de las vías férreas y al consecuente aumento de accidentes al cruzarlas, después, al crecimiento de las gigantescas compañías farmacéuticas y químicas cuyos productos se han demostrado peligrosos para algunas personas; y finalmente rastreé la idea (aún difundida) de que la prueba del aumento del riesgo en más del doble es clave para demostrar la causalidad

específica en los casos de derecho de daños por sustancias tóxicas hasta sus orígenes en demandas iniciadas después de la epidemia de gripe porcina de 1976, cuando hubo un aumento repentino en el porcentaje del síndrome Guillain-Barré entre aquellos que habían sido recientemente vacunados.

Y dado el carácter evolutivo de mi pragmatismo jurídico, en esta parte más teórica de mi trabajo frecuentemente me encuentro analizando los orígenes de esta o aquella práctica. Una vez, por ejemplo, después de leer (en una novela policiaca de Elizabeth George) que la isla de Guernsey en el Canal de la Mancha tiene un sistema de «*jurats*», o jurados profesionales, corrí a comprobar si esto era cierto (lo era) y luego a averiguar cómo llegó a ser así (proviene del viejo periodo en que Guernsey fue un territorio francés, cuando el derecho de ese país preveía jurados profesionales). Llegué a la conclusión de que los *jurats* son un poco como Lonesome George, el nombre que los biólogos evolucionistas dan a la última tortuga sobreviviente de su especie en las Islas Galápagos.

Y sí, algunas veces me aventuro en las comparaciones entre sistemas jurídicos —aunque no porque tenga una «agenda» de trabajo en derecho comparado sino porque a veces necesito conocer esta o aquella cuestión a nivel comparativo—. En el curso de mi investigación sobre la prueba científica, por ejemplo, he tratado de entender cómo diferentes países tecnológicamente avanzados han manejado el balance entre la prevención del daño mediante agencias regulatorias y la compensación una vez que los fármacos o químicos han causado perjuicios. O, en otra ocasión, en preparación para una visita a Canadá, estudié los principales casos canadienses sobre el testimonio experto (todos ellos, en aquel momento, penales y no, como en Estados Unidos, civiles) e intenté identificar algunas diferencias clave: por ejemplo, la confianza en la llamada «regla inglesa» que impone a la parte perdedora de un proceso civil pagar las costas del ganador.

Algunas veces necesito también analizar los trasplantes jurídicos, como por ejemplo los rastros del caso *Daubert* que actualmente se encuentran en sistemas jurídicos como el canadiense, el mexicano, el italiano, el colombiano y, aún a nivel de propuesta, en el inglés; y (en la otra dirección) la confianza del juez Pollack en la entonces reciente decisión de la Cámara de los Lores de abandonar el recuento de los llamados puntos Galton para revocar su decisión anterior en el caso *Llera-Plaza I,* respecto a que la identificación de huellas dactilares no satisface el estándar Daubert. Y en mi trabajo sobre pragmatismo jurídico he analizado, por ejemplo, la influencia práctica de otras jurisdicciones sobre la decisión de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Roper vs. Simmons* (2005), en contra de la pena de muerte a delincuentes menores de edad; y pasé algún tiempo explorando cómo, después de la independencia, los sistemas jurídicos de la India y de Pakistán, originalmente trasplantados del derecho inglés, poco a poco llegaron a ser tan diferentes uno del otro.

Pero en mi opinión las cuestiones de derecho comparado y los trasplantes jurídicos son extremadamente complicados. No sólo es difícil dominar materiales jurídicos extranjeros; también es muy fácil olvidar las muchas variables de confusión.

C. V.: *Para terminar, me gustaría cerrar la entrevista volviendo a su experiencia profesional; concretamente, retomar su experiencia docente en universidades del Reino*

Unido y de Estados Unidos para preguntarle sobre la situación actual de las universidades anglosajonas: ¿qué nos podría decir sobre las diferencias entre éstas? y, por último, ¿hacia dónde considera usted que va la enseñanza de la filosofía en los Estados Unidos?

No mucho: porque mi base para comparar es haber enseñando en una universidad provincial pública hace veinte años en Inglaterra y enseñar en una universidad estadounidense privada durante los siguientes veinte años desde entonces. El problema, por supuesto, es que las universidades británicas seguramente han cambiado significativamente desde que me fui, pero no estoy familiarizada con cómo son ahora. Tampoco sé mucho sobre la educación jurídica inglesa, más allá del hecho de que, a diferencia de los Estados Unidos, donde un *Juris Doctor* es un posgrado profesional, la educación jurídica británica empieza en el grado.

Puedo, sin embargo, comentar los muchos cambios significativos habidos en las universidades de Estados Unidos desde 1990: quizá el más importante ha sido el enorme crecimiento de una nueva clase de administradores universitarios profesionales, es decir, cada vez es mayor el número de gerentes y vicegerentes y asistentes de gerentes, decanos y vicedecanos y asistentes de decanos. Alguna vez dirigidas por profesores sénior, quienes estaban dispuestos a dejar de lado por unos pocos años su investigación y sus clases por el bien de su institución, las universidades estadounidenses son ahora «gestionadas» por personas que, si alguna vez fueron académicos serios, hace mucho tiempo que pusieron dicho trabajo en espera permanente. Los generosos salarios que dichos administradores se pagan a sí mismos es una parte significativa de la explicación del dramático incremento de los costos de estudiar en las universidades estadounidenses; y su indiferencia por la vida académica es una parte significativa de la explicación de la marcada erosión del *etos* académico.

Un decano del viejo estilo, con la pretensión de regresar en pocos años a sus libros, su laboratorio y sus estudiantes, tendría al menos alguna capacidad para valorar de forma independiente cuán bien y qué tan responsablemente los profesores hacían su trabajo; un decano de estilo moderno no tiene otra opción que confiar en medidas sustitutivas como el número de libros y artículos publicados, quizá matizados por alguna estimación del «prestigio» de las editoriales y revistas que, en todo caso, él no puede valorar personalmente; la cantidad de ayudas económicas recibidas; y los «rankings» departamentales, que tampoco puede evaluar por sí mismo. Muy pronto muchos profesores empezaron a internalizar estos distorsionados valores. No es sorprendente que muchos, conscientes de que el éxito de sus carreras depende ante todo de su «productividad», deleguen el grueso de sus clases de grado a sus estudiantes de posgrado, mientras ellos imparten seminarios hiper-especializados en el posgrado sobre aquello en lo que han estado trabajado; tampoco es sorprendente que un ranking como el autodenominado «*Gourmet Guide*» para los programas de posgrado en filosofía haya logrado una influencia tan dominante, y tan deplorable, en potenciales estudiantes de posgrado, en la toma decisiones de contratación departamental e incluso en la asignación de recursos en algunas universidades.

«No es sorprendente», insisto: ciertamente, hace casi un siglo Thorstein Veblen escribió el profético libro *The Higher Learning in America* (1919), prediciendo que los valores de gestión empresarial que las universidades estaban empezando a adoptar

inevitablemente dañarían el *etos* académico. Él estaba, lamento decirlo, exactamente en lo cierto.

Aun así, aunque a menudo reflexiono sobre el triste estado actual de la profesión filosófica, sigo más convencida que nunca del permanente interés e importancia de la filosofía misma. Como William James escribió, a pesar de que puedan ser «repugnantes sus modos, sus dudas y desafíos, sus nimiedades y dialéctica», «ninguno de nosotros puede avanzar sin los intermitentes haces de luz [que la filosofía] envía sobre las perspectivas del mundo».